

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO

— 7 —

MARTHA ELBA IZQUIERDO MUCIÑO

Coordinadora



**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO**

———— **7** ————

Universidad Autónoma del Estado de México

Dr. en Ed. Alfredo Barrera Baca
Rector

Dr. en C. I. Amb. Carlos Eduardo Barrera Díaz
Secretario de Investigación y Estudios Avanzados

Dr. en D. José Dolores Alanís Tavera
Director de la Facultad de Derecho

Mtra. en Admón. Susana García Hernández
*Directora de Difusión y Promoción de la Investigación
y los Estudios Avanzados*

**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO**

————— 7 —————

MARTHA ELBA IZQUIERDO MUCIÑO
Coordinadora



**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO**
————— 7 —————

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

Primera edición: noviembre 2019

ISBN 978-607-633-108-8 (impreso)

ISBN 978-607-633-109-5 (PDF)

© Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto Literario núm. 100 Ote.
C. P. 50000, Toluca, Estado de México
<http://www.uaemex.mx>

La presente investigación se privilegia con el aval de dos pares ciegos externos que aprobaron publicar este libro.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.

En cumplimiento del Reglamento de Acceso Abierto de la Universidad Autónoma del Estado de México, la versión PDF de esta obra queda a disposición del público en ri.uaemex.mx para su uso en línea con fines académicos y no de lucro.

Hecho e impreso en México

Índice

Presentación	9
La identidad de género como elemento constitutivo del género en el sistema jurídico mexicano de dignidad humana	
Itzel Arriaga Hurtado	13
Los derechos humanos de las personas LGBT+. Las obligaciones jurídicas de los Estados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos	
José Díaz Lafuente	33
Estabilidad presupuestaria y efectividad de los derechos humanos. Disminución al presupuesto del microbús de la Ciudad de México	
Gustavo González Galindo	55
Estabilidad presupuestaria y efectividad de los derechos humanos: el sistema tributario como condición sociológica de los derechos	
Ignacio Aymerich Ojea	73
Las políticas públicas instrumentadas por el Estado mexicano a partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad pública	
Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda y Enrique Séptimo Rodríguez	95

Presentación

La colaboración interuniversitaria entre la Universitat Jaume I de Castellón España y la Universidad Autónoma del Estado de México, más la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones traen como resultado la publicación del séptimo número de *Diálogos jurídicos entre España y México*.

El intercambio de alumnos y maestros de ambas universidades y la participación en colaboraciones docentes logran convertir en realidad los “diálogos jurídicos”, al considerar temas de gran trascendencia para el derecho y que responden a las necesidades sociales.

Por otra parte, los operadores jurídicos de ambos países han adquirido un conocimiento directo de la realidad, y el intercambio docente entre profesores españoles y mexicanos beneficia la formación de los estudiantes, pues van descubriendo las ventajas de participar en los programas de intercambio con universidades de ambos países, además de lograr hacer derecho comparado.

La selección de los temas abordados proviene de las distintas propuestas formuladas por los profesores de disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, no cerradas a materias de derecho positivo y coincidentes en el tema objeto del análisis, sin perjuicio de haber perfilado la concreción del tema en los términos que mejor resultados aportase, cumpliendo así lo dispuesto en el Convenio Operativo en su cláusula núm. 5:

Que es de interés para los suscribientes promover la publicación de libros jurídicos que aborden desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español y mexicano temas relevantes, objeto de estudio

por personal docente de ambas instituciones, para así tener y difundir un conocimiento más próximo de realidades jurídicas comparadas, potenciando así estos estudios, por lo que es su intención crear una colección de libros sobre diálogos jurídicos España y México.

Así, los profesores Itzel Arriaga Hurtado y José Díaz Lafuente analizan las declaraciones y resoluciones aprobadas en el seno de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, a efecto de poder destacar las principales obligaciones jurídicas adquiridas por los Estados dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos, en particular el caso del nuevo sistema jurídico mexicano a partir de sus reformas constitucionales en materia de derechos humanos y el reconocimiento de la identidad de género como un derecho fundamental.

Por su parte, los profesores Gustavo González Galindo e Ignacio Aymerich Ojea tratan el tema de los derechos humanos como uno más de los fenómenos observables en la vida social, buscando qué correlaciones tiene con otros procesos sociales y adoptando una perspectiva de sociología jurídica sobre ellos, analizando cómo incide la suficiencia financiera del Estado y la previsibilidad del sistema tributario en la efectividad de los derechos humanos, vinculando de esta manera dos procesos sociales: las libertades públicas y la eficacia en la gestión económica, los cuales han aparecido disociados ante los ojos de los investigadores.

Finalmente, los profesores Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda y Enrique Séptimo Rodríguez (a quienes por causas ajenas a nuestra voluntad no fue posible conjuntar temáticamente con sus pares académicos) nos plantean las políticas públicas instrumentadas por el Estado Mexicano en materia de Seguridad Pública.

Por otra parte, esta séptima publicación es fruto de la colaboración interinstitucional, con el papel especialmente importante del Dr. Javier Lapiedra Alcamí, Decano de la Universitat Jaume I de Castellón, quien se encargó de la coordinación de los docentes españoles y a quien expresamente manifiesto mi reconocimiento. Estamos ya trabajando en la elaboración de una siguiente publicación (el número ocho de una serie de

diez) y deseamos que con el tiempo estas publicaciones se conviertan en el foro de participación de investigadores de otros centros universitarios, siendo especialmente gratificante si entre ellos están quienes en su momento siendo alumnos disfrutaron del intercambio que hizo nacer esta idea.

Por último, quiero expresar mi reconocimiento a las autoridades de la Facultad de Derecho de la UAEM, especialmente al Dr. José Dolores Alanís Tavira, por todo el apoyo brindado, pues la firma de un acuerdo de colaboración entre ambas Facultades y una gran disposición por parte de muchas personas para seguir estrechando nuestros lazos de amistad es lo que ha hecho posible continuar con este noble proyecto.

Martha Elba Izquierdo Muciño
*Catedrática e Investigadora de la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma del Estado de México*

La identidad de género como elemento constitutivo del género en el sistema jurídico mexicano de dignidad humana

Itzel Arriaga Hurtado*

Introducción

El propósito del presente trabajo es analizar la identidad de género en el nuevo sistema jurídico mexicano de dignidad humana, que reconoce al género dentro de las categorías de vulnerabilidad a partir de los índices de desarrollo humano y su incorporación en los sistemas jurídico y gubernamental mexicanos con la finalidad de establecer su suficiencia y eficacia en el sistema social mexicano de dignidad humana. En primer término se realiza una aportación de construcción epistémica en cuanto a la naturaleza jurídica de la identidad de género, como elemento componente del género; posteriormente, se analiza el sistema jurídico mexicano a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y el reconocimiento de la identidad de género como un derecho fundamental; para posteriormente identificar el cumplimiento de la obligatoriedad constitucional de proteger dicho derecho por parte del sistema gubernamental y las estrategias políticas para la aplicación de programas gubernamentales.

* Profesora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

1. Epistemología y naturaleza jurídica de la identidad de género

Dentro del sistema jurídico mexicano se generó un cambio muy importante y drástico a partir de la globalización de los derechos humanos, como área del derecho internacional público, y la entrada de un nuevo sistema democrático, denominado inclusivo; esto ha traído diversas obligaciones para el Estado mexicano en materia de regulación y reglamentación de derechos fundamentales que derivan en los grupos vulnerables y la necesidad de reconocer nuevas figuras jurídicas y su estructura jurídica; tal es el caso de la creación de la naturaleza jurídica de la identidad de género, como un elemento de vulnerabilidad para el caso del grupo género.

Como parte de la novedad de ciertas figuras del compuesto *género*, se han conformado diversos eventos académicos con la finalidad de que el órgano gubernamental y académicos reúnan esfuerzos para su reflexión y contemplación en los textos jurídicos para lograr el cumplimiento de la obligatoriedad de proteger los derechos fundamentales y los grupos vulnerables. La Dra. Hortensia Moreno, en el Ciclo de conferencias sobre género dirigido a la Secretaría de la Defensa Nacional, señaló que la identidad de género se constata como el estudio desde el interior del individuo respecto de sus elecciones para su exteriorización en la sociedad, como primer análisis más inmediato respecto del cuestionamiento del ser del individuo, estableciendo:

La identidad de género es el estrato más antiguo de una personalidad [...] no es un elemento de la identidad, sino la condición de toda identidad: lo que ordena todas las piezas que determinan la forma en que un sujeto es percibido socialmente y se percibe a sí mismo [...] El fondo sobre el cual se inscribe toda figura de identidad. La instalación de este núcleo es el proceso identitario más temprano y misterioso de cuantos conocemos¹.

Entonces, la identidad se descubre como un elemento inherente a un sujeto de derechos que convive en un sistema social, del cual depende la percepción con la que el sujeto es reconocido en su sociabilidad y derivado de sus características internas; por ello, el entorno de lo social se convierte en lo determinante para la identidad de los sujetos.

¹ Moreno, Hortensia, "Identidades en la perspectiva de género", p. 169.

Por su parte, en su connotación sobre el género imaginario subjetivo, Serret realiza un recorrido conceptual sobre el nivel simbólico del género, los imaginarios sociales del género, el género imaginario subjetivo, y las identidades de género, donde la identidad, como elemento del género, también mantiene características imaginarias y subjetivas, señalando:

la identidad imaginaria subjetiva es una *zona fluida* resultado del cruce entre la autopercepción y la percepción social. Las identidades son pues el producto de un encuentro de dos miradas: la propia y la externa; esa intersección implica la producción de la identidad como el resultado de la dinámica reflexiva. Por lo tanto, las identidades son entendidas como un sitio siempre en movimiento que es producto de un proceso de reflexividad, de diálogo entre ambas miradas. La propia mirada y las miradas externas implican siempre un reposicionamiento, una reconfiguración de ese mismo lugar.

Las identidades son construidas porque son un producto discursivo, semiótico, de interpretación y producción de significados, no se nace con una identidad. Además las identidades son cambiantes, fluidas, transitorias, finitas, internamente contradictorias. Lo que brinda organicidad al cruce de miradas son referentes externos a las propias identidades (en la lógica del binarismo simbólico esos referentes se constituyen con las parejas simbólicas)².

Desde dicha perspectiva, la identidad confirma ser un elemento componente de la figura género, en la que el binario interno-externo se manifiesta como una tendencia obligada desde lo social, donde lo interno de un sujeto de derechos se debe ajustar a lo externo ya determinado por un constructo social que mantiene un peso incorrompible sobre los individuos.

Continuando con la ideología de que la identidad de género es elemento constitutivo del género, a decir de Figueredo, la identidad se instaura como una parte intrínseca o interna de toda persona para determinar su propio ser; por ello, en caso de ser vulnerada, pone en riesgo la identidad de la persona:

En términos generales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos abarca la comprensión de la orientación sexual para la

² Serret, Estela, "Hacia una redefinición de las Identidades de género", pp. 89 y 90.

identidad de género y la expresión de género, entendiendo que tales características personales son inherentes a las personas, así como la etnia, siendo inmutables en el sentido de que el individuo no puede separarse de ellas sin riesgo de sacrificar su identidad³.

Al ser un elemento interno determinado por el entorno, la identidad de género juega un papel muy importante en los sujetos de derechos y, por tanto, en sus derechos; para Dante Negro, la identidad de género se establece como aquel elemento constitutivo del género referente a la auto identificación de una persona en relación con la construcción social de feminidad o masculinidad; siendo para los sujetos de derecho la identidad de género un auto análisis entre la feminidad y masculinidad que vive desde su interior⁴.

Para Hammarberg, según su Informe temático de derechos humanos e identidad de género y basándose en los Principios Yogyakarta, la identidad de género:

hace referencia a la experiencia de género interna e individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla y los gestos⁵.

Se refiere también a la exteriorización, independientemente de ser el auto análisis del individuo respecto de su feminidad y masculinidad interna, por tanto, su elección puede coincidir o no con lo determinado por el entorno social respecto al sexo representado por la persona; siendo el entorno el que determina qué debe ser femenino y qué masculino en su correspondencia con las características sexuales y fisiológicas de un ser humano.

En atención a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el informe “Violencia contra personas LGBT” define varios términos utilizados para caracterizar a las personas y movimientos

³ Figueredo, Cristina, “Derechos humanos y diversidad sexual en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, p. 383.

⁴ Negro, Dante, “Orientación sexual, identidad y expresión de género”, p. 151.

⁵ Hammarberg, Thomas, *Derechos humanos e identidad de género. Informe temático de Thomas Hammarberg*, p. 5.

de las orientaciones sexuales, las identidades de género, las expresiones de género diversas y la diversidad corporal; la CIDH utiliza los términos *sexualidades e identidades no normativas* para referirse a identidades trans y no heterosexuales que traspasan las normas tradicionales del género⁶; en este sentido, la identidad de género que se encuentre afuera del sistema heteronormativo implica traspasar lo normalizado del género, iniciando la no aceptación por el entorno y, con ello, el principio de la vulnerabilidad social para el género.

Por su parte, los Principios Yogyakarta (PY) como los principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos consagran, sobre la identidad de género, lo siguiente:

La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales⁷.

Al respecto, la identidad de género también implica la modificación de la apariencia y cuerpo de la persona por elección de su interior, además, la existencia de diversas identidades de género implica como factor común la correspondencia o no con el sexo asignado al nacer respecto de su feminidad y masculinidad.

En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUDH) en el Boletín informativo *Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* expresa las variantes de las identidades de género al transgenerismo, la transexualidad y la intersexualidad; el primero es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que tiene; el segundo son aquellas

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, p. 2.

⁷ *Principios Yogyakarta. Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, p. 6, nota a pie 2.

personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto a su sexo biológico y optan por una intervención médica para adecuar su apariencia física biológica a su realidad; y el último incluye a quienes poseen características genéticas de hombres y mujeres⁸.

Debido a lo anterior, la naturaleza jurídica de la identidad de género es un derecho fundamental dentro del grupo vulnerable y el género es un elemento constitutivo del mismo, que consiste en el cuestionamiento o análisis desde el interior del individuo respecto de la exteriorización en la sociedad (binario interno-externo) de su feminidad y masculinidad; características que puede coincidir o no con el sexo asignado a la persona al momento de nacer y determinado por el entorno externo de lo social; que, en caso de no coincidir, puede comprender la modificación de la apariencia física, el cuerpo biológico de la persona, así como la utilización de prendas de vestir y actitudes del sexo opuesto, señalado así por el entorno social.

Por su parte, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Fondo para la Infancia de las Naciones Unidas (UNICEF) mencionan respecto de las identidades de género que socialmente son considerados como una transgresión a la normalidad; por ello, históricamente dichas identidades son sujetos a actos de discriminación o violencia por su condición.

Al respecto, el sistema social basado en un pensamiento de roles de poder heteronormativo ha regido en la historia de la humanidad, dicho pensamiento concibe “anormal” todo aquello fuera del sistema, lo cual se refuerza con una biopolítica⁹ que, de acuerdo con Foucault, comentado por Serrato, permitirá analizar la forma en que la familia se constituye como el lugar de vigilancia de la sexualidad, pues reafirma las estructuras

⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos*, p. 3.

⁹ “Son inventados en el siglo XVIII como técnicas de poder presentes en todos los niveles del cuerpo social y utilizadas por instituciones muy diversas como la familia, el ejército, la escuela, la policía, la medicina individual o la administración de colectividades para actuar en el terreno de los procesos económicos, de su desarrollo y de las fuerzas involucradas en ellos”. Serret, Estela, “Hacia una redefinición de las Identidades de género”, p. 153.

sociales, consolida las representaciones sociales de la sexualidad e intenta mantener las costumbres y los estereotipos¹⁰.

2. Sistema jurídico mexicano de la identidad de género

El sistema jurídico mexicano se ajustó al sistema político internacional para acceder a una democracia inclusiva y no representativa como lo venía siendo hasta antes del 2011; para ello reformó diversos artículos y específicamente en su artículo 1o., así como el 133 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM) y determinó el Estado mexicano la juridicidad de la aplicación de las políticas internacionales en materia de derechos humanos y como fundamento de los mismos la dignidad humana; a decir de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), implica lo siguiente:

Se generó un nuevo paradigma constitucional, que modifica radicalmente la forma de comprender el fenómeno jurídico en México y que afectará de manera importante no solo la actividad jurisdiccional de todos los jueces del país, sino la de todos los operadores jurídicos. Un nuevo paradigma que exige una nueva mentalidad en jueces, abogados, autoridades y académicos. Un nuevo paradigma que fortalece la centralidad de los derechos humanos como la finalidad última de toda ingeniería constitucional¹¹.

Además, señaló que la décima época del Semanario Judicial de la Federación es la época de los derechos A partir de este cambio trascendente en materia de derechos humanos y, por lo tanto, de grupos vulnerables en materia de género, se determina la obligatoriedad de todo órgano gubernamental dar cumplimiento a la promoción, difusión y protección de derechos fundamentales y cumplimentar su educación en materia de derechos humanos y del sistema de dignidad humana generando así el inicio de un cambio cultural de todo el sistema social mexicano para la identidad de género.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, p. 16.

Aunque, el Estado mexicano ya era parte del sistema de dignidad humana desde la firma y ratificación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en 1948, no es hasta 2011 cuando México se instaura como el último país de América Latina en incorporarse y convierte esta declaración en obligatoria y en parte de su sistema normativo, además de adoptar una serie de políticas internacionales que siguen la misma suerte de dicha declaración¹².

La DUDH fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III), previniendo respecto de la obligación gubernamental de la protección al derecho fundamental a la identidad, en el que se encuentra el derecho a la identidad de género:

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

[...] Todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

En este sentido, la DUDH establece la obligación gubernamental del Estado mexicano para garantizar los derechos y libertades de la persona mediante la adopción de medidas de carácter nacional e internacional para su reconocimiento, aplicación y efectividad de esos derechos.

¹² Salazar, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, p. 17.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) se ratifica, en la ciudad de Nueva York, EUA, en 1981 y señala lo siguiente respecto de la obligación gubernamental de la protección al derecho fundamental de la identidad, en el que se encuentra el derecho a la identidad de género:

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

...

Artículo 2

...

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica nacimiento o cualquier otra condición social.

La DESC confirma la obligación que los Estados adquieren respecto de la promoción y efectividad de los derechos humanos; sin embargo, adiciona la prohibición de toda discriminación de cualquier índole con el objetivo de garantizar los derechos de toda persona y justamente el género es una condición de vulnerabilidad ante la discriminación.

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se ratifica en Nueva York, EUA, y señala lo siguiente en relación con la obligación gubernamental de la protección al derecho fundamental de la identidad, en el que se encuentra el derecho a la identidad de género:

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

...

PARTE II

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los

derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En este sentido, el PIDCP independientemente de establecer la obligación de los Estados para garantizar los derechos humanos y las libertades de toda persona; también consagra el compromiso de crear medidas legislativas necesarias o de otro carácter para hacer efectivos los derechos de las personas, aunque no se encuentren en su sistema jurídico interno, lo cual implica las primeras fases de un proceso democrático inclusivo, la promoción y difusión de derechos fundamentales.

Una vez reformado el artículo 133 de la CPEUM, los documentos internacionales firmados y ratificados por México, como los ya citados, adquieren la categoría de obligatoriedad por el principio de convencionalidad.

Entonces, la identidad de género adquiere el rango de derecho fundamental derivado de la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (DDDHOSIG); por ello, el sistema normativo mexicano mantiene la obligatoriedad de diferenciar el género de otras vulnerabilidades sociales, y el compromiso de adquirir un sistema jurídico específico que contemple la identidad de género como figura perteneciente al género, una vez determinados los componentes de género: orientación sexual, identidad sexual e identidad de género.

En este sentido, la DDDHHOSIG ratificada desde su emisión señala:

2. Reafirmamos que todas las personas tienen derecho al goce de sus derechos humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, tal como lo establecen el artículo 2 de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

...

5. Estamos, asimismo, alarmados por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos.

...

10. Hacemos un llamado a todos los Estados y mecanismos internacionales relevantes de derechos humanos a que se comprometan con la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género.

La DDDHHOSIG implica el reconocimiento de los Estados y de conformidad con el principio de convencionalidad del Estado mexicano al establecer que todas las personas tienen derecho al goce efectivo de sus derechos humanos sin ninguna distinción, así como el reconocimiento de que la discriminación, estigmas y prejuicios en contra de personas por su identidad de género colocan en detrimento la integridad de las personas y su dignidad; y hace un llamado para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas independientemente a su identidad de género por parte del sistema gubernamental.

Asimismo, los PY señalan como fundamento la igualdad de los sujetos de derecho en relación con las características en orientación sexual, identidad sexual e identidad de género, al consagrar lo siguiente:

Principio 1. El derecho al disfrute universal de los derechos humanos

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos.

...

Principio 2. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a

ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Los PY establecen la igualdad de derechos de toda persona y el compromiso de garantizarles los derechos humanos independientemente de su identidad de género a través del principio de no discriminación, así como su prohibición para garantizar la igualdad de derechos de toda persona.

Con base en lo expuesto, se establece la obligación de los Estados para garantizar los derechos y libertades de toda persona independientemente de su identidad de género, estableciendo como principio la no discriminación, que en todo caso adquiere el rango de ser también un derecho fundamental, de cualquier índole; así como el reconocimiento de adoptar medidas legislativas de carácter nacional e internacional para su aplicación y efectividad, expresando que la discriminación, estigmas y prejuicios basados en la identidad de género implican menoscabo en la integridad personal y la dignidad.

Todos los documentos anteriores que señalan la obligatoriedad de los Estados de proteger los derechos fundamentales, basándose en la dignidad humana, se concentran en el sistema normativo mexicano por principio de convencionalidad y se complementan con las disposiciones señaladas en materia de discriminación contemplada en el artículo 1o. de la CPEUM:

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, **el género**, la edad, las discapacidades, la

condición social, **las condiciones de salud**, la religión, las opiniones, **las preferencias sexuales**, el estado civil o **cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas**¹³.

A pesar de los compromisos del Estado mexicano a nivel nacional e internacional respecto a la promoción, difusión y protección de derechos humano, a pesar de los mismos compromisos para legislar en materia de género reconociéndolo como un grupo vulnerable, del 2011 al 2018 no se han registrado inclusiones al sistema normativo en materia de identidad de género que permita al órgano gubernamental aplicar legislación interna respectiva.

3. Sistema gubernamental mexicano para la protección de la identidad de género

De acuerdo con el artículo 49 de la CPEUM, el sistema gubernamental en México se divide en el ejercicio de tres poderes de la Unión; en donde el poder ejecutivo tiene la función de administración y procuración de justicia; el poder legislativo la generación de leyes; y, por último, el poder judicial la impartición de justicia.

En este sentido, dichos poderes de la Unión tienen la obligación de promover, difundir y proteger los derechos fundamentales de toda persona¹⁴ y como consecuencia, llevar a cabo el proceso democrático inclusivo derivado de las reformas en materia de derechos humanos de 2011; como fundamento de ello, la CIDH declaró que la consolidación de dicha democracia se deriva del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante la adopción de una serie de medidas institucionales, legislativas y prácticas que lo hagan posible¹⁵.

Asimismo, el sistema gubernamental mexicano se dirige por el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2013-2018 que establece las directrices de las

¹³ Orden Jurídico Nacional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 1, párrafo 5. N. del E. Las negritas son de la autora.

¹⁴ Orden Jurídico Nacional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 1.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La democracia y los derechos humanos*, p. 15.

políticas públicas de los poderes de la Unión, con el objetivo de alcanzar el proceso democrático de inclusión.

El PND consagra la tercera estrategia transversal de perspectiva de género, cuya finalidad es “Incorporar la perspectiva de igualdad de género en las políticas públicas, programas, proyectos e instrumentos compensatorios como acciones afirmativas de la Administración Pública Federal”¹⁶.

Al respecto, la obligatoriedad de los órganos gubernamentales determinada por el sistema jurídico y el sistema político mexicanos implica el compromiso de implementar políticas para la promoción, difusión y protección de los derechos fundamentales y la atención de los grupos vulnerables como el género, ello a partir de programas gubernamentales que implementen la gobernanza para el nuevo sistema democrático inclusivo.

En materia de género y de manera específica sobre identidad de género, no se cuenta en el sistema gubernamental con algún órgano encargado de proteger derechos fundamentales de los sujetos de derechos que mantienen características fuera de un sistema heteronormativo. Hasta el 2018 se cuenta con la creación del Programa Nacional por la Igualdad y No Discriminación (PRONAI) 2014-2018, que integra y organiza la política discriminatoria federal; de igual manera, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), creado en el 2003, es la institución rectora que promueve las políticas y las medidas tendientes a contribuir al desarrollo cultural y social para avanzar en la inclusión social y garantizar el derecho a la igualdad, el primero de los derechos fundamentales en la CPEUM.

La insuficiencia del sistema jurídico mexicano en su sistema normativo y gubernamental en materia de identidad de género ha permitido el surgimiento, en todo el país, de una gran diversidad de asociaciones civiles para coadyuvar a la labor de la concientización, sensibilización, educación y promoción de la identidad de género al margen de un sistema heteronormativo vigente en la cultura mexicana; al respecto se presenta un cuadro con algunas de las asociaciones civiles en México.

¹⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, p. 104.

Nombre de la Asociación Civil	Objetivo
Centro de Capacitación y Apoyo Sexológico Humanista (CECASH)	Trabajar con aquellas personas que acepten asumirse como constructores de sus vidas, propiciando el autoconocimiento para la toma libre y responsable de sus decisiones respecto a su sexualidad.
Colectivo Sol, A. C.	Asegurar el respeto a los derechos humanos y a una vida digna de las poblaciones de la diversidad sexual y de aquellas en situaciones de mayor vulnerabilidad y riesgo para VIH, ITS, violencia y abuso de sus derechos humanos, mediante acciones de prevención, desarrollo de habilidades y capacidades, incidencia política y movilización comunitaria, con enfoques de género y de reducción de estigma y discriminación.
Colega O. A. C.	Promover la salud sexual y reproductiva, desde empoderamiento y el ejercicio ciudadano en la población joven LGBT para lograr la inclusión plena en la sociedad.
Comunidad Metropolitana, A. C. (COMAC)	Dirigir, fortalecer y apoyar una respuesta amplia al VIH y al Sida que incluya prevenir su impacto, prestar asistencia y apoyo a quienes viven con VIH; reducir la vulnerabilidad de las personas y de las comunidades ante el VIH, Sida; mitigar el impacto socioeconómico y humano de la epidemia; promover acciones informativas sobre salud y educación sexual y reproductiva; generar espacios libres de homofobia, lesbiofobia, transfobia, bifobia, estigma, discriminación y aquello que atente contra la dignidad humana; trabajando a la par con las diversas expresiones de género, identidad, étnicas, culturales, económicas y sociales.
Cuenta Conmigo. Diversidad Sexual e Incluyente, A. C.	Contribuir a la transformación de una cultura de respeto e inclusión de la diversidad y la salud sexual, libre de estigma, discriminación y violencia, en el marco de la equidad de género y los derechos humanos.
Centro de Apoyo a las Comunidades Trans, A. C.	Lograr una vida digna y el pleno ejercicio de los derechos humanos para las poblaciones trans mediante el respeto a nuestra identidad de género, sin discriminación y sin violencia

<p>YAAJ, Transformando tu vida, A. C.</p>	<p>Promover, defender y garantizar los derechos humanos, sexuales y reproductivos de todas y todos, mediante diversos programas ofrecer servicios integrales y de calidad dirigidos a la población LGBTI de México, amigos y familiares en las áreas de salud, educación, investigación, empleo, derechos humanos y cultura, buscando promover la participación de la sociedad en la generación de acciones que impacten positivamente en los estilos de vida saludables y así coadyuvar a la construcción de una sociedad más inclusiva y respetuosa.</p>
<p>Fundación Arcoíris por el Respeto a la Diversidad Sexual, A. C.</p>	<p>Incidir en actores estratégicos para la protección de los derechos de las personas que han sido discriminadas por el ejercicio de su sexualidad y la representación de género, para alcanzar la justicia social y la igualdad.</p>

Fuente: elaboración basada en las publicaciones oficiales de las asociaciones civiles con actividad vigente a 2018.

Conclusiones

Primera. La identidad de género es considerada un elemento integral del género a partir de los documentos internacionales y de conformidad con los teóricos en ciencias sociales y humanas.

Segunda. La identidad de género es una figura en construcción dentro del sistema jurídico, con implicaciones externas determinadas por el entorno social, que a su vez genera discursos sobre lo interno de los sujetos de derecho en relación con su masculinidad y feminidad en correspondencia con su sexo biológico.

Tercera. La identidad de género se convierte en el auto análisis del individuo respecto de su feminidad y masculinidad interna, coincida o no con lo determinado por el entorno social respecto al sexo que representa la persona.

Cuarta. La identidad de género sin correspondencia al pensamiento del sistema heteronormativo implica traspasar lo normalizado del género,

y produce la no aceptación del sujeto por el entorno al que pertenece, lo cual legitima la vulnerabilidad social para el género.

Quinta. El Estado mexicano nacional e internacionalmente mantiene compromisos para legislar en materia de género reconociéndolo como un grupo vulnerable; sin embargo, del 2011 al 2018 no se han registrado inclusión al sistema normativo en materia de identidad de género que permita al órgano gubernamental aplicar legislación interna respectiva.

Sexta. La protección de derechos fundamentales en materia de identidad de género en el sistema jurídico mexicano aún es insuficiente e ineficaz para los sujetos de derechos que cuentan con una identidad de género diferente a la aceptada por el sistema heteronormativo.

Septima. La insuficiencia del sistema jurídico mexicano en materia de identidad de género ha permitido el surgimiento, en todo el país, de asociaciones civiles para coadyuvar en los procesos de concientización, sensibilización, educación y promoción de la identidad de género al margen de un sistema heteronormativo vigente en la cultura mexicana.

Fuentes de consulta

Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUDH), *Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Boletín informativo, 2018. Recuperado de <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientación-sexual-e-identidad-de-género2.pdf>.

Centro de Apoyo a las Comunidades Trans, A. C. Recuperado de centroapoyoidentidadestrans.blogspot.com [20 de mayo de 2018].

Centro de Capacitación y Apoyo Sexológico Humanista (CECASH). Recuperado de http://www.aids-sida.org/archivos/directorio_nacional/cecash.html [20 de mayo de 2018].

Colectivo Sol, A. C. Recuperado de <http://colectivosol.org/> [20 de mayo de 2018].

Colega O. A. C. Recuperado de <https://www.gaygdl.mx/item/colega-o-a-c/> [20 de mayo de 2018].

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *La democracia y los derechos humanos*, 2018. Recuperado de http://www.cinu.mx/minisitio/dia_democracia/LA%20DEMOCRACIA%20Y%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 2015.
- Comunidad Metropolitana, A. C. Recuperado de <https://comacmty.org/> [20 de mayo de 2018].
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED). Recuperado de <https://www.conapred.org.mx/> [20 de mayo de 2018].
- Cuenta Conmigo. Diversidad Sexual e Incluyente, A. C. Recuperado de cuentaconmigo.org.mx/ [25 de mayo de 2018].
- Figueredo, Cristina, "Derechos humanos y diversidad sexual en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, Barcelona, Red derechos humanos y educación superior, pp. 379-402, 2014.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas / Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo / Fondo para la Infancia de las Naciones Unidas, *Ambientes escolares libres de discriminación*, Colombia, 2016.
- Fundación Arcoíris. Por el Respeto a la Diversidad Sexual, A. C. Recuperado de <http://www.fundacionarcoiris.org.mx/> [20 de mayo de 2018].
- Hammarberg, Thomas, *Derechos humanos e identidad de género. Informe temático de Thomas Hammarberg*, Europa, 2010.
- Moreno, Hortensia, "Identidades en la perspectiva de género", en *Trayectos de género encuentros con diversos campos de conocimiento. Guía para el estudio de la perspectiva de género como asignatura en las licenciaturas de la UNAM*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 161-175, 2013.
- Negro, Dante, "Orientación sexual, identidad y expresión de género", *Revista Agenda Internacional*, núm. 28, año xvii, pp. 153-175, 2010.
- Orden Jurídico Nacional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2018. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>.
- Orden Jurídico Nacional, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2018. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf>.

- Orden Jurídico Nacional, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), 1996. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>.
- Orden Jurídico Nacional, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 1966. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (DDDHOSIG)*, 2008. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf.
- Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018. Recuperado de https://www.snieg.mx/contenidos/espanol/normatividad/MarcoJuridico/PND_2013-2018.pdf.
- Principios Yogyakarta. Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, 2006. Recuperado de <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>.
- Programa Nacional por la Igualdad y No Discriminación (PRONAIID), 2014-2018. Recuperado de https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Pronaind%202014-2018_WEB_ACCSS.pdf.
- Salazar, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- Serret, Estela, "Hacia una redefinición de las Identidades de género", *Géneros. Revista de Investigación y Divulgación sobre los Estudios de Género*, vol. 18, núm. 9, época 2, marzo-agosto, pp. 71-98, 2011.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, México. YAAJ, Transformando tu vida, A. C. Recuperado de <http://yaajmexico.org/> [20 de mayo de 2018].

Los derechos humanos de las personas LGBT+. Las obligaciones jurídicas de los Estados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos*

José Díaz Lafuente**

Introducción

En 2018 celebramos el septuagésimo aniversario de la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París en 1948, cuyo artículo 1º dispone: “todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos”, los elevados índices de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género presentes en todas las regiones del mundo¹ ponen en cuestionamiento tanto la eficacia del denominado derecho internacional de los derechos humanos, como la voluntad política de los Estados de la comunidad internacional de

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2015-63635-R).

** Investigador Postdoctoral en la Universitat Jaume I.

¹ De acuerdo con el Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género: “varios estudios exhaustivos han demostrado que las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y de género no conforme corren un mayor riesgo de sufrir violencia física y sexual y que, en la mayoría de esos casos, la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas fueron causas determinantes de los abusos. Los datos disponibles indican que se enfrentan a la cuasi certidumbre de sufrir violencia durante su vida y que, como norma general, viven cada día conscientes de ello y con ese temor”. Consejo de Derechos Humanos, 38º periodo de sesiones, 18 de junio a 6 de julio de 2018. párr. 26.

lograr un marco de justicia internacional, coherente e interdependiente que supere el relativismo cultural y defienda el universalismo de los derechos humanos en pro de la defensa de la dignidad, la igualdad y la libertad de todos los seres humanos.

En el momento de elaborar el presente trabajo, en 72 países se siguen criminalizando los actos homosexuales consentidos entre personas adultas con sanciones que abarcan desde la multa o la pena de cárcel hasta la pena de muerte, contemplada ésta última en Arabia Saudita, Mauritania, la República Islámica de Irán, Sudán y Yemen, en algunas regiones de Nigeria y Somalia, en los territorios de Iraq y Siria ocupados por Daesh, así como en el recientemente revisado Código penal de Brunei².

Además, más allá de la penalización normativa de los actos homosexuales en casi el cuarenta por ciento de Estados que conforman la comunidad internacional, en un contexto internacional marcado por los efectos socioeconómicos de una globalización neoliberal comercial, por múltiples y, a veces, sangrantes desplazamientos masivos y por el auge de las nuevas tecnologías y redes sociales, los movimientos integristas de diferente credo e ideología alimentan el odio y el estigma contra la comunidad LGBT+ en diferentes partes del mundo: desde la Iglesia ortodoxa rusa, los grupos evangélicos ultraconservadores en África y Latinoamérica, el islamismo radicalizado o los judíos ortodoxos.

En consecuencia, muchas personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales, son perseguidas y discriminadas por el mero hecho de querer ser, sentir y expresar de forma digna y libre su género y su sexualidad, por cuestionar los valores tradicionales del patriarcado, la consecuente configuración jerárquica y binaria del género y la estricta configuración heteronormativa de las relaciones afectivo-sexuales.

El presente estudio, dentro de los límites de la extensión requerida para su publicación, introduce un breve análisis crítico de las declaraciones y resoluciones aprobadas en el seno de las Naciones Unidas en materia de

² Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), Aengus Carroll y Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2017. Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, p. 8.

orientación sexual e identidad de género. A continuación, se destacan las principales obligaciones jurídicas adquiridas por los Estados en el marco del denominado derecho internacional de los derechos humanos, centrandó el foco en la protección del derecho a la vida y en la prohibición de detenciones arbitrarias, a la luz de los elevados índices de violencia y criminalización de las personas LGBT+.

1. El proceso de reconocimiento normativo a nivel internacional de la protección y promoción de los derechos humanos de las personas LGBT+

Las Naciones Unidas abordan por primera vez la situación de los derechos humanos de las personas LGBT+ en 2008, año en el que se aprueba la primera declaración en este ámbito tras la propuesta franco-holandesa, respaldada por la Unión Europea. Sin embargo, como recuerda Ignacio Álvarez Rodríguez, “el caldo de cultivo se había creado anteriormente, a través de numerosas actuaciones y propuestas que ayudaron a pergeñar aquélla”³.

El 6 de agosto de 1992, Douglas Sanders, profesor y reconocido activista del colectivo LGBT+, pronunció su discurso sobre los derechos humanos de las personas LGBT+ ante las Naciones Unidas, presentándose como “el primer homosexual que habla abiertamente como tal los órganos de derechos humanos de la ONU”⁴.

Once años después, en 2003, Brasil presentó la primera propuesta de resolución sobre la materia, abriendo el debate de los derechos de las personas LGBT+ y posicionándolo en la agenda internacional de la lucha por los derechos humanos. Sin embargo, la firme oposición de un amplio

³ Álvarez Rodríguez, Ignacio, “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”, p. 28.

⁴ Declaración de los derechos humanos de gays y lesbianas presentada por el prof. Douglas Sanders en la 44ª Sesión Anual de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de las Minorías, celebrada del 3 al 28 de agosto de 1992 en Ginebra, Suiza. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), K. Kirichenko / Órganos de Tratados de las Naciones Unidas, *Referencias a la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales* 2016.

número de Estados, la mayor parte islámicos, y el proceso de reforma de la Comisión de Derechos Humanos conllevaron a la retirada de la propuesta en 2005.

El 22 de diciembre de 2008, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género con la firma de 66 Estados⁵. La Declaración parte del reconocimiento del principio de la universalidad de los derechos humanos y del derecho a la igualdad sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, "tal como lo establecen el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"⁶.

La Declaración contó con una firme e inmediata oposición dentro de la Asamblea General. Por una parte, el Estado del Vaticano, aunque expresó su rechazo a la criminalización de la homosexualidad, se opuso a la Declaración por entenderla como un paso hacia el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo⁷.

Por otra parte, 57 Estados, liderados por la República Árabe Siria, presentaron al día siguiente otra Declaración en contra⁸. El análisis crítico de esta contradecación revela los argumentos utilizados por aquellos países que persiguen y vulneran los derechos humanos de las

⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre los derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/63/635, 22 de diciembre de 2008.

⁶ *Ibidem.* p. 2. En ella, se destaca la preocupación y la alarma por la violencia, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y el prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, destacando que "estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos". p. 5.

⁷ Delegación del Estado del Vaticano, Press Release, Statement of the Holy See at the 63rd Sess. of the Gen. Ass. Of the United Nations on the Declaration on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity.

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Nota verbal de fecha 19 de diciembre de 2008 dirigida al Secretario General por la Misión Permanente de la República Árabe Siria ante las Naciones Unidas.

personas LGBT+ para justificar la adopción de legislaciones y prácticas discriminatorias y lesivas de derechos fundamentales en sus respectivas jurisdicciones.

En primer lugar, los Estados firmantes argumentaron que la prohibición de la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género no es una cuestión regulada por el derecho internacional público, como sí lo son otros motivos de discriminación sobre los que, en opinión de dichos Estados, debería centrarse el trabajo de las Naciones Unidas⁹.

En segundo lugar, los Estados firmantes manifestaron un profundo desconocimiento y un explícito interés en demonizar la orientación sexual y la identidad de género, justificando su rechazo a la declaración en el hecho de que “el concepto de orientación abarca una amplia variedad de opciones personales que van mucho más allá del interés sexual de la persona en la cópula con seres humanos adultos, normales y que consienten en ella, con lo cual introduce la idea de la normalización social y posiblemente, la legitimación social de muchos actos deplorables, *la pedofilia entre ellos*”¹⁰.

Por último, la contradecларación destacó lo dispuesto en el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho de los Estados miembros a promulgar leyes que cumplan las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática¹¹.

⁹ En este sentido, expresaron su “profunda preocupación por el intento de introducir en las Naciones Unidas ciertos conceptos que no tienen fundamento jurídico en ningún instrumento internacional de derechos humanos” y su inquietud por el “intento de prestar especial atención a ciertas personas en razón de sus intereses y su conducta sexual, haciendo caso omiso al mismo tiempo de que, lamentablemente, en diversas partes del mundo subsisten la intolerancia y la discriminación por razones de color, raza, género o religión para mencionar unas pocas”. *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ El artículo 29 dispone “2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

En esta misma línea se han pronunciado varios autores, como Yecies, quienes entienden que la prohibición de la discriminación establecida en el artículo 2 debe operar en función de las particularidades de cada sistema jurídico nacional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 que contempla la toma en consideración de las exigencias de la moral y del orden público¹².

Sin embargo, tanto los Estados firmantes de la contradecларación como la citada autora se olvidan de destacar el artículo siguiente de la Declaración Universal: "Artículo 30. Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

Siguiendo a Ferrajoli, los derechos fundamentales se caracterizan por estar adscritos a todas las personas y porque están ubicados en la esfera de lo "no decidible", sustraídos de la disponibilidad política o del mercado¹³.

La importante cuestión sobre el universalismo de los derechos humanos frente a la posibilidad de limitarlos en función de las particularidades culturales o religiosas de cada Estado o región ya fue abordada por la Declaración y el Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, al confirmarse que, aunque "debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales"¹⁴.

A pesar de la férrea oposición y del encendido debate que genera en la agenda de la comunidad internacional, la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género, en julio de 2011, por iniciativa de Sudáfrica,

¹² Yecies, Sharon, "Sexual Orientation, Discrimination, and the Universal Declaration of Human Rights", pp. 799 y ss.

¹³ Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", p. 117.

¹⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, p. 5.

el Consejo de Derechos Humanos aprueba la primera resolución sobre la materia titulada “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”¹⁵.

La votación de la resolución pone de manifiesto la fragmentación existente sobre esta materia en la comunidad internacional, obteniendo 23 votos a favor, 19 en contra y 3 abstenciones¹⁶. La resolución es considerada como un hito histórico institucional y doctrinal; además es la base para el trabajo posterior que ha realizado las Naciones Unidas por los derechos humanos de las personas LGBT+, en especial el Secretario General y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁷.

La resolución 17/19 parte del reconocimiento de los principios que caracterizan la naturaleza de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los mismos, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y “definidos ulteriormente en otros instrumentos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos fundamentales pertinentes de derechos Humanos”¹⁸.

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

¹⁶ Los países que votaron a favor fueron Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Francia, Guatemala, Hungría, Japón, Mauricio, México, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suiza, Tailandia, Ucrania, Uruguay. En contra votaron Angola, Arabia Saudita, Bahréin, Bangladesh, Camerún, Djibouti, Federación de Rusia, Gabón, Ghana, Jordania, Malasia, Maldivas, Mauritania, Nigeria, Pakistán, Qatar, República de Moldavia, Senegal, Uganda. Los tres países que se abstuvieron fueron Burkina Faso, China y Zambia.

¹⁷ Para ver las declaraciones y los discursos del Secretario General, Ban Ki-Moon, de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay y del Asistente del Secretario General, Ivan Simonovic, puede consultarse la página web oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹⁸ Además, la resolución recuerda a todos los Estados miembros el principio de no discriminación, afirmando: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

Los Estados firmantes expresan su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, contra personas por su orientación sexual e identidad de género y, por ello, piden a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que encargue la realización de un estudio “a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”¹⁹.

El estudio solicitado es publicado en diciembre de 2011 bajo el título *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género*²⁰. En él, la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navetham Pillay, denuncia las diferentes formas de violencia, incluyendo asesinatos, violaciones, torturas y otras formas de trato cruel, inhumano y degradante perpetradas contra las personas LGBT+ en todas las regiones del mundo.

Por último, debemos traer a colación el último paso adoptado en el seno de las Naciones Unidas en la lucha contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En virtud de la Resolución 32/2 del Consejo de Derechos Humanos se aprobó la figura del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

El mandato del Experto Independiente además de “evaluar la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con los medios de superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, e identificar las mejores prácticas y las deficiencias”²¹, también concientiza a la población acerca de la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, y determinar y abordar las causas fundamentales de la violencia y la discriminación.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género*.

²¹ Consejo de Derechos Humanos, Resolución 32/2. Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Para ello, además de las visitas de los países y de los llamamientos urgentes y cartas de denuncia que remite a los Estados, en relación con casos de violencia y discriminación ejercidas contra personas por motivos de su orientación sexual o su identidad de género, presenta informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General, sobre las actividades realizadas y la situación de las personas LGBT+²².

2. La obligación de los Estados a la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas LGBT+

A tenor de lo dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos, los tratados internacionales que lo conforman y los pronunciamientos de los órganos responsables de la vigilancia y control de su cumplimiento, los Estados de la comunidad internacional han adquirido una serie de obligaciones jurídicas respecto a la protección y promoción de los derechos de las personas LGBT+.

El derecho a la vida es considerado el derecho humano supremo, en cuanto su protección y su garantía son esenciales para el ejercicio del resto de los derechos humanos. El derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida es un derecho universal protegido por los principales instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos²³, así como en los tratados regionales de derechos humanos (artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5º de la Carta Árabe de Derechos Humanos, artículo 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 2º de la Carta Fundamental de Derechos de la Unión Europea).

²² Véase Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Informe A/HRC/35/36.

²³ En el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 9 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; en el artículo 6 del Convenio de los Derechos del Niño; en el artículo 10 del Convenio sobre las Personas con Discapacidad; en el Principio 1 de los Principios de la ONU relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias; en el artículo 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que el derecho a la vida es el “derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”²⁴.

El derecho a la vida genera dos obligaciones principales a los Estados, conforme a lo establecido por el Derecho Internacional Público. En primer lugar, la obligación negativa de que nadie sea privado arbitrariamente de su vida, obligación absoluta de naturaleza *ius cogens*, no puede ser derogada en circunstancia alguna. Y, en segundo lugar, la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para garantizar y proteger el derecho a la vida.

En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha establecido: “el Estado tiene la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva”²⁵.

Sin embargo, en la actualidad la pena de muerte está contemplada como condena contra los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo en Arabia Saudita, Mauritania, la República Islámica de Irán, Sudán y Yemen, en algunas regiones de Nigeria y Somalia, en los territorios de Iraq y Siria ocupados por Daesh, así como en el recientemente revisado Código penal de Brunei²⁶.

²⁴ Véanse la Observación general No. 6: el derecho a la vida (artículo 6, para. 1), y la Observación general N° 14: armas nucleares y el derecho a la vida (artículo 6, para. 1) del Comité de Derechos Humanos.

Por su parte, los diferentes tribunales regionales de derechos humanos también han destacado el carácter esencial del derecho a la vida. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que: “en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”. CIDH Caso de los “Niños de la Calle” (Villagran-Morales y otros) c. Guatemala, doc. cit., párrafo 144. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado, además, que el derecho a la vida es objeto de interpretación extensiva y cualquiera de sus limitaciones “se debe interpretar estrictamente”. TEDH Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Caso McCann y Otro c. Reino Unido, Aplicación N° 17/1994/464/545, para. 147.

²⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, para. 9.

²⁶ Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), *op. cit.*, p. 8.

Según lo establecido en múltiples resoluciones, dictámenes, comunicaciones y sentencias de órganos, comités y tribunales de derechos humanos, la imposición de la pena capital por mantener relaciones homosexuales consentidas entre adultos, así como las ejecuciones extrajudiciales o los asesinatos por razón de la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, son una violación flagrante del derecho a la vida²⁷.

Además de vulnerar los derechos a la vida, a la intimidad y a la no discriminación, como destacó en el citado informe de 2011 la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la aplicación de la pena de muerte en estas circunstancias supone una vulneración del citado artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, ratificado por todos los Estados mencionados menos por Arabia Saudí²⁸.

El Comité de Derechos Humanos, órgano responsable de vigilar el cumplimiento del PIDCP, se ha pronunciado en diferentes ocasiones señalando, en este mismo sentido, que las legislaciones penales que prevén la pena de muerte contra las prácticas o conductas homosexuales suponen una vulneración del artículo 6 del PIDCP.

²⁷ Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, p. 96. Véase las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Sudán, para. 8; Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución N° 2005/59, La cuestión de la pena de muerte, 20 de abril de 2005, para. 7.f, y la Resolución 2003/67, La cuestión de la pena de muerte, 24 de abril de 2003, para. 4.d; Asamblea General de Naciones Unidas, Resoluciones sobre las "Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias", N° 61/173, 19 de diciembre de 2006, N° 59/197, 20 de diciembre de 2004 y N° 57/214, 18 de diciembre de 2002; Informe del Relator especial, señor Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Nigeria, doc. de las NU E/CN.4/2006/53/Add.4, e 7 de enero de 2006; Informe del Relator especial, Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Guatemala, A/HRC/4/20/Add.2, 19 de febrero de 2007, e Informe del Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2000/3, 25 de enero de 2000, para. 116.

²⁸ Sudan ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 18 de marzo de 1986, Yemen el 9 de febrero de 1987, Somalia el 24 de enero de 1990, Nigeria el 29 de julio de 1993 y Mauritania el 17 de noviembre de 2004. De todos ellos, sólo Mauritania presentó una reserva al tratado en relación con los arts. 18 y 23, libertad de conciencia y religiosa y derechos de los cónyuges, destacando que estas obligaciones no podrán vulnerar lo dispuesto por la ley islámica la Sharía.

En las observaciones finales del informe de Sudán, en 1998, el Comité manifestó: “la pena de muerte prevista para delitos no considerados de mayor gravedad, como la apostasía, mantener un tercer acto homosexual, mantener relaciones sexual ilícitas, apropiación indebida por parte funcionarios públicos y robo con violencia, no es compatible con el artículo 6 del Pacto del que es Estado parte”. El Comité subrayó que la pena de muerte debe operar únicamente en los delitos más graves, de acuerdo con el artículo 6, y debe ser abolida para los otros tipos de delitos²⁹.

Por su parte, para el Relator especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la imposición de la sentencia de muerte por una práctica sexual privada, como la sodomía, es una violación del derecho internacional³⁰. La anterior Relatora Especial sobre la misma cuestión había señalado: “sólo puede imponerse la pena de muerte por los más graves delitos, disposición que excluye claramente las cuestiones de orientación sexual”³¹.

La obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias frente a las amenazas y vulneraciones del derecho a la vida cobra especial relevancia en los supuestos de personas LGBT+, pues una parte significativa de las violaciones del derecho a la vida por motivos de orientación sexual e identidad de género tienen lugar por la acción de los agentes estatales y también por la inacción o falta de adopción de medidas para proteger³².

²⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Sudán, A/53/40, vol. I, 1998, p. 23, para. 119.

³⁰ Alston, Philip, Informe del Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Nigeria, para. 37. En relación con la situación de algunas regiones en Nigeria, en lo que respecta a la sodomía, la imposición de la pena de muerte por una relación sexual íntima es claramente incompatible con las obligaciones internacionales de Nigeria.

³¹ Jahangir, Asma, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. E/CN.4/2000/3, para. 57.

³² La Relatora Especial destacó una serie de medidas necesarias que deben adoptar los Estados en los siguientes términos: “se investigarán rápida y rigurosamente los asesinatos y las amenazas de muerte, con independencia de la orientación sexual de las víctimas. Se adoptarán políticas y programas encaminados a superar el odio y los prejuicios contra los homosexuales y a sensibilizar a las autoridades y al público en general hacia los delitos y actos de violencia contra quienes pertenecen a una minoría sexual”.

Además, la existencia de una legislación punitiva que condene las prácticas homosexuales incita, y más aún en los casos en los que se contempla la pena capital, a la persecución institucional y a la estigmatización social de las personas LGBT+, posicionándolas en una situación de grave vulnerabilidad.

3. La obligación de los estados a despenalizar la homosexualidad y la prohibición de las privaciones arbitrarias de libertad

Como se ha indicado previamente, en 72 países persisten leyes que criminalizan a las personas por su orientación sexual o su identidad de género real o presunta. Muchas de estas legislaciones son a menudo vestigios de la época colonial, utilizando en algunos casos términos jurídicamente no determinados como “moralidad”, “libertinaje” o “contra natura”.

En 1994, en el caso *Toonen c. Australia*, el Comité de Derechos Humanos dictaminó que la legislación donde se penalizaba la homosexualidad constituía una injerencia ilegal en el derecho a la intimidad, protegido y garantizado en el artículo 17 del PIDCP, y en la garantía de disfrute de este derecho según el artículo 2.1³³.

Desde entonces, este órgano y otros comités de tratados de derechos humanos y procedimientos especiales han instado reiteradamente a los Estados a modificar sus leyes que penalizan la homosexualidad o las relaciones homosexuales consentidas entre adultos y han celebrado su derogación³⁴.

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en múltiples ocasiones para expresar que la criminalización de las relaciones homosexuales

Jahangir, Asma, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2002/74, para. 148.

³³ Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de marzo de 1994, Comunicación N° 488/1992, Caso *Nicholas Toonen c. Australia*, doc. de las NU CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1994.

³⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género, p. 42.

consentidas entre adultos supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal, protegido en el artículo 17 del PIDCP y un supuesto de discriminación prohibida en los artículos 2 y 26 del PIDCP³⁵.

En esta misma línea, los titulares de mandatos de procedimientos especiales han destacado la relación entre la penalización y los delitos de odio, los abusos de la policía, la tortura y la violencia familiar y comunitaria de carácter homofóbico, así como las limitaciones que la penalización impone a la labor de los defensores de los derechos humanos dedicados a la protección de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y trans³⁶.

De acuerdo con el Relator especial sobre el derecho a la salud, “cuando el Estado sanciona este tipo de castigo, los prejuicios existentes se consolidan, legitimándose la violencia comunitaria y la brutalidad policial contra los afectados”³⁷. Del mismo modo, la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha manifestado que la tipificación penal agrava la estigmatización social y hace a las personas “más vulnerables a la violencia y a los abusos en materia de derechos humanos, incluidas las amenazas de muerte y las violaciones del derecho a la vida, que suelen cometerse en un clima de impunidad”³⁸.

Los efectos en la sociedad de este tipo de legislaciones, con independencia de su aplicación efectiva, conllevan a la estigmatización de las personas LGBT+ y al auge de comportamientos sociales homofóbicos y transfóbicos. Siguiendo a Goodman, la existencia de leyes que penalizan determinadas manifestaciones de la orientación sexual o la identidad de género reduce el ámbito de libertad de las personas con una orientación homosexual o una

³⁵ Véanse las observaciones finales de los informes emitidos por el Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales Estados Unidos de América, A/50/40, vol. I, 1995, p. 52, par. 287; Observaciones finales Chile, A/54/40, vol. I, 1999, p. 47, par. 216; Observaciones finales Rumanía, A/54/40, vol. I, 1999, p. 70, par. 375; Observaciones finales Chipre, A/53/40, vol. I, 1998, p. 34, par. 190; Observaciones finales Lesoto, A/54/40, vol. I, 1999, p. 53, par. 256; Observaciones finales Zimbabue, A/53/40, vol. I, 1998, p. 37, par. 226.

³⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 42.

³⁷ Relator especial del derecho a la salud, Informe A/HRC/14/20, para. 20.

³⁸ Relatora especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Informe A/57/138, para. 37.

identidad transgénero, aunque estas no se apliquen efectivamente³⁹. De hecho, como destaca Thomas, la imposición establecida con el beneplácito del Estado de un aura de criminalidad a los hombres homosexuales por medio de estas leyes marca al conjunto de esta comunidad con una etiqueta de perversidad⁴⁰.

El derecho a la libertad está estrechamente vinculado al “derecho a la seguridad de la persona” protegido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴¹. Además, las personas LGBT+ también son víctimas de privaciones de libertad a través de detenciones y acusaciones basadas en apariencia en otras causas que sirven de pretexto para perpetrar una persecución oculta contra su orientación sexual o su identidad de género. Conviene subrayar que los códigos de moralidad ambiguos y las leyes que regulan la salud pública, la moralidad y el decoro público se suelen utilizar asimismo para efectuar detenciones arbitrarias por razones de orientación sexual, o de identidad o expresión de género⁴².

En este sentido, se pronunció el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria (GTDA), en una opinión relativa al arresto de 55 hombres en una discoteca de El Cairo en 2001⁴³. El Grupo de Trabajo estableció que la detención de los hombres acusados de incitar la “disensión social” constituía una privación de libertad arbitraria considerándose

³⁹ Goodman, Ryan, “Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Laws, Social Norms and Social Panoptics”, p. 643.

⁴⁰ Thomas, Kuhn, “Beyond the Privacy Principio”.

⁴¹ De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos “el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto protege el derecho a la seguridad personal también fuera del contexto de la privación formal de libertad. Una interpretación del artículo 9 al admitir que un Estado Parte haga caso omiso de amenazas contra la seguridad de personas no detenidas sujetas a su jurisdicción haría totalmente ineficaces las salvaguardias del Pacto”. Comité de Derechos Humanos, Dictamen 20 de marzo de 2000, Caso Carlos Dias c. Angola, doc. cit., párrafo 8.3.

⁴² Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, p. 79.

⁴³ A pesar de que el gobierno de Egipto señaló que las acusaciones no versaban sobre la orientación sexual de los detenidos, sino por delitos de “desprecio de la religión” y “la costumbre de realizar actos inmorales con hombres”, el Grupo de Trabajo estimó que las diligencias ordenadas por la Fiscalía, que incluían el “reconocimiento anal” de los detenidos, suponían una investigación por la orientación sexual destinada a determinar si los arrestados eran homosexuales y, por tanto, susceptibles de haber cometido el delito de “disensión social”, según el artículo 98, párrafo 1, del código penal egipcio. *Ibidem*, p. 80.

una acusación y una detención por razones de orientación sexual que infringía las disposiciones del artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los artículos 2.1 y 26 del PIDCP⁴⁴.

Por último, es necesario destacar que cuando una persona LGBT+ es detenida por la comisión de un delito, y no por su orientación sexual o identidad de género, como en cualquier supuesto de privación de libertad, el Estado debe asegurar la existencia de una serie de garantías y de derechos fundamentales especiales al tratarse de personas vulnerables⁴⁵.

En esta línea, conviene destacar que, en determinados países, las personas LGBT+ son sometidas a un régimen de aislamiento total prolongado. Respecto a esto, el Comité de Derechos Humanos ha dictaminado que el aislamiento total prolongado de una persona detenida “constituye un tratamiento inhumano en el sentido del artículo 7 y [es incompatible] con las reglas del tratamiento humano exigido bajo el párrafo 1 del artículo 10 Pacto”⁴⁶. En este mismo sentido, dos Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre la tortura han destacado que la detención incomunicada debería ser ilegalizada, siendo el factor determinante más importante de que una persona corra el riesgo de ser torturada⁴⁷.

⁴⁴ Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias, Opinión N° 7/2002 (Egipto), 21 de junio de 2002, doc. de las NU E/CN.4/2003/8/Add.1. La misma línea de argumentación fue empleada posteriormente por el grupo de trabajo en un supuesto similar en Camerún, aunque en este caso se entendió que no sólo era una vulneración del derecho a lo no discriminación sino también una violación del derecho a la intimidad protegido por el artículo 17 del PIDCP. Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias, Opinión N° 22/2006 (Camerún), 31 de agosto de 2006, doc. de las NU A/HRC/4/40/Add.1.

⁴⁵ De acuerdo con la Comisión Internacional de Juristas, “las personas LGBT privadas de su libertad deben disfrutar de los mismos derechos y garantías que los demás detenidos, a saber: el derecho a que se les informe de las razones del arresto y de las acusaciones contra ellas; el derecho a que se les informe sobre sus derechos y sobre cómo disponer de ellos; el derecho a interponer un recurso destinado a cuestionar la legalidad de su arresto y obtener su libertad si la detención no fue legal; el derecho a ser puestas a disposición de un juez u otro funcionario judicial de manera pronta; el derecho a la asistencia de un abogado inmediatamente después de su arresto y a los medios adecuados para ejercerlo; el derecho a tener contacto con el mundo exterior, y el derecho a recibir un trato humano durante su detención”.

⁴⁶ Relator especial contra la tortura. Informes del Relator especial A/57/173, 2 de julio de 2002, para. 16, E/CN.4/2004/56, para. 37, y A/57/173, 2 de julio de 2002, para. 16.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Artículo 7, para. 6.

Conclusiones

A pesar de la universalidad, la interdependencia, la inalienabilidad y la inherencia de los derechos humanos a todos los seres humanos proclamadas por el derecho internacional de los derechos humanos, en todas las regiones del mundo, en mayor o menor grado, las personas LGBT+ siguen sufriendo criminalización, persecución y discriminación por el mero hecho de querer ser, sentir y expresar de forma digna y libre su género, su erotismo y su afecto.

Frente al supuesto relativismo cultural, la comunidad internacional debe perseguir la cristalización jurídica de instrumentos vinculantes internacionales de derechos humanos que protejan de forma efectiva y universal a las personas LGBT+ frente a la discriminación, la persecución y la violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Desde el asunto *Toonen c. Australia*, en el que el Comité de Derechos Humanos estableció que los Estados están obligados a proteger a las personas frente a la penalización y discriminación por razón de su orientación sexual, el resto de Comités creados en virtud de tratados de derechos humanos y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han condenado de forma reiterada la penalización de los actos sexuales mantenidos entre personas adultas del mismo sexo y la violencia y discriminación perpetrada por motivos de orientación sexual e identidad de género.

El reconocimiento de las últimas décadas de la orientación sexual y la identidad de género en los actos normativos a nivel internacional de protección y defensa de los derechos humanos se ha ido fraguando gracias a la progresiva institucionalización del sistema internacional de los derechos humanos, al desarrollo tanto a nivel académico como activista de las teorías feministas, queer, post-colonialistas y, en tercer lugar, a la incidencia de estas corrientes en la participación pública de los movimientos asociativos.

Por ello, a la luz del estudio de la normativa internacional realizado en el presente trabajo, resulta una cuestión urgente y fundamental para

la construcción de un sistema jurídico internacional de los derechos humanos, que sea coherente, inclusiva y efectiva, la promoción de la despenalización de las legislaciones punitivas de los actos sexuales consentidos mantenidos entre personas adultas del mismo sexo en aquellos países en donde sigan presentes. Del mismo modo, debe promoverse la adopción de leyes antidiscriminatorias que promuevan la erradicación de la homofobia, la bifobia y la transfobia en los diferentes ámbitos de la sociedad y el empoderamiento local de los grupos de defensores de los derechos humanos de las personas LGBT+.

Fuentes de consulta

1. Documentos doctrinales

1.1 Obras generales, monografías y libros colectivos

- Alventosa del Río, Josefina, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.
- Borrillo, Daniel, *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, Edizioni Dedelo, 2009.
- Borrillo, Daniel y Víctor Luis Gutiérrez Castillo, *Derecho y política de las sexualidades*, Barcelona, Huygens, 2013.
- Butler, Judith, *Gender Trouble. Feminism and Subversion of Identity*, Routledge, Londres, 1990.
- Butler, Judith, *Una antología de estudios queer*, Barcelona, Icaria, 2002.
- Díez de Velasco, Manuel, *Organismos de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2000.
- Guash, Oscar, *La crisis de la heterosexualidad*, Barcelona, Laertes, 2000.
- Guash, Oscar, *La sociedad rosa*, Barcelona, Anagrama, 1998.
- Habermas, Jürgen, "Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo", *Debates*, marzo 1992.
- Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), Aengus Carroll y Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2017. Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento* (Ginebra: ILGA,

- mayo de 2017). Recuperado de https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_Homofobia_de_Estado_2017_WEB.pdf.
- Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), K. Kirichenko / Órganos de Tratados de las Naciones Unidas, *Referencias a la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales 2016* (Ginebra: ILGA, noviembre de 2017). Recuperado de <http://ilga.org/ilga/es/article/405>.
- Peces Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Salazar Benítez, Octavio, *Masculinidades y ciudadanía. Los hombres también tenemos género*, Madrid, Dykinson, 2013.

1. 2 Artículos de revistas y capítulos de libro

- Álvarez Rodríguez, Ignacio, "La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate", *Revista General de Derecho Constitucional*, vol.17, octubre de 2013.
- Borrillo, Daniel, "Una perspectiva crítica del derecho del género y las sexualidades en el mundo latino", en Borrillo, Daniel y Víctor Luis Gutiérrez Castillo, *Derecho y política de las sexualidades*, Barcelona, Huygens, 2013.
- Butler, Judith, "Imitación e insubordinación de género", *Revista de Occidente*, núm. 235, diciembre. 2000.
- Elvira Perales, Ascención, "Transexualidad y derechos", Ascencio Elvira Perales, Francisco Javier Matia Portilla y Antonio Arroy Gil (coords.), *Revista General de Derecho Constitucional, Monográfico El movimiento LGTB en perspectiva constitucional*, núm. 17, octubre, 2013.
- Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006.
- Goodman, Ryan, "Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Laws, Social Norms and Social Panoptics", *California Law Review*, vol. 89, núm. 3, mayo, 2001.
- Heinze, Eric, "Sexual Orientation and International Law: a Study in the Manufacture of Cross-Cultural Sensitivity", *Michigan Journal of International Law*, vol. 22, núm. 2, 2001

- Jimena Quesada, Luis, "Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2001.
- Manners, Ian, "Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?", *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 2, diciembre, 2002.
- Rey Martínez, Fernando, "Sentido y alcance del derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual". Ascencio Elvira Perales, Francisco Javier Matia Portilla y Antonio Arroy Gil (coords.), *Revista General de Derecho Constitucional, Monográfico El movimiento LGTB en perspectiva constitucional*, núm. 17, octubre, 2013.
- Salazar Benítez, Octavio, "La deconstrucción de la ciudadanía heteropatriarcal", en Borrillo, Daniel y Víctor Luis Gutiérrez Castillo, *Derecho y política de las sexualidades*, Barcelona, Huygens, 2013.
- Salazar Benítez, Octavio, "El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 157, 2012.
- Thomas, Kuhn, "Beyond the Privacy Principio", D. Danielson and K. Engle (eds.), *After Identity*, Nueva York, Routledge, 1995.
- Yecies, Sharon, "Sexual Orientation, Discrimination, and the Universal Declaration of Human Rights", *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2, 2011.

2. Documentos internacionales

2.1 Tratados y Convenciones internacionales sobre derechos humanos

- Carta de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. San Francisco, 26 de junio de 1945.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General, Resolución 2200 A (xxi), 16 de diciembre de 1966.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Asamblea General, Resolución 2106 A (xx), 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General, Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Asamblea General, Resolución 39/46, 10 de diciembre de 1984.

Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

2. 2 Resoluciones, Declaraciones y otros documentos sobre derechos humanos emitidos en el seno de las Naciones Unidas

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, Statement by UN High Commissioner for Human Rights to the Panel on ending violence and discrimination against individuals on the basis of their sexual orientation and gender identity at the Human Rights Council 19th Session, Ginebra, 7 marzo de 2012.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, Video Message, Oslo Conference on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, Oslo, 15-16 de abril de 2013.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, página oficial, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTspeechesandstatements.aspx>.

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre los derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/63/635, 22 de diciembre de 2008. Recuperado de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/635>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Nota verbal de fecha 19 de diciembre de 2008 dirigida al Secretario General por la Misión Permanente de la República Árabe Siria ante las Naciones Unidas. 26 de diciembre de 2008. Recuperado de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/663>.
- Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 17º periodo de sesiones, tema 8 de la agenda Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena, A/HRC/RES/17/19, 14 de julio de 2011.
- Consejo de Derechos Humanos, Resolución 32/2. Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/32/2, 7 de julio de 2016.
- Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Informe A/HRC/35/36, 19 de abril de 2017.

2. 3 Otros documentos internacionales

- Alston, Philip, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Apéndice: Misión en Nigeria, Doc. de las UN: E/CN.4/2006/53/Add.4, 7 de enero de 2006.
- Delegación del Estado del Vaticano, Press Release, Statement of the Holy See at the 63rd Sess. of the Gen. Ass. Of the United Nations on the Declaration on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, 2008. Recuperado de http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_tate/2008/documents/re_seg-st_20081218_statement-sexual-orientation_en.html.
- Jahangir, Asma, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. E/CN.4/2000/3.
- Jahangir, Asma, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2002/74, 9 de enero de 2002.

Estabilidad presupuestaria y efectividad de los derechos humanos. Disminución al presupuesto del microbús de la Ciudad de México

Gustavo González Galindo*

Introducción

Los derechos humanos han transitado un milenarísimo camino de reconocimiento en ordenamientos jurídicos, llegando a una etapa que demanda la evaluación de su efectividad. Indagando las principales causas de su ineficacia, se infirió que el Estado es el primer responsable y encargado de buscar los medios para alcanzar su plena satisfacción, debiendo en principio llevar a cabo una adecuada actividad financiera, para contar con recursos económicos necesarios para cubrir las necesidades requeridas por otros derechos humanos, pues no bastan las buenas intenciones para realizarlo.

Bajo este orden de ideas, inicialmente se determinó que la actividad gubernamental y la correspondiente administración pública constituyen derechos humanos del ser humano desde la antigüedad, pero por razones convenientes para los líderes no avanzaron a la par de otros derechos, dejando de observar que al no desarrollarse el derecho a un buen gobierno y, por ende, a una buena administración pública, difícilmente se podrían satisfacer otros derechos humanos.

* Profesor de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Partiendo de la premisa de que el Estado debe contar con finanzas públicas sanas, que le permitan obtener los medios para satisfacer derechos humanos, *a contrario sensu* cada vez las entidades federativas tienen mayor deuda pública, conociendo que la Ciudad de México es la entidad federativa con mayor deuda del país. Determinado lo anterior, se analizaron diversos presupuestos de egresos de la Ciudad de México, llegando a identificar una reducción al presupuesto del metrobús de 2017 en un 80%, lo cual es bastante grave, pues dicha entidad es la más poblada del país y, conjuntamente con el Estado de México, tiene que proporcionar el servicio de movilidad a más de 20 millones de personas diariamente.

La situación anterior lleva a pensar *a priori* que la fuerte deuda pública de la Ciudad de México es una de las principales causas que provocan la reducción presupuestal, afectando ineludiblemente el servicio de metrobús, al continuar prestando el servicio año tras año a un mayor número de personas, pero con menor presupuesto, tal vez con el mismo número de autobuses, o en el peor de los casos, con menos vehículos si se considera que se van desgastando y requiriendo mantenimiento.

A pesar de la situación financiera de la Ciudad de México, al final del capítulo se destaca el avance que se vislumbra en las legislaciones encaminadas a regular esta problemática, pues la reciente *Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios* ha mostrado en su breve aparición una disminución en la deuda pública de las entidades federativas; lo que se fortalece particularmente en la Ciudad de México con su novísima constitución política, que en principio reconoce el derecho humano a la movilidad y paralelamente establece la formulación de indicadores por parte del Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva de la Ciudad de México, esto se antoja plausible, pues en la actualidad existen diversas metodologías propuestas por organismos internacionales, entre las que destaca la del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, lo cual sin duda representa un avance real en materia de efectividad del derecho humano a una buena administración pública que producirá resultados en breve tiempo.

1. Derecho humano a una buena administración pública

Algunos autores consideran el derecho a una buena administración de nuevo cuño, en razón que desde una perspectiva formal y de manera general se encuentra consagrado en los ordenamientos internacionales más representativos, como el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 41 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza; en tanto, de manera interna también se logra advertir en la Sección 1ª del Capítulo I del Título I de la Carta Magna española, donde se “recoge de manera coincidente buena parte de los derechos del Capítulo V de la Carta y acoge, asimismo, otros derechos (especialmente la tutela judicial efectiva) con una indiscutible proyección sobre el funcionamiento de la Administración”¹, y para el caso mexicano se establece en los dos primeros párrafos del artículo 25 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*:

Art. 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución².

A pesar de lo anterior, es de considerarse que este derecho de alguna u otra forma siempre ha estado presente en las aspiraciones del ser humano, tal y como se advierte de un análisis histórico que permite adquirir “una formalización de los materiales aportados por la historia, que explican el origen de los derechos en el tiempo, las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que les originan como idea moderna de la dignidad humana, y los ámbitos y circunstancias en

¹ Tomás Mallén, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*, p. 29.

² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

que surgen”³, para lo cuál resulta útil llevar a cabo una breve revisión histórica desde la perspectiva diacrónica⁴, entendida como los hechos históricos que sentaron las condiciones político-socio-económicas y favorecieron el surgimiento de pensadores, que a su vez propiciaron otros acontecimientos, y en la mayoría de los casos fueron plasmados en instrumentos preponderantemente jurídicos, que al haberse desarrollado paralelamente los hechos, corrientes filosóficas y derecho positivo, se formó una espiral hasta nuestros días para contribuir a la construcción de la teoría de los derechos humanos, incluyendo el derecho a un buen gobierno y, por ende, a una buena administración pública.

Bajo este orden de ideas y sin pretender realizar un estudio monográfico, se debe señalar que desde antes de la aparición del Estado, al no existir normas jurídicas en los primeros colectivos humanos prevalecía la ley de la naturaleza (entendida como la ley del más fuerte), los seres humanos ya se agrupaban para sobrevivir de los prepotentes y arbitrarios actos de sus semejantes⁵; de ahí se puede afirmar que el ser humano, indistintamente del lugar en que haya iniciado su desarrollo, ha tenido una evolución similar al de otros semejantes en otras latitudes de la tierra; “todos los hombres se hallan naturalmente en aquel estado y en él permanecen hasta que, por su propio consentimiento, se hacen miembros de alguna sociedad política”⁶, posteriormente el ser humano decidió establecer una sociedad formal con la finalidad de salir del abuso de sus congéneres, buscando tutelar su vida, familia y patrimonio, estableciendo reglas de convivencia y cambió el estado de naturaleza por el de derecho⁷, bajo la convicción de que “el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre convenciones”⁸; tales ideales contribuyeron al desarrollo de incipientes sistemas de organización

³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, p. 106.

⁴ Esta manera de estudiar los derechos humanos fue propuesta por Gregorio Peces-Barba Martínez en *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*.

⁵ Tal afirmación encuentra sustento en la frase *homo homini lupus*, popularizada en *El Leviatán* de Thomas Hobbes, al afirmar que el hombre es el lobo del propio hombre.

⁶ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, p. 9.

⁷ Tal cambio de concepción del estado de naturaleza al de derecho se puede consultar con más detalle en *La ponderación de los derechos fundamentales* de Gustavo González Galindo.

⁸ Rousseau, Jean Jacob, *El contrato social*, p. 4.

política, caracterizados por la concentración del poder en una sola persona con gran influencia teocrática, que excepcionalmente se distinguían por desempeñar una adecuada administración pública, como se advierte de las culturas más antiguas de las que se tienen datos registrados, como la egipcia, la babilónica, la china, la japonesa, la azteca o la inca.

En la Edad Media, aunque las sociedades estaban más organizadas continuaron los abusos de los monarcas, esto motivó el surgimiento de documentos que garantizaban algunos derechos, como los fueros españoles y un gran número de compilaciones legales, entre ellas destacan la *Ley de las Siete Partidas* y la *Carta Magna Inglesa* de 1215, sirviendo de inspiración para que en el siglo XVIII pensadores como Locke, Rousseau, Diderot, Voltaire, Montesquieu, entre otros, desarrollaran en busca de una mejor forma de gobierno para beneficio del pueblo, doctrinas antropocentristas patrocinadoras del estado de derecho no intervencionista (Estado gendarme), acuñándose la frase *laissez faire, laissez passer*, que favoreció la edificación de la corriente liberal individualista, coronándose con la trascendental Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

No obstante el logro alcanzado, continuaron los abusos de los terratenientes y empresarios más poderosos que aniquilaron rápidamente a los más débiles, llegando a esta conclusión: "Tratar igualmente a los desiguales fue el gravísimo error en que incurrió el liberal-individualismo como sistema radical de estructuración jurídica y social del Estado"⁹, propiciando el surgimiento de otro grupo de pensadores encabezados por Marx y Engels, quienes plantearon la ideología socialista en su Manifiesto del partido comunista de 1848, consistente básicamente en la eliminación de la propiedad privada y desaparición de clases sociales, debiendo subsistir únicamente la obrera, dando paso al nacimiento de la corriente colectivista, la cual a su vez originó nuevas formas de Estados y gobiernos que antepusieron el beneficio de las masas: "En caso de oposición entre la esfera individual y el ámbito colectivo, es preciso sacrificar al individuo, que no es, para las ideas colectivistas, sino una parte del todo social cuya actividad debe realizarse en beneficio de la sociedad"¹⁰; sin

⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, p. 26.

¹⁰ *Idem.*

embargo y de manera semejante al liberalismo esta corriente también cayó en consecuencias negativas: al considerar al individuo como parte de la colectividad y equipararlo con un producto efímero, de escasa o nula importancia, se llegó al extremo de retroceder a un excesivo empoderamiento e intervencionismo estatal que reprimió toda libertad individual antes conquistada.

En el siglo xx, después de la experiencia de las doctrinas indicadas se configuró la del bien común, se buscó alcanzar un equilibrio entre las anteriores, considerando que deben coexistir tanto la esfera particular como la colectiva, atendiendo las pretensiones individuales y las sociales, sin excluir a ninguna de ellas, teniendo como consecuencia jurídica el surgimiento de la etapa de la justicia social, que entraña “una síntesis armónica y de respetabilidad recíproca entre los intereses sociales y los intereses particulares del individuo”¹¹, sin la cual se incurriría en cualquiera de las posturas extremistas referidas, injustas al marginar los intereses individuales o grupales de la sociedad.

Derivado del somero recorrido diacrónico, el derecho humano a una buena administración siempre ha sido una aspiración de los seres humanos, sin embargo, no fue hasta el siglo inmediato pasado cuando se tuvo un avance doctrinal vertiginoso del que destaca la clasificación generacional, que con base en la corriente liberal individualista reconoce en su primera etapa a los derechos civiles y políticos: la protección del individuo frente al Estado en busca de mejores condiciones de vida; en la segunda generación fuertemente influenciada por ideas colectivistas, se reconocieron derechos sociales seguidos de los económicos y culturales de ciertos sectores de la sociedad, con semejante pretensión de un gobierno que les propiciara mejores condiciones de vida, pero extendiendo su rango de acción a determinados grupos sociales; y, finalmente, la tercera generación con base en los principios de solidaridad y protección internacional continuó ampliando los grupos de sujetos titulares de los derechos difusos, colectivos, transpersonales o supraindividuales.

De lo anterior se puede colegir que la aspiración a un buen gobierno y, por consiguiente, una buena administración pública es un derecho humano,

¹¹ *Ibidem*, p. 45.

que siempre se ha buscado en aras de alcanzar mejores condiciones que permitan una vida lo más digna posible, logrando a su vez, la ampliación de grupos de sujetos tutelados.

2. Naturaleza e importancia de los presupuestos

Sin lugar a dudas la buena administración pública constituye un derecho humano, que requiere la satisfacción de otros derechos, llegándose a afirmar que “el derecho a una buena administración se configura como un genérico derecho, a su vez integrado por otros “subderechos” que correlativamente se vienen a corresponder con las obligaciones de los órganos administrativos”¹², que al formar parte del Estado tienen la encomienda de colaborar para alcanzar la finalidad estatal, consistente en la obtención del bien público temporal, debiendo “establecer el conjunto de condiciones económicas, sociales, culturales, morales y políticas necesarias para que el hombre pueda alcanzar su pleno desarrollo material y espiritual como persona humana, como miembro de la familia, de su empresa o actividad económica o cultural, de la agrupación profesional, del municipio, del Estado y de la comunidad internacional”¹³.

Para contar con aquellas condiciones, en especial las económicas, es imprescindible que el Estado realice una adecuada actividad financiera, “con el objeto de procurarse los medios necesarios para los gastos públicos destinados a la satisfacción de las necesidades públicas y en general a la realización de sus propios fines”¹⁴, que debe ser escrupulosamente regulada por el derecho financiero e identifica tres momentos, comenzando por “el establecimiento de tributos y obtención de diversas clases de recursos, en la gestión o manejo de sus bienes patrimoniales y en la erogación de recursos para los gastos públicos, así como las relaciones jurídicas que en el ejercicio de dicha actividad se establecen entre los diversos órganos del Estado o entre dichos órganos y los particulares, ya sean deudores o acreedores del Estado”¹⁵; cabe señalar que estos momentos o situaciones son igualmente importantes, dando paso al

¹² Tomás Mallén, Beatriz, *op. cit.*, p. 31.

¹³ Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, p. 287.

¹⁴ De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, p. 5.

¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

surgimiento de tres ramas jurídicas, conocidas como el derecho fiscal, el derecho patrimonial y el derecho presupuestario, respectivamente.

A pesar que comúnmente se piensa que el derecho presupuestario guarda exclusiva relación con el tercer momento identificado, al considerarse el presupuesto como la “distribución de los recursos monetarios y financieros necesarios para solventar los costos de los programas”¹⁶, lo cierto es que, “el acto del Presupuesto comprende no sólo los egresos (como ocurre en México), sino también los ingresos”¹⁷, al concebirse el cálculo anticipadamente de los ingresos y los gastos, teniendo como misión determinar el nivel de erogaciones que se podrán realizar, con base en los primeros, para no desestabilizar las finanzas.

En México se utilizó el sistema tradicional de presupuesto, que consistía en un control de la cantidad de gasto para cada entidad autorizada, sin preocuparse del resultado que se obtenía, sin embargo a partir de 1976 se implantó el presupuesto por programas, entendido como “un proceso integrado de formulación, ejecución, control y evaluación de decisiones, tendientes a lograr una mayor racionalización de la función administrativa, que parte de una clara definición de objetivos y metas”¹⁸, distinguiéndose por prestar especial atención a las cosas que un gobierno realiza y no a las adquiridas. En este sentido, para que el Estado cumpla sus metas se han establecido planes de desarrollo económico y social a largo, mediano y corto plazo, a través de presupuestos programáticos, ya sean por programas globales o sectoriales, refiriéndose a actividades particulares, por ejemplo en México se distinguen los sectores primario, integrado por la agricultura, ganadería, silvicultura y pesca; el secundario conformado principalmente por la industria; y el terciario, consistente básicamente por la gran variedad de servicios, como el comercio, restaurantes y hoteles, transportes, comunicaciones, servicios financieros, profesionales, de educación, médicos y gubernamentales.

De lo anterior resulta lógico determinar que un Estado con finanzas públicas sanas, deberá tener un equilibrio presupuestario que le permita

¹⁶ *Ibidem*, p. 99.

¹⁷ *Ibidem*, p. 129.

¹⁸ *Ibidem*, p. 100.

contar con recursos económicos que seguramente cubrirán las necesidades de otros derechos humanos; sin embargo, ante el constante problema que acontece en la realidad de escasez de recursos públicos para tales fines, que frecuentemente deriva de la disminución presupuestal para diversos sectores, en la presente investigación se identificó al endeudamiento público como una de las principales causas que seguramente influyen en la inestabilidad y reducción de los presupuestos.

Para verificar lo anterior, en los siguientes apartados se mostrará la entidad federativa más endeudada del país, para posteriormente revisar si existe alguna repercusión en su presupuesto, procurando evidenciar que tal situación impacta negativamente en una disminución de recursos y probablemente afectan la satisfacción de otros derechos.

3. Afectación de derechos humanos por endeudamiento público

Bajo la premisa que el Estado tiene la responsabilidad de mantener finanzas públicas sanas para destinar recursos a los presupuestos y satisfacer los derechos humanos; desafortunadamente en la realidad mexicana tal situación es cada vez menos común, dado que en poco más de dos décadas existe un deterioro en las finanzas públicas a nivel subnacional, consistente en la creciente tendencia del endeudamiento de las entidades federativas, alcanzando niveles que podrían poner en riesgo la sustentabilidad financiera de los gobiernos locales para cumplir sus responsabilidades constitucionales¹⁹, y en menor medida también podrían repercutir en la viabilidad y estabilidad macroeconómica nacional, en caso de que no puedan solventar el servicio de sus deudas.

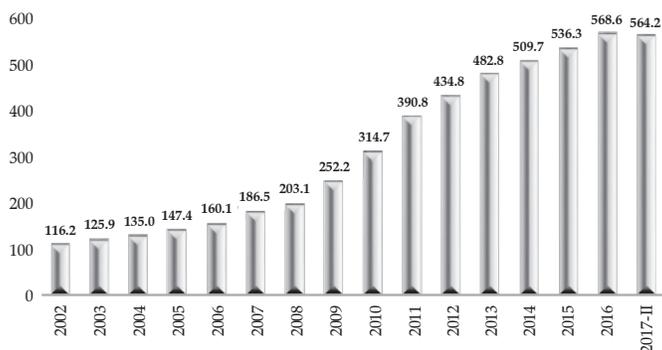
Esta tendencia ha quedado demostrada a través del vertiginoso incremento de deuda de los gobiernos estatales, al registrarse que “el promedio de la deuda de las entidades federativas respecto de sus Participaciones Federales creció de 64.5% en 1994 a 84.0% en 2015”²⁰; un dato más reciente y con otro parámetro de medición muestra que entre

¹⁹ Para más detalle ver el documento CEFP/007/2016 denominado *Diagnóstico de la deuda pública de las entidades federativas*, del Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, de abril de 2016.

²⁰ Cámara de Diputados, *Diagnóstico de la deuda pública de las entidades federativas*, 2015.

2002 y 2017, el saldo de la deuda subnacional se incrementó en 13.6% en términos reales, al pasar de \$116,218.4 mdp en 2002 a \$564,224.53 mdp al segundo trimestre de 2017, por lo que el saldo de las obligaciones financieras inscritas aumentó en \$448,006.1 mdp, en términos nominales en los últimos 15 años, esto significa que la tasa de variación del saldo de la deuda subnacional se colocó en 143.6%, siendo la tasa media de crecimiento anual de 6.1%, tal y como se muestra en la siguiente gráfica:

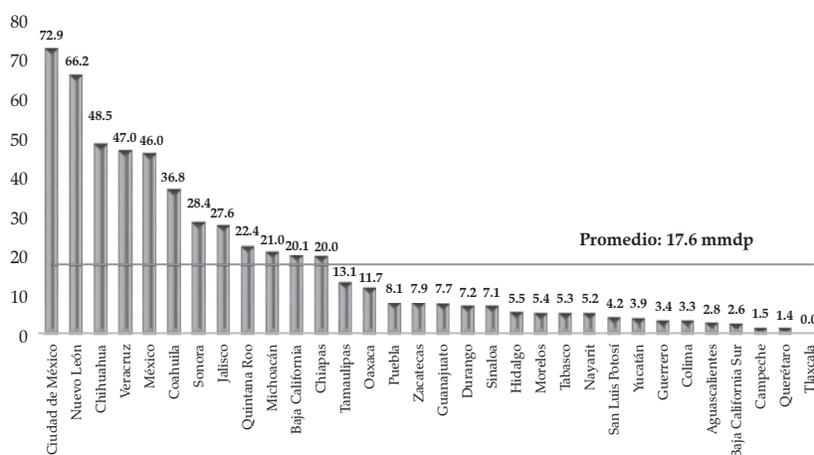
Saldo total de la deuda subnacional, 2002-2017/junio
(miles de millones de pesos)



Fuente: elaborado por el CEPF con datos de la SHCP.

Uno de los factores determinantes del endeudamiento subnacional es la densidad poblacional, por lo que dentro de los Estados más poblados del país se encuentra la Ciudad de México con 8.9 millones de habitantes, después del Estado de México con 16.6 millones de habitantes; sin embargo, también inciden la producción de la entidad federativa, los ingresos de los gobiernos estatales, la débil recaudación local, la indebida planeación en los presupuestos de egresos, entre otros; aun cuando la Ciudad de México es la segunda entidad federativa más poblada del país, ocupa el primer lugar de endeudamiento, en razón que cuenta con otro factor determinante que la catapulta a esa posición, consistente en tener la economía local más grande del país, con \$72,900 mdp de deuda al segundo trimestre de 2017, como se muestra a continuación:

Saldo de la deuda subnacional por Entidad Federativa, al segundo trimestre de 2017 (miles de millones de pesos)



Fuente: elaborado por el CEPF con datos de la SHCP.

Determinado que la Ciudad de México es la entidad federativa más endeudada del país y considerando las múltiples necesidades que debe satisfacer la administración pública, se decidió analizar el caso del transporte público, debido que al ser la entidad más poblada de México (integrado por su propia población y la zona conurbada del Estado de México), el transporte de su ciudadanía es una necesidad imperiosa; después de un breve análisis a los últimos cuatro presupuestos de egresos de algunas dependencias y entidades, se conoció lo siguiente:

Dependencias	2014	2015	2016	2017
Secretaría de Salud	\$ 6,445,749,465	\$ 7,018,668,853	\$ 7,417,791,650	\$ 7,569,636,488
Secretaría de Seguridad Pública	\$ 13,729,804,038	\$ 14,390,693,151	\$ 15,290,972,039	\$ 16,399,958,444
Secretaría de Educación	\$ 487,040,606	\$ 659,721,636	\$ 823,130,399	\$ 876,308,950
Secretaría de Desarrollo Económico	\$ 225,445,131	\$ 239,016,899	\$ 311,887,754	\$ 303,496,757
Secretaría de Desarrollo Social	\$ 7,976,551,777	\$ 8,568,204,338	\$ 9,250,423,819	\$ 10,284,013,273
Secretaría de Cultura	\$ 509,774,750	\$ 577,630,176	\$ 613,141,814	\$ 703,726,737
Metrobús	\$ 986,523,700	\$ 1,394,734,640	\$ 1,742,709,335	\$ 348,248,724
Sistema de Transporte Colectivo Metro	\$ 12,900,265,083	\$ 15,062,686,910	\$ 15,849,703,179	\$ 16,473,051,402

Con base en los datos recabados, en un primer nivel de análisis se advierte que la mayoría de las dependencias y entidades tuvieron un incremento anual en sus presupuestos de egresos, sin embargo, la Secretaría de Desarrollo Económico y el Metrobús tuvieron una disminución absoluta en sus presupuestos de 2017, consistente en un 2.69 % y 80.02%, respectivamente, lo cual seguramente ha repercutido negativamente en la realización de sus actividades, como se verá más adelante. Aunado a lo anterior, en un análisis más detallado se observó con mayor preocupación que los incrementos anuales de aquellas dependencias cada vez fueron en menor proporción, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

Dependencias	Incremento 2015	Incremento 2016	Incremento 2017
Secretaría de Salud	8.89 %	5.69 %	2.05 %
Secretaría de Seguridad Pública	4.81 %	6.26 %	7.25 %
Secretaría de Educación	35.46 %	24.77 %	6.46 %
Secretaría de Desarrollo Económico	6.02 %	30.49 %	-2.69 %
Secretaría de Desarrollo Social	7.42 %	7.96 %	11.17 %
Secretaría de Cultura	13.31 %	6.15 %	14.77 %
Metrobús	41.38 %	24.95 %	-80.02 %
Sistema de Transporte Colectivo Metro	16.76 %	5.22 %	3.93 %

De acuerdo con lo anterior, a pesar de existir un aparente crecimiento en términos absolutos a los presupuestos de la mayoría de las dependencias y entidades, por otro lado, se advierte una disminución en términos relativos anuales a tales presupuestos, es decir, su crecimiento ha sido menor año tras año, lo que seguramente también ha afectado el desempeño de sus funciones. En este sentido, según la tabla anterior las únicas entidades con un incremento anual fueron la Secretaría de Seguridad Pública, la Secretaría de Desarrollo Social y la Secretaría de Cultura, al contrario de las cinco restantes en las que sus incrementos fueron disminuyendo.

Teniendo la necesidad de circunscribirse a un caso particular, por razones de espacio, llama la atención el presupuesto del metrobús, en primer término porque resulta muy evidente la drástica la disminución que sufrió y, por otro lado, se refiere a una actividad primordial para la movilidad

de millones de personas en la Ciudad de México, que conjuntamente con la zona conurbada del Estado de México, la convierte en la entidad más poblada del país, con más de 20 millones de personas que requieren transportarse diariamente.

En este sentido y considerando el endeudamiento como un hecho que presupone una circunstancia contraria a las finanzas públicas sanas, al existir deuda es muy probable que se restrinjan y disminuyan los presupuestos asignados a determinadas funciones, como acontezca en el caso de la disminución del presupuesto del metrobús, es de inferirse que ha afectado el derecho humano a la movilidad, pues cada año aumenta la población y, por ende, el número de usuarios, teniéndolas que solventar con menos recursos, lo que *a priori* seguramente se ha reflejado en el mayor número de pasajeros que usan el servicio, en el mismo número de metrobuses o probablemente menos, considerando el desgaste y mantenimiento de las unidades; provocando que mucha gente no alcance este beneficio y tenga que utilizar otros medios de transporte más caros o más lejanos a sus casas y actividades.

4. Mecanismos de control y medición de la eficacia del derecho humano a una buena administración pública

A pesar de la situación financiera de la Ciudad de México, recientemente se publicaron dos instrumentos jurídicos, que seguramente serán de gran ayuda para frenar su estado actual y mejorar la calidad de los servicios públicos que garanticen el disfrute de derechos humanos.

El primer documento es la *Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de abril de 2016, que tiene como objeto “establecer los criterios generales de responsabilidad hacendaria y financiera que regirán a las Entidades Federativas y los Municipios, así como a sus respectivos Entes Públicos, para un manejo sostenible de sus finanzas públicas”²¹, lo que propiciará un control del endeudamiento de las finanzas públicas de los gobiernos estatales y municipales, a través de la promoción del sano

²¹ *Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios*, artículo 1.

desarrollo de las finanzas públicas, bajo la aplicación de los principios de responsabilidad hacendaria, el registro público único (en el que los entes públicos se deben inscribir y transparentar la totalidad de sus obligaciones), el sistema de alertas (que vincula los niveles de endeudamiento, fijando los techos de financiamiento netos anuales) y la contratación de deuda (garantizando que se contrate al menor costo financiero y que el destino sea para inversión pública); documento que al parecer ha comenzado a conseguir buenos resultados en su breve vigencia, al observar un ligero decrecimiento del endeudamiento subnacional, dado que de \$568.6 mdp en 2016 pasó a \$564.2 en el segundo trimestre de 2017, registrándose una leve disminución de \$4.4 mdp respecto del año anterior.

Respecto a la medición de la eficacia, la también reciente *Constitución Política de la Ciudad de México*, publicada el 5 de febrero de 2017 en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, dispone en su artículo 5:

A. Progresividad de los derechos

1. Las autoridades adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas y las que sean necesarias hasta el máximo de recursos públicos de que dispongan, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en esta Constitución²².

Derechos entre los que tutela el de movilidad en su numeral 13:

...

E. Derecho a la movilidad

1. Toda persona tiene derecho a la movilidad en condiciones de seguridad, accesibilidad, comodidad, eficiencia, calidad e igualdad

...

2. Las autoridades adoptarán las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho, particularmente en el uso equitativo del espacio vial y la conformación de un sistema integrado de transporte público, impulsando el transporte de bajas emisiones contaminantes, respetando en todo momento los derechos de los usuarios más vulnerables de la vía, el cual será adecuado a las necesidades sociales y ambientales de la ciudad²³.

²² *Constitución Política de la Ciudad de México*.

²³ *Idem*.

Destacando que lo relevante de este documento para alcanzar una mayor efectividad jurídica, es el punto 2 del artículo 5:

A. Progresividad de los derechos

...
2. El Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva de la Ciudad de México establecerá un sistema de indicadores de estos derechos que permitan fijar metas en el presupuesto anual y evaluar la garantía de su cumplimiento progresivo, tomando como base los niveles esenciales y alcanzados de satisfacción conforme a lo previsto por la ley²⁴.

Esto representa un gran avance en materia de eficacia jurídica, al prever la creación de un sistema de indicadores de derechos humanos, que tienen múltiples posibilidades de utilización, como instrumentos eficaces para formular políticas y vigilar procesos, determinar efectos no deseados de leyes y prácticas, identificar a los actores que influyen en la realización de los derechos y si cumplen sus obligaciones, anticipar posibles violaciones y adoptar medidas preventivas, etc., en todo caso “la finalidad de los indicadores es pues, y muy resumidamente, suministrar información relevante en relación con la eficacia de las normas que han de ver con los derechos humanos”²⁵.

No obstante lo anterior, la constitución local apenas entró en vigor el pasado 17 de septiembre de 2018, por lo que a partir de esa fecha se deberán comenzar los trabajos de elaboración del sistema de indicadores, sin que a la fecha se tenga conocimiento que ya existan las primeras evaluaciones al respecto, sin embargo, también cabe destacar que los funcionarios encargados de crear los indicadores, tienen la ventaja de apoyarse en la metodología propuesta por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que básicamente establece la formulación de un marco teórico conceptual que servirá para definir y permitir elaborar indicadores que promuevan la vigilancia de derechos humanos, previa selección de cada derecho de acuerdo con su contenido normativo, de donde surgirán indicadores específicos que deberán ser

²⁴ *Idem.*

²⁵ García Cívico, Jesús, “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?”, p. 191.

estructurales, de proceso y de resultados, que ayudarán a evaluar en qué medida afecta el endeudamiento a la disminución presupuestaria y en consecuencia la satisfacción y/o afectación del derecho humano a la movilidad por medio del metrobús.

Conclusiones

El buen gobierno y la buena administración son derechos humanos que tienen una tradición inmemorial, dado que desde los tiempos más remotos el ser humano se unió con otros semejantes para alcanzar objetivos comunes de sobrevivencia, al grado que en la actualidad se encuentran consagrados en diversos ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales. Desafortunadamente, ante la falta de interés de los gobiernos, estos derechos se fueron rezagando en comparación con otros que representan necesidades visibles e inmediatas para los seres humanos, como la libertad en sus diversas modalidades, vivienda, seguridad, salud, trabajo, educación, etcétera.

En una primera etapa los seres humanos lucharon por el reconocimiento de los derechos humanos en ordenamientos jurídicos; pero, a partir de la segunda mitad del siglo xx, se inició otra etapa enfocada a evaluar la efectividad de aquellos inherentes a la persona humana.

Partiendo de que la finalidad estatal es conseguir el bien público temporal, resulta necesario contar con recursos económicos suficientes para obtener los medios que lleven a alcanzar esa meta. En este sentido, el Estado debe desarrollar una actividad financiera que se traduzca en finanzas públicas sanas, que en la medida de lo posible eviten el endeudamiento público.

Desafortunadamente en México se ha observado una creciente deuda pública de sus entidades federativas (subnacional), encabezada por la Ciudad de México, entidad con la mayor población del país. Esta condición financiera llevó a establecer como objeto de estudio a esa entidad federativa, en la que en principio se advirtió que la mayoría de sus dependencias y entidades tuvieron un incremento anual en sus

presupuestos de egresos, sin embargo, también se identificó que dichos incrementos en las dependencias fueron decreciendo.

Tomando en cuenta que la Ciudad de México es la entidad más poblada del país, en un segundo nivel de análisis se identificó que el presupuesto del metrobús se redujo en un 80% en 2017; adquiriendo la razonable seguridad que tal reducción ha afectado el derecho fundamental de la movilidad, en razón que al prestarse el servicio a mayor cantidad de población, dado que se incrementa cada año, con menos presupuesto, resulta lógico que se lleva a cabo en el mejor de los casos, con el mismo número de autobuses, debiendo considerar que los vehículos se van desgastando y requieren mantenimiento, sin tener recursos suficientes para adquirir nuevos.

No obstante lo anterior, resultan destacables los avances en esta materia, dado que la *Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios*, desde su entrada en vigor ha frenado paulatinamente el endeudamiento público subnacional, y particularmente la *Constitución Política de la Ciudad de México*, además de reconocer el derecho fundamental a la movilidad, establece la creación de un sistema de indicadores para medir la eficacia de diversos derechos, que a su vez tiene como apoyo la propuesta metodológica del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que seguramente abonará en el campo de estudio de la efectividad de los derechos humanos.

Fuentes de consulta

- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41ª ed., México, Porrúa, 2011.
- Cámara de Diputados, *Diagnóstico de la deuda pública de las entidades federativas*, México, 2015.
- Cámara de Diputados, *Diagnóstico de la deuda pública de las entidades federativas*, México, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, CEFPP/007/2016, abril de 2016.
- De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, 18ª ed., México, Porrúa, 2000.

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Nueva York y Ginebra, 2012.
- García Cívico, Jesús, "¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?", *Derechos y libertades. Revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 24, época II, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, enero, 2011.
- González Galindo, Gustavo, *La ponderación de los derechos fundamentales. Estudio de las colisiones de derechos derivadas de manifestaciones públicas*, México, Porrúa, 2013.
- Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 4ª ed., México, Porrúa, 2005.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 23ª ed., México, Porrúa, 1990.
- Rousseau, Jean Jacob, *El contrato social*, 15ª ed., México, Porrúa, 2006.
- Tomás Mallén, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

Legisgrafía

- Constitución Política de la Ciudad de México.*
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios.*
- Ley de Presupuesto y Gasto Eficiente del Distrito Federal.*

Estabilidad presupuestaria y efectividad de los derechos humanos: el sistema tributario como condición sociológica de los derechos

Ignacio Aymerich Ojea*

Introducción

El origen histórico de los derechos fundamentales y su efectividad están más ligados a los impuestos de lo que tendemos a pensar. La *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* fue el fruto directo de la revolución francesa en 1789 pero, como recuerda Tocqueville, la causa inmediata del triunfo de la revolución no estuvo tanto en el atractivo abstracto de los ideales que encarnaba aquella declaración de derechos como en el descontento concreto con el estado de cosas de Francia, y particular importancia tiene en ese descontento la desigualdad, arbitrariedad y abusos del sistema impositivo. “Me atrevo a asegurar que el día que la nación [...] permitió a los reyes establecer un impuesto general sin su concurso, y en que la nobleza tuvo la cobardía de dejar que se impusieran cargas al tercer estado con tal de quedar ella exenta, ese día se sembró el germen de casi todos los vicios y abusos que fueron minando al antiguo régimen, hasta causarle la muerte”¹. Los franceses querían reformas antes que libertades, pero la monarquía absoluta fue incapaz de emprenderlas, específicamente en la mala gestión de las finanzas públicas, por ello la

* Facultad de Derecho, Universitat Jaume I de Castellón, España.

¹ Tocqueville, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, p. 125.

ciudadanía “pedía, sobre todo, a voz en cuello, una revolución completa en todo el sistema financiero”².

Los abusos impositivos de la corona y la lucha contra ellos tienen una larga historia. El *Bill of rights* (1628) fue la reclamación del parlamento inglés hacia el rey Carlos I como requisito para su coronación y trataba de evitar el despotismo de su antecesor, Jacobo I. De acuerdo con el propio texto, Eduardo I (1239-1307) había aprobado el *Statutum de tallagio non concedendo*, según el cual el rey no podía establecer nuevos impuestos sin el consentimiento del Parlamento; esto también se recogía en la Carta Magna de 1215. Pese a estas disposiciones legales, periódicamente los reyes incumplían el compromiso de someter los nuevos tributos a la aprobación de los representantes parlamentarios, lo que también recurrentemente llevaba a reafirmar dicho principio, como volvió a ocurrir en el *Bill of rights* de 1688 o más tarde en las colonias británicas de América: así, por ejemplo, el artículo 10 de la *Declaración de derechos y normas fundamentales de Delaware* (1776) establece que todo ciudadano tiene el deber de contribuir proporcionalmente a las expensas que genere la protección de su vida, su propiedad y su libertad y no puede expropiarse una parte de dicha propiedad suya sin su consentimiento o el de sus representantes. Este conocido principio de *no taxation without representation*, según el cual debe haber representantes políticos del pueblo para que el sistema impositivo sea legítimo conducirá también luego a la *Declaración de independencia de Estados Unidos*, entendida como reacción a los abusos de la monarquía británica, entre ellos los tributarios.

Al instaurarse en el siglo XIX el estado liberal, tras la revolución francesa y la independencia de Estados Unidos, en todos aquellos países que siguieron el nuevo modelo político, se diseñó una democracia censitaria en la cual el derecho al voto de los ciudadanos iba directamente ligado a su condición de contribuyentes a los impuestos. El argumento para justificar este sistema era que no podía tener representación en el parlamento para decidir a qué se dedica el presupuesto público quien no hubiese contribuido con sus impuestos a financiar dicho presupuesto. Pero los representantes de la parte económicamente aventajada de la ciudadanía tampoco iban a adoptar medidas para mejorar la situación del resto o

² *Ibidem*, p. 185.

a atacar los intereses de quienes les habían elegido. Esta desigualdad condujo a nuevas inestabilidades políticas y, ocasionalmente, a nuevos procesos revolucionarios y reformas constitucionales que, entre otras cosas, consiguieron ampliar la base de representación popular en los parlamentos. En vinculación directa con ello aumentó el gasto público dedicado a garantizar la igual condición de todos los ciudadanos y la presión fiscal. “Los gobiernos liberales solo se vieron forzados a adoptar funciones redistributivas y favorables al crecimiento económico, que implicaban aumentos del gasto y de los impuestos, cuando se generalizó el sufragio universal”³.

Esta correlación entre la consolidación de la democracia y los derechos fundamentales con el sistema tributario y el gasto público ha seguido suscitando reiterados debates posteriormente. Así, por ejemplo, en 1986, James Buchanan recibía el premio Nobel de economía por su teoría de la elección de bienes públicos, que implica como consecuencia normativa su propuesta de “constitución fiscal”. Según su razonamiento, el establecimiento de instituciones políticas se fundamenta en un acuerdo de los ciudadanos para que todos puedan ejercer sus derechos de propiedad y, sobre esa base, acordar libremente intercambios de bienes y servicios. Pero quienes ocupan posiciones de poder en tales instituciones políticas tienden a incrementar la oferta de servicios públicos más allá del acuerdo original, violando el mandato democrático con el que fueron elegidos. Por tanto, la limitación del gasto público debe estar fijada normativamente en la propia constitución⁴. De nuevo vuelve al primer plano el debate sobre la relación entre los fundamentos de la sociedad democrática y los límites de la capacidad recaudatoria en manos estatales.

Y si bien esta raíz histórica de la consolidación de los derechos humanos ligada a la previsibilidad y suficiencia del sistema tributario es clara, ¿qué función sigue cumpliendo hoy en día? Se trata de mostrar esta correlación en términos históricos y también como respuesta a la pregunta por las condiciones sociológicas de la efectividad de los derechos humanos. Por citar un ejemplo, Amartya Sen (otro premio Nobel de economía,

³ Comín, Francisco, *Historia de la Hacienda Pública*, p. 111.

⁴ Cfr. Buchanan, James y Geoffrey Brennan, *The power to tax. Analytical foundations of a fiscal constitution*.

como Buchanan) llamó la atención sobre el hecho de que nunca han tenido lugar hambrunas ni catástrofes económicas semejantes en Estados democráticos, con independencia de que fuesen democracias ricas o pobres⁵. Los datos reunidos por Sen muestran una correlación entre libertades públicas y desarrollo económico, argumentando que las autoridades democráticas deben enfrentarse periódicamente a elecciones y pueden ser libremente criticadas en la prensa, independientemente de si su gestión conduce a un desabastecimiento generalizado (u otra catástrofe semejante); en tanto, las dictaduras pueden acallar el debate sobre la mala gestión económica hasta que irremediablemente estallan en problemas como las hambrunas.

Vincular así dos procesos sociales (libertades públicas y eficacia en la gestión económica), hasta entonces disociados a los ojos de los investigadores sociales, es el tipo de aportación que la ciencia puede hacer para entender mejor cómo funcionan *de facto* los derechos humanos. Me refiero a aquella premisa que Durkheim puso al frente de la metodología sociológica (entender los hechos sociales como *cosas*) y en este sentido tratar los derechos humanos como uno más de los fenómenos observables en la vida social y buscar qué correlaciones tiene con otros procesos sociales. En definitiva, adoptar una perspectiva de sociología jurídica sobre los derechos humanos y, en nuestro caso concreto, tratar de analizar cómo incide la suficiencia financiera del Estado y la previsibilidad del sistema tributario en la efectividad de los derechos.

1. Una aproximación sociológica a la efectividad de los derechos humanos

La investigación sociológica sobre los derechos fundamentales se hace a través de una gama de opciones metodológicas que parten de una primera disyuntiva entre los modelos teóricos sobre la transformación social hacia sociedades democráticas en una perspectiva general y la investigación empírica, subdividida a su vez entre la investigación cualitativa y la cuantitativa. Dentro de la última hay también un variado repertorio de

⁵ Sen, Amartya, *Development as freedom*, p. 16.

posibilidades, pero, como veremos más adelante, ha ido ganando peso desde hace ya algunas décadas el uso de indicadores estadísticos.

En el ámbito de la teoría sociológica, para autores como Vincenzo Ferrari⁶, Zehra Arat⁷ o López y Stohl⁸, entre otros, los estudios sobre la formación y sobre la efectividad de los derechos humanos son escasos, limitados en sus objetivos y no han podido todavía establecer con investigaciones sistemáticas los vínculos entre estos derechos y otros procesos sociales, económicos y políticos. La afirmación sigue siendo válida hoy en día.

Ni es el objeto de este trabajo ni habría espacio suficiente para abordar las aportaciones de la teoría sociológica sobre los derechos humanos, pero sí es necesaria una breve referencia a aquellos puntos en relación directa con la cuestión de la suficiencia financiera del Estado. Hemos visto ya la referencia de Tocqueville a los problemas fiscales de Francia y su relación con la génesis de la revolución, que condujo a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Sus observaciones destacan la consolidación de una administración pública cada vez más extendida, eficiente y coherente en sus acciones. En continuidad muy directa con la aportación de Tocqueville, Weber había explicado la génesis social del Estado moderno (Estado racional, en sus términos) como consecuencia del desarrollo de la burocracia especializada y del derecho racionalizado. Este proceso está estrechamente ligado a la posibilidad de que dicho estado se legitime ante sus ciudadanos garantizando normativamente sus derechos fundamentales⁹. Como parte de la mencionada burocracia especializada se desarrolló una administración tributaria racional, con un papel muy relevante en el origen sociológico de los derechos humanos. Ya con el mercantilismo, el Estado comienza a actuar con conciencia de que la sostenibilidad del Estado depende de poder garantizar sus fuentes de ingresos y de que éstas no dependen tanto de la tierra, de los metales

⁶ Ferrari, Vincenzo (ed.), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*, p. 175.

⁷ Arat, Zehra F., *Democracy and human rights in developing countries*, p. 2.

⁸ López, George A. y Michael Stohl, "Problems of concept and measurement in the study of human rights", p. 217.

⁹ He tratado extensamente esta cuestión en otra obra, a la que me remito: Ignacio Aymerich Ojea, *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*.

preciosos o de las conquistas militares como de la posibilidad de ejercer racionalmente su capacidad tributaria¹⁰.

Norbert Elias, sin desvincularse del hilo argumentativo weberiano, ha puesto de relieve el papel decisivo del monopolio fiscal en la génesis sociológica del Estado¹¹. Elias describe pormenorizadamente la constante tensión entre las necesidades financieras de las monarquías, tanto de las medievales como después las monarquías absolutas, y la resistencia entre la nobleza y entre la burguesía, que en ocasiones llegan a aliarse estratégicamente contra las pretensiones reales. Así le sucedió al rey inglés en 1341 cuando para sufragar los gastos de otra campaña militar contra Flandes creó un nuevo tributo que todos consideraron abusivo. Sin embargo, entre todas esas resistencias el sistema tributario se fue consolidando hasta convertirse en un pilar del Estado moderno. "Nadie ha inventado los impuestos o el monopolio fiscal. Ningún individuo concreto, o una serie de ellos, ha trabajado con un plan fijo con este objetivo a lo largo de los siglos en los cuales se fue constituyendo lentamente esta institución"¹². En desarrollo paralelo al sistema tributario, el Estado se transforma hasta convertirse en una institución garante de los derechos de los ciudadanos.

En el ámbito de la investigación empírica el repertorio es muy amplio, pero poco coherente. En sentido estricto apenas se realizan, se publican investigaciones bajo el epígrafe "sociología de los derechos humanos", trabajos muy diversificados y que no se desarrollan a partir de unos antecedentes comunes, frecuentemente provenientes del ámbito de la economía o de la ciencia política y desconectados entre sí. Resultaría inabarcable sintetizarlos aquí. Pero como mencionaba antes, dentro de la investigación empírica cuantitativa destacan desde hace algún tiempo los indicadores estadísticos sobre la efectividad de los derechos humanos.

Un indicador, como su propio nombre indica, nos permite describir un proceso a través de indicios, de señales; no es el proceso mismo sino

¹⁰ Weber, Max, *Historia económica general*, pp. 292-293.

¹¹ Cfr. Elias, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, pp. 382 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 431.

un modo de hacerlo perceptible. Igual que para el tratamiento de una enfermedad la ciencia médica ha desarrollado la capacidad de observar sistemáticamente la sintomatología, las ciencias sociales tratan de hacer lo propio. Así como los síntomas no son toda la enfermedad y no cabe identificar toda la enfermedad sólo con sus síntomas, porque el proceso con que ésta avanza puede incluir factores no manifiestos en síntomas; del mismo modo, para las ciencias sociales un indicador es un método que permite hacer observable un concepto que no podemos observar directamente (igual que no se puede “observar” directamente la diabetes, pero sí seguirla por sus síntomas).

En el ámbito económico, por ejemplo, las variaciones nacionales de precios a lo largo de un año no son directamente observables porque ningún comprador está adquiriendo todos los productos a la venta en todo el territorio durante todos los días del año. Podemos tener la percepción de que los precios varían por el tipo de cosas compradas por cada uno de nosotros, pero sólo el índice de inflación hace un seguimiento sistemático de un grupo de productos seleccionados (no de todos) que se venden en un conjunto de puntos seleccionados (no en todos) y tomando como referencia el precio de algunos días seleccionados (no todos). A partir de estas selecciones parciales concluye cuál ha sido la variación global de los precios. La selección hecha es representativa del conjunto total, esa la clave de la calidad metodológica con la que se elabora el índice de inflación. De manera semejante, podemos seleccionar un conjunto de datos representativos de la situación durante un periodo determinado de los derechos humanos en un país concreto y construir así un indicador. La cuantificación de esos datos nos permite hacer análisis comparativos con otros países, o con otros periodos de ese mismo país. Y, lo más importante, nos permite cruzar esos datos con los que reflejan otros procesos sociales y así llegar a conclusiones sobre cuáles son las condiciones sociales en que los derechos humanos son más efectivos.

Ayudándose de este tipo de metodologías, la investigación sociológica empírica sobre las causas de la mayor o menor efectividad de los derechos humanos baraja un repertorio de causas más o menos amplio —en función de los autores— que explicarían por qué en diferentes lugares o en diferentes momentos dichos derechos cuentan con mayor respaldo

social, mayor arraigo institucional o mayor reacción antes sus violaciones. Por citar un ejemplo (no el mejor), Scott, Al-Sharideh y Bausman (*et al.*)¹³ consideran estas variables: producto interior bruto, dependencia exterior (en inversiones, comercio, ayuda al desarrollo y deuda), presión demográfica, status previo como colonia británica, influencia protestante (porcentaje de protestantes sobre el total de la población), militarización (número de militares profesionales por mil habitantes) y desigualdad en la distribución de la renta (porcentaje de participación en los ingresos nacionales que tiene el grupo de los 20% más ricos), cada una de ellas traducida a valores cuantitativos.

A las series de datos así recopiladas aplican un análisis estadístico de regresión. Esta herramienta permite hacer un análisis multivariable, así ante series de datos complejas la regresión identifica cuáles de las variables tienen una mayor correlación entre sí. Aunque en sentido estricto no cabe inferir de aquí una relación causa-efecto en sentido fuerte sí que permite identificar qué procesos sociales guardan entre sí una dependencia más estrecha. Por ejemplo, la correlación bastante directa de los conflictos (civiles o internacionales) con episodios de violaciones de derechos humanos es algo ya bastante evidente por sí mismo, sin necesidad de aplicar demasiados análisis estadísticos, pero qué relación hay entre el pasado colonial o la extensión del protestantismo entre la población (una de las variables barajada como hipótesis) y la efectividad de los derechos humanos no es algo que se vea a simple vista y sólo este tipo de cruces de datos pueden mostrarlo. Sobre la base de ese análisis concluyen que las tres con una mayor correlación son el desarrollo económico (con una correlación positiva), la dependencia exterior (con una correlación ambigua) y la presión demográfica (con una correlación negativa).

La cuestión capital está en la selección de variables consistentes desde el punto de vista de la descripción de la efectividad de los derechos humanos, y para eso la investigación debe tener apoyo en los modelos que le aporta la teoría sociológica. Éste es precisamente el punto débil de muchas de las investigaciones empíricas. He mencionado la investigación anterior precisamente por la poca solidez al suponer que el número

¹³ Scott Frey, R. *et al.*, "Development, Dependence, Population Pressure, and Human Rights: The Cross-National Evidence", pp. 49-55.

de personas practicantes del protestantismo en un país va a tener una correlación estadística directa con la efectividad de los derechos humanos. Ésta y otras variables consideradas en otras investigaciones tienen difícil justificación. Como argumenta Hans Otto Sano, refiriéndose específicamente a aquellas investigaciones empíricas que buscan correlaciones entre desarrollo económico y derechos humanos (pero la observación es extensible al resto de investigaciones empíricas), “los enfoques existentes sobre [el papel de los] indicadores de derechos humanos en el desarrollo siguen siendo incipientes, con fundamentos raramente explícitos y aplicaciones no sistemáticas”¹⁴.

En la línea de correlaciones entre desarrollo y derechos humanos, Zehra Arat realizó tiempo atrás una investigación donde seleccionó algunas variables más consistentes que las utilizadas en el indicador de Scott, Al-Sharideh y Bausman: la disparidad en la distribución de la renta (coeficiente Gini), el tipo de sistema electoral y de partidos, la estructura constitucional (más presidencialista o más parlamentarista), la diversidad étnica, lingüística o religiosa, la experiencia colonial —en su caso— anterior a la independencia, el papel político de las fuerzas armadas, el grado de consenso o de polarización entre las opciones políticas, el papel del liderazgo político, la cultura política, el nivel de control estatal de la economía y la influencia extranjera¹⁵. En su caso encontró una correlación muy significativa entre el coeficiente Gini (que mide la disparidad en la distribución de la renta) y la efectividad de los derechos humanos, de modo que aquellos países con mayor desigualdad tenían más episodios de violaciones de los derechos humanos.

2. Desarrollo de la administración pública y efectividad de los derechos humanos

Situados ya en el terreno de la investigación empírica basada en indicadores estadísticos, podemos ya abordar la cuestión de qué correlaciones hay entre la consolidación de la capacidad tributaria y la efectividad de

¹⁴ Sano, Hans Otto y Siobhán McNerney-Lankford, *Human rights indicators in development. An introduction*, p. 46.

¹⁵ Arat, Zehra F., *op. cit.*, pp. 55 y ss.

los derechos humanos. Aunque prestaremos atención a esta variable específica y a algunas investigaciones realizadas sobre la materia, no debemos perder de vista que una administración tributaria consolidada no es posible si no existe una administración pública general firmemente establecida, y en ese sentido como paso previo quiero apoyarme en una investigación sobre la correlación entre derechos humanos y desarrollo de la administración, muy útil para avanzar luego hacia la hipótesis que nos interesa de manera directa.

Dentro de la amplia gama de investigaciones con indicadores estadísticos para evaluar la efectividad de los derechos humanos tiene especial interés un trabajo de John Boli-Bennet, quien ofrece una hipótesis bastante razonable y que conecta bien con el hilo argumental de este trabajo. El cambio social de los últimos siglos ha traído consigo una merma de la capacidad de los grupos sociales de menor entidad (familia, parroquia, municipio) para operar como factores de cohesión del comportamiento de los individuos y un creciente papel de las grandes organizaciones, particularmente el Estado —lo anterior es un lugar común de la teoría sociológica— y en este proceso decaen las relaciones comunitarias a favor de las societarias, según la clásica descripción de Tönnies¹⁶; además, a lo largo de este proceso, la administración pública crece exponencialmente y cada vez más aspectos de la vida de las personas quedan vinculados a los procesos administrativos. Sin embargo, en la medida en que el Estado integra a sus ciudadanos en sus procesos, de acuerdo con el argumento desarrollado por Boli-Bennett, debe justificar su creciente poder con un igualmente creciente reconocimiento de derechos.

Este proceso conduce al hecho aparentemente llamativo, según el cual la única posibilidad de limitar el poder estatal es concediendo poder y autoridad al Estado hasta que, finalmente, se convierte en la única agencia hacia la que pueden volverse los individuos para reclamar la protección de sus expectativas. O, como plantean Holmes y Sunstein en sentido negativo, los gitanos de Europa oriental a menudo se niegan a defender sus derechos ante un tribunal porque “afirmar los propios derechos equivale a enrolarse en el aparato de toma de decisiones estatal, y eso es exactamente lo que muchos gitanos de Europa oriental se niegan a

¹⁶ Cfr. Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*.

hacer"¹⁷. En otros tiempos los individuos encontraban protección para sus expectativas en una variada gama de agencias: familia, gremio, iglesia, ciudad (para los burgueses), estamento, etc. Pero progresivamente esas expectativas terminan redirigiéndose mayoritariamente hacia el Estado (no en todos los países por igual). Así, en la medida en que el Estado se vuelve el referente en esa garantía de expectativas igualmente se consolida el reconocimiento de los derechos fundamentales, esa es la hipótesis de Boli-Bennett.

Para poner a prueba su hipótesis, Boli-Bennett analizó todas las constituciones vigentes en el mundo entre 1870 y 1970 y sintetizó los derechos reconocidos en ellas en un listado que incluía 42 tipos distintos de derechos, divididos a su vez en cuatro grupos: civiles, procesales, políticos y económico-sociales. Para cada una de estas 42 variables concretas asignó un criterio de cuantificación ordinal con dos o tres niveles. Para mostrar en un ejemplo el modelo metodológico seguido por Boli-Bennett, el índice de derechos civiles se compone de las siguientes variables:

- Derecho de reunión pacífica: a) inexistente, b) sólo para personas desarmadas y c) sin restricciones)
- Libertad de asociación: a) inexistente, b) en términos generales, y c) incluyendo el derecho específico a la fundación de partidos políticos, sindicatos, etcétera.
- La libertad de conciencia: a) inexistente, b) en términos generales, y c) incluyendo objeción al servicio militar
- En relación con los hijos: a) ningún derecho, b) derecho a cuidar de ellos y a la adopción y c) derecho a elegir la educación
- Libertad de movimientos: a) inexistente, b) dentro de los límites del Estado y c) hacia el extranjero
- Inviolabilidad de la persona: a) inexistente, b) reclusión sólo según lo establecido por la ley, y c) prohibición de la esclavitud y la servidumbre

¹⁷ Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 219.

- Derecho a la propiedad privada: a) inexistente, b) derecho a efectos personales y a la herencia y c) derecho a la propiedad de los medios de producción
- Derecho a la autodefensa: a) inexistente, b) en términos generales, y c) derecho a poseer y usar armas

A estas variables se suman otros derechos y libertades que sólo se computan según el binomio reconocido-no reconocido. Aquí se incluyen la abolición de la esclavitud, la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, la libertad de prensa, la libertad para contraer matrimonio, la abolición del exilio, el derecho a la huelga y al cierre patronal, la libertad de enseñanza, la imposición de cargas fiscales en función de la capacidad de renta, etc. De manera semejante se enumeran los derechos procesales, los políticos y los económico-sociales, que se puede traducir a un indicador según el respeto otorgado en cada país.

A continuación, Boli-Bennett construye otro índice que agrupa los deberes de los ciudadanos incluidos de manera habitual en las constituciones examinadas y contiene 10 apartados (criar y educar a los hijos, participar en la defensa de la nación, escolarización obligatoria, llevar consigo un documento de identidad, participación ciudadana, pago de impuestos, etcétera).

El tercer índice se refiere a aquellos ámbitos de la interacción social sobre los que las constituciones atribuyen competencia al Estado de manera explícita. La lista contiene 56 elementos, no se reproducirá en su integridad por ser demasiado extensa, pero incluye las fuerzas armadas, la banca y el crédito, las estadísticas y el censo, el servicio de correos, la herencia cultural y la protección del patrimonio, los juegos y casinos, la capacitación profesional, la caza y pesca, el control del mercado laboral y la resolución de conflictos en su seno, el matrimonio y la familia, los recursos naturales, la radio y la televisión, los puertos y aeropuertos, el turismo, etc. Su enumeración tiene el interés de que expone en términos legales (y constitucionales) las áreas de expansión de la dominación burocrática, dicho en otros términos, la extensión de la capacidad de control de los ciudadanos por parte de la administración pública.

La última tabla comprende los mecanismos del Estado para incrementar su capacidad de control sobre las relaciones sociales, compuesto por 45 elementos. Incluye un repertorio clásico de las competencias de las diversas autoridades estatales, como la elaboración del presupuesto, la concesión de indultos y amnistías, la legislación, la policía, el control de las posiciones económicas dominantes, la censura, la concesión de extradiciones, las nacionalizaciones, la inversión pública, la recaudación de impuestos, la regulación de los derechos de los extranjeros residentes, la inmigración, etc. Los resultados que cada estado obtiene en función de las variables de derechos civiles, procesales, políticos y económico-sociales son agregados para obtener el índice de derechos de los ciudadanos, llamado así por Boli-Bennett. A los resultados de la lista de deberes constitucionalmente establecidos los denomina índice de deberes de los ciudadanos. Y la síntesis de los resultados de las dos últimas tablas, la de áreas sociales puestas bajo tutela estatal y la de mecanismos de incremento del control estatal, se agregan en el índice de jurisdicción estatal. A partir de esta elaboración, Boli-Bennett comienza su análisis de las variaciones producidas en el siglo que abarca su comparativa.

La cuantificación aplicada a cada concepto es relativamente sencilla. Por ejemplo, si el derecho de reunión no es mencionado en la constitución, se le asignan 0 puntos. Si es mencionado, pero los ciudadanos deben estar desarmados, 1 punto. Y si no hay restricciones, 2 puntos. Sobre esta base, Boli-Bennett estudió las variaciones producidas en esos derechos en secuencias de intervalos de 20 años. El resultado obtenido está resumido en la siguiente tabla:

	1870	1890	1910	1930	1950	1970
IDC	16,5	17,0	17,3	19,8	24,6	27,9
IDBC	1,4	1,92	2,07	2,31	3,92	3,82
IJE	25,6	26,7	29,1	35,8	46,2	49,4

Notas: IDC expresa el índice de derechos de los ciudadanos, IDBC el índice de deberes e IJE el de jurisdicción estatal. Los valores numéricos expresan la suma de los valores medios de cada uno de los derechos o competencias incluidos en el índice correspondiente.

La variable proporcionalmente más incrementada, como puede comprobarse, es la de los deberes de los ciudadanos (un 172%), aun

cuando su valor total es escaso (siete y trece veces menor que el de los otros dos). El índice de jurisdicción estatal se incrementa en un 93% a lo largo del siglo, y el índice de derechos un 69%. Además del incremento bastante próximo entre estas dos variables, el ritmo de incremento es también muy paralelo. Ahora bien, si se desglosa el índice de derechos en derechos civiles, políticos y socioeconómicos, los resultados merecen atención. El último de los tres se incrementa en un 338%, mientras los derechos civiles lo hacen en un 43% y los derechos políticos en un 127%. Como señala Boli-Bennett comentando estos datos, “el tipo de derechos que más claramente protege a los individuos del Estado es el que menos se expande, en tanto que el tipo que más claramente incorpora a los individuos en los programas estatales es el de mayor expansión”¹⁸.

La conclusión evidente de Boli-Bennett es que los derechos constitucionales de los ciudadanos están más ampliamente reconocidos allí donde la autoridad estatal se amplía para incluir a los individuos en sus programas de acción.

La ideología de los derechos de los ciudadanos ayuda a los estados a expandir su legitimidad en la sociedad y a implicar a los ciudadanos en los programas estatales, tendiendo a reemplazar una forma de subordinación del individuo (coacciones y hábitos tradicionales) por otra (control por el Estado)¹⁹.

A partir de los años 30 del siglo xx, cuando se produjo una expansión de la capacidad de control del Estado en todo el mundo, se generalizó también el reconocimiento de los derechos sociales. En términos más generales, no es casual que la mayor expansión de la ideología de los derechos humanos se haya producido en el periodo de la historia en que el poder del Estado se ha incrementado más rápidamente en todas partes²⁰. En síntesis, Boli-Bennett ha conseguido mostrar de forma patente la correlación entre burocratización del sistema político y pretensiones de legitimidad basadas en los derechos humanos.

¹⁸ Boli-Bennett, John, “Human rights or state expansion. Cross-national definitions of constitutional rights, 1870-1970”, p. 179.

¹⁹ *Ibidem*, p. 182.

²⁰ *Ibidem*, p. 176.

Tenemos ya un cuadro general de la correlación entre expansión de la administración pública y reconocimiento de derechos fundamentales. Pasemos ahora a ver en concreto cómo dentro de la administración se desarrolla la administración tributaria y qué correlaciones observamos con la efectividad de los derechos.

3. El sistema fiscal como condición sociológica de los derechos fundamentales

Hemos visto cómo en la tradición de la teoría sociológica es una condición *sine qua non* para que los derechos humanos alcancen efectividad el desarrollo de la administración estatal. Hemos visto también una muestra de esta correlación traducida a indicadores en la investigación de Boli-Bennett. Pero en su caso lo que se toma en consideración es un indicador de jurisdicción estatal (en los términos definidos por él) que básicamente contempla qué áreas de la vida social son puestas en la constitución bajo el control estatal. Sin embargo, la sociología jurídica distingue claramente entre la formulación de las normas y su efectividad, porque evidentemente no basta con la promulgación de una ley para que inmediatamente todos los hechos se transformen para adaptarse a ella. Y la sociología no tiene por objeto el estudio de cómo deberían ser las relaciones sociales de acuerdo con las definiciones normativas sino el estudio de cómo funcionan de hecho las relaciones sociales. En la tradición de investigación sobre indicadores de derechos esta distinción se ha traducido a los conceptos de *rights in principle*, *rights in policy* y *rights in practice*²¹ (que se corresponden con los niveles de promulgación de las normas, políticas públicas desarrolladas para que sean efectivas y resultados obtenidos) y, paralelamente, se diferencian también indicadores basados en normas, basados en eventos, basados en encuestas de opinión y basados en estadísticas oficiales²². Por tanto, al considerar únicamente la evolución de los textos constitucionales, el indicador de Boli-Bennett sólo cubriría el aspecto de los *rights in principle*. ¿Cómo redefinir entonces la jurisdicción estatal para ampliar su alcance hacia la verdadera efectividad?

²¹ Cfr. Landman, Todd y Edzia Carvalho, *Measuring human rights*, pp. 19-24.

²² *Ibidem*, pp. 45-127.

Englehart²³ propone otra opción, denominada *capacidad estatal*, y considera tres posibles fuentes de información para evaluarla: el primero es el *Political Risk Service*²⁴ (PRS) en su apartado referido a *Law and order* (un indicador del estado de derecho, incluyendo aquí la imparcialidad y fortaleza del sistema legal y en qué grado es respetado), el segundo es el *Corruption perception index* (CPI) elaborado por Transparency international²⁵ y el tercero es la proporción entre el PIB y los impuestos. Dicho de otra forma, qué parte del PIB está bajo el control estatal. Como el propio Englehart argumenta, “la recaudación de impuestos ha sido considerada tradicionalmente como una de las funciones más importantes del Estado. De hecho, en la sociología histórica, se asume de forma generalizada que dirige el proceso de formación del Estado”²⁶. Para poder recaudar de manera efectiva el Estado necesita ser capaz de reunir información sobre sus ciudadanos, concienciarlos para pagar, sancionar a los defraudadores y mantener un nivel razonable de honestidad entre los funcionarios de la hacienda pública. Ningún Estado débil es capaz de satisfacer estas exigencias y, por tanto, la ratio impuestos/PIB es un buen indicador de la capacidad estatal. Además los datos disponibles sobre este apartado son más objetivos que los de las dos alternativas anteriores para medir la capacidad estatal (PRS y CPI), porque ambos están basados en la opinión de expertos en lugar de en datos estadísticos y porque reúnen información de menos países y años. La relación entre impuestos y PIB se obtiene de series de datos del Banco Mundial.

Junto al índice de capacidad estatal Englehart considera dos indicadores de derechos humanos: la *Political terror scale*²⁷, basada en datos del informe anual de la Secretaría de Estado sobre violaciones de derechos humanos (por ser más amplia en fuentes que los informes de Amnistía Internacional o de Human Rights Watch) y el indicador de Cingranelli & Richards²⁸, aunque por razones de espacio finalmente centra su atención en datos de dos derechos relacionados con la seguridad personal: las

²³ Englehart, Neil A., “State capacity, state failure and human rights”, pp. 163-180.

²⁴ Para mayor información visitar la página electrónica de Political Risk Services (PRS).

²⁵ Para mayor información visitar la página electrónica de Transparency international.

²⁶ Englehart, Neil A., *op. cit.*, p. 168.

²⁷ Para mayor información visitar la página electrónica de Political terror scale.

²⁸ Para mayor información visitar la página electrónica del Conjunto de datos de derechos humanos del CIRI.

ejecuciones extrajudiciales y los prisioneros políticos. Junto al índice de capacidad estatal y el de derechos humanos Englehart coloca cinco variables de control que están avaladas por la literatura especializada en investigación cuantitativa sobre derechos humanos: conflictos (tanto civiles como internacionales), democracia, desarrollo económico, población y compromiso con el sistema internacional de derechos humanos. Hay disponibles suficientes datos sobre cada una de estas variables en las estadísticas internacionales.

A estas series de datos (los índices de capacidad estatal y de derechos humanos y las cinco variables) Englehart aplica un análisis estadístico de regresión, que ya hemos visto cómo opera. El resultado arroja una correlación fuerte entre el índice de capacidad estatal (que, recordemos, mide la capacidad estatal de recaudar impuestos en relación con el total del PIB) y la efectividad de los derechos humanos. Hay leves variaciones en esta correlación en función de la variable dependiente elegida; la importancia relativa del índice de capacidad estatal es mayor en relación con los derechos a la seguridad personal (a la vida, a la integridad física, a no sufrir torturas, etc.) tal como es evaluada en la Political terror scale (PTI), y en concreto más para las ejecuciones extrajudiciales que para los prisioneros políticos²⁹.

Pritchard, de forma muy semejante a Englehart, concluye: “la naturaleza del control estatal sobre los recursos es suficiente para convertirlo en una fuerza formidable en la conformación de las condiciones de los derechos humanos, y la medida en que el Estado pueda elevar efectivamente las condiciones de los derechos humanos depende de su capacidad de gestionar recursos”³⁰. Por tanto, precisando más sobre la base de la investigación de Boli-Bennett, no es sólo la ampliación de la capacidad de control sobre la vida social por parte de la administración pública la que está en una relación muy estrecha con el reconocimiento de derechos fundamentales, sino que el indicador más preciso es la capacidad de control tributario. El PIB sería un indicador más genérico al valorar el crecimiento de la riqueza y es habitual asociar como idénticos el desarrollo y el PIB. Pero el desarrollo incluye muchas facetas, y

²⁹ Englehart, Neil A., *op. cit.*, p. 173.

³⁰ Pritchard, Kathleen, “Human rights and development: theory and data”, p. 17.

dentro de los diferentes modelos de desarrollo hay extremos donde la capacidad estatal de gestionar eficazmente recursos es mayor o menor, y es precisamente este punto donde la investigación debería centrarse con más atención para continuar desvelando su correlación con la efectividad de los derechos humanos.

Pero conduce a equívocos identificar sin más desarrollo y crecimiento económico. Niall Ferguson vuelve sobre el recurrente argumento de la interdependencia entre desarrollo económico y libertades públicas y las muy publicitadas (y endeables) tesis de Fukuyama sobre el fin de la historia, según la cual la evolución social tiene un sentido progresivo y ha alcanzado su culmen en los sistemas políticos democráticos y el liberalismo económico³¹. Y en ese contexto cita la opinión de Mancur Olson: las democracias son más proclives a la creación de riqueza que los sistemas autoritarios en parecidos términos a como en la Edad Media la tiranía era preferible a la anarquía por razones económicas: un *bandido estacionario* (en su propia expresión) siempre será mejor que un *bandido errante*, porque el primero cuenta con seguir robando a sus súbditos y, por consiguiente, no puede esquilmar completamente sus recursos. Sin embargo, el bandido errante no tiene preocupación alguna por lo que le ocurra a los saqueados en el futuro y, por tanto, en su botín se lleva toda la riqueza que puede. Es más, el *bandido estacionario* tendrá en interés en proveer de su bolsillo bienes públicos que conduzcan a una mayor capacidad de producción de sus súbditos, porque así podrá más adelante recaudar más. La metáfora es obviamente una exageración, pero no gratuita. Sirve para poner de relieve que siempre es preferible una administración tributaria eficiente y constante aunque recaude menos, incluso en las tiranías. Tanto más en las democracias, donde a través del parlamentarismo existe un control constante de la presión fiscal y la ejecución presupuestaria por parte de la oposición. Y a salvo, claro está, de los casos en que los responsables políticos siguen practicando la estrategia del *bandido errante* a pesar de haber sido elegidos democráticamente. Un indicador completo de la capacidad fiscal del Estado es aquel que la conjugue con el control público para evitar la corrupción.

³¹ Ferguson, Niall, *Dinero y poder en el mundo moderno, 1700-2000*, pp. 469 y ss.

Holmes y Sunstein, razonando sobre cómo exigir derechos significa distribuir recursos, argumentan que el derecho al voto, a la libertad de expresión, a un proceso justo y el resto de los derechos fundamentales implican costos. Pero la utilidad de esa inversión pública no debe calcularse exclusivamente en términos de los beneficios obtenidos por los titulares de los derechos de manera individual, pues también la comunidad política en su conjunto mejora gracias a que tales derechos están garantizados. Por ejemplo, se estimula la producción de conocimiento cuando hay libertad de cátedra, aunque no todos los individuos vayan a adquirir esos conocimientos de manera directa. Sin embargo, que ese conocimiento esté disponible hace mejor al conjunto. “Por esa razón, la mayoría de los derechos se financian con rentas generales en lugar de hacerlo con tasas de usuarios limitadas y específicas”³².

En conclusión, las investigaciones empíricas revisadas avalan la hipótesis de una correlación clara entre desarrollo y consolidación de la capacidad tributaria estatal y efectividad de los derechos humanos. No es una prueba definitiva sino un conjunto consistente de indicios de que es necesario seguir perfilando qué aspectos de la evolución de los Estados contemporáneos son más decisivos para el respeto de los derechos. La sociología jurídica sigue teniendo ante sí el reto de ofrecer un modelo general que exponga el conjunto de factores que explican la mayor o menor efectividad de los derechos humanos, pero en la búsqueda de ese modelo hay avances como los que he intentado sintetizar en esta aportación.

Fuentes de consulta

Arat, Zehra F., *Democracy and human rights in developing countries*, Boulder, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1991.

Aymerich Ojea, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

Boli-Bennett, John, “Human rights or state expansion. Cross-national definitions of constitutional rights, 1870-1970”, en Ved P. Nanda,

³² Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, *op. cit.*, p. 139.

- James R. Scarritt y George W. Sheperd (eds.), *Global human rights: public policies, comparative measures and ngo strategies*, Boulder, Westview Press, 1981.
- Buchanan, James y Geoffrey Brennan, *The power to tax. Analytical foundations of a fiscal constitution*, New York, Cambridge University Press, 1980.
- Comín, Francisco, *Historia de la Hacienda Pública*, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 1996.
- Elias, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, 1ª reimp. de la 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Englehart, Neil A., "State capacity, state failure and human rights", *Journal of Peace Research*, vol. 46, núm. 2, 2009.
- Ferguson, Niall, *Dinero y poder en el mundo moderno, 1700-2000*, Madrid, Taurus, 2001.
- Ferrari, Vincenzo (ed.), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30-June 3, 1988)*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.
- Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- Landman, Todd y Edzia Carvalho, *Measuring human rights*, London, Routledge, 2010.
- López, George A. y Michael Stohl, "Problems of concept and measurement in the study of human rights", en Richard P. Claude y Thomas J. Jabine (eds.), *Human rights and statistics. Getting the record straight*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992.
- Pritchard, Kathleen, "Human rights and development: theory and data", paper presented to the IPSA Conference on Human Rights and Development, June 1-3, 1987. The Hague [Publicado también en David P. Forsythe, *Human rights and development. International views*, New York, St. Martin's Press, 1989, pp. 329-345].
- Sano, Hans Otto y Siobhán McInerney-Lankford, *Human rights indicators in development. An introduction*, Washington, D.C., World Bank Studies, 2010.
- Scott Frey, R., K. Al-Sharideh, K. Bausman, S. DaNa, R. Dunkley, D. Keboneilwe, M. Kemeh, L. Khoury, S. Laman, J. Monier, D. Reyes, J. Schraeder y A. Sheriff, "Development, Dependence, Population

Pressure, and Human Rights: The Cross-National Evidence", *Human Ecology Review*, vol. 6, núm. 1, 1999.

Sen, Amartya, *Development as freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Tocqueville, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, Alianza, 1989.

Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2005.

Weber, Max, *Historia económica general*, México, Siglo XXI, 1983.

Páginas electrónicas

Political Risk Services (PRS), <https://www.prsgroup.com/explore-our-products/political-risk-services/>.

Transparency international, <https://www.transparency.org>.

Political terror scale, <http://www.politicalterroryscale.org>.

Conjunto de datos de derechos humanos del CIRI, <http://www.humanrightsdata.com>.

Las políticas públicas instrumentadas por el Estado mexicano a partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad pública

Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda* y Enrique Séptimo Rodríguez**

Introducción

En México el tema de los derechos humanos ha tomado gran relevancia, pues en los últimos años se han generado reformas constitucionales originando una reestructuración del orden jurídico nacional, en virtud de que se crearon instituciones jurídicas y se modificaron algunas de las existentes. Para efectos del presente capítulo, se partirá de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, desde esta fecha el sistema de justicia penal se convirtió de inquisitivo a acusatorio, entrando en vigor de manera paulatina en toda la República; dicha reforma también llevó implícita la implementación de políticas públicas en procuración, impartición y administración de justicia penal, así como en seguridad pública, con la finalidad de brindar una mayor protección de derechos humanos¹.

En este sentido, la reforma penal no fue únicamente de carácter adjetivo sino también sustantivo. Como se ha señalado uno de los principales

* Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

** Alumno del Doctorado en Estudios Jurídicos en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

¹ Astudillo, César, *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, p. 59.

objetos de la reforma fue salvaguardar los derechos subjetivos, inclusive algunos autores la han explicado a través de la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, pues se concibe de tal manera, en virtud de que se ha implementado el sistema acusatorio. Pero, por otra parte, la reforma no trajo únicamente protección de derechos humanos, también originó que el poder punitivo del Estado incrementara, pues se restringen derechos sustantivos, lo cual no se ajusta precisamente a la teoría garantista sino a un derecho penal del enemigo.

Otro tema de la reforma penal es el de la seguridad pública, pues se le encomienda la prevención del delito y de ella depende el funcionamiento del órgano jurisdiccional.

1. Planteamiento del problema

El objeto del presente estudio será analizar las políticas públicas instrumentadas por el Estado mexicano a partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad pública, que surgió con el espíritu de dar una mayor protección a los derechos humanos. No obstante, en la delimitación, hecha con fines didácticos respecto a este tema, es innegable estudiar el contexto de dicha reforma, pues sería imposible soslayar las políticas públicas en materia de derechos humanos y la política criminal instrumentadas desde años anteriores a la fecha mencionada y cuyas repercusiones más importantes van a trascender a las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011.

Por ello, problema que aquí se plantea es: ¿El Estado mexicano, a través de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, ha sido realmente garante de los derechos humanos en materia de seguridad pública?

La respuesta que desde ahora adelantamos como hipótesis a ese cuestionamiento es negativa, pues la justicia penal se ha politizado al emplearse para combatir cualquier conducta antisocial, además, el catálogo de delitos desde el 2000 a la fecha se ha incrementado, asimismo han aumentado las penalidades, e incluso se han acrecentado los considerados delitos graves; esto es, aquel sujeto al que se le imputa uno de estos delitos no goza de libertad mientras se tramita el proceso

judicial para determinar la verdad jurídica². Con estas medidas el Estado mexicano ha aumentado su poder punitivo, castigando con mayor rigor a quien comete un delito, reduciendo con ello la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, que supuestamente se iba a ampliar con la adopción de las políticas públicas adoptadas por el gobierno mexicano en materia de derechos humanos y la política criminal (según Roxin, la política criminal y el derecho penal van de la mano)³, ensanchándose en nuestras legislaciones, *a contrario sensu*, cada vez más, la teoría penal del enemigo de Günter Jackobs.

El objetivo principal de este trabajo será investigar y analizar si la reforma constitucional del 18 de julio de 2008 en materia de seguridad pública ha aterrizado en una mayor protección o restricción de los derechos humanos, teniendo siempre presente el contexto anterior y posterior de dicha reforma y su impacto en las reformas igualmente constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011. Además, al estar organizado formal y jurídicamente el Estado mexicano como un Estado federal, también se analizará la repercusión de las políticas públicas adoptadas por éste en algunas de las entidades federativas.

La metodología en este trabajo está basada en los métodos analítico, sintético, deductivo, inductivo, de razonamiento y analógico, métodos universales que dan sustento al método científico.

2. Seguridad pública

La seguridad pública se define como “un conjunto de políticas y acciones coherentes a través de la prevención o represión del delito y de las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control de penas y el de policía administrativa”⁴.

² García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal, *La reforma constitucional en materia penal*, p. 23.

³ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 23.

⁴ González Ruiz, Samuel y otros, *Seguridad pública en México: problemas, perspectivas y propuestas*, p. 49.

La seguridad pública también se puede concebir como una garantía que el Estado debe brindar para el libre ejercicio de nuestros derechos, tiene como fin la prevención y control de conductas violentas que puedan lesionar bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, entre otros. Entonces las políticas públicas en esta materia deben de ser en pro de los derechos humanos, de lo contrario la seguridad pública no lograría su cometido; así, el Estado debe generar las condiciones necesarias para que todo individuo pueda ejercer libremente sus derechos, además tiene la obligación de prevenir, investigar y sancionar eficazmente el delito⁵.

La reforma del 2008 retomó el tema de la seguridad pública; por ello, el artículo 21 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* estableció:

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, 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.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

La seguridad pública, según el texto constitucional citado, comprende la prevención, investigación y la persecución de los delitos, así como la sanción de infracciones administrativas, para ello surge como ley reglamentaria de este artículo la *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 2009, donde se regula la integración, organización y funcionamiento del propio Sistema, aunado a que se establece la distribución de competencias y

⁵ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia penal*.

bases de coordinación entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en esta materia.

Como se observa el Sistema Nacional de Seguridad Pública se ha replicado en todas las entidades federativas, al distribuírseles competencias en esta materia, a manera de ejemplo, se puede citar el caso del Estado de México, que atendiendo al mandato de esa ley general, en 2011 promulgó su propia ley de seguridad, la cual en su artículo 2 dispone:

La seguridad pública es una función a cargo del Estado y los Municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, así como la investigación y la persecución de los delitos, la reinserción social del individuo y la sanción de las infracciones administrativas, en las competencias respectivas en términos de esta ley y demás ordenamientos jurídicos aplicables.

La seguridad pública guarda estrecha relación con el derecho penal, pues este último impone las penas cuando se comete un delito posiblemente no previsto por la seguridad pública, en este sentido, a continuación de manera sucinta se explicará qué es el garantismo y el derecho penal del enemigo, para subsecuentemente analizar el caso mexicano a través de estas dos posturas.

3. El garantismo

El garantismo surge hace un poco más de veinte años, es considerando como un modelo de derecho o ideología jurídica que pretende *garantizar* los derechos subjetivos; fue impulsado y difundido por Ferrajoli a través de su teoría del garantismo penal, la cual tiene por objeto poner límites fuertes y rígidos a la actuación del poder punitivo del Estado⁶, pues a través del garantismo se pretende tutelar un derecho subjetivo.

Ferrajoli habla de tres tipos de garantismo; el garantismo patrimonial, el garantismo liberal y del garantismo social. El primero ,como se

⁶ Carbonell, Miguel, *¿Qué es el garantismo?, una nota muy breve.*

explica a sí mismo, funciona a través de un sistema de garantías que tutela derechos de propiedad y demás derechos reales que se deriven; el segundo es en materia penal, establece las técnicas para proteger la libertad, particularmente la personal, la cual se pone en peligro con actuaciones arbitrarias de la autoridad judicial o policial y el último tipo de garantismo se enfoca en la protección de derechos sociales, como el trabajo, la salud y educación⁷.

Aquí se hablará del garantismo penal, o *derecho penal mínimo*, como también lo denomina Ferrajoli; este tipo de garantismo hace frente al poder punitivo del Estado con el objeto de minimizarlo, traducido en otras palabras, a través del garantismo penal sustantivo se minimizan los delitos y se procura que el legislador castigue lo menos posible; procesalmente, el garantismo se centra en reducir el arbitrio del actuar judicial.

Así, se habla de garantías penales sustanciales y garantías penales procesales, las primeras pretenden averiguar la verdad jurídica, partiendo de la verificación o refutación de la hipótesis acusatoria, en tanto, las segundas pretenden averiguar la verdad fáctica⁸. Indiscutiblemente la relación entre el derecho penal sustantivo y adjetivo es demasiado estrecha, pues las garantías sustantivas se hacen efectivas a través del correcto funcionamiento del proceso.

Dentro del sistema garantista penal existen 10 axiomas que lo fundamentan y regulan⁹:

1. Principio de retributividad de la pena,
2. Principio de legalidad,
3. Principio de necesidad del derecho penal,
4. Principio de lesividad del acto,
5. Principio de materialidad de la acción,

⁷ Ferrajoli, Luigi, "Garantías y derecho penal", p. 165.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, p. 31.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 923.

6. Principio de culpabilidad,
7. Principio de jurisdiccionalidad,
8. Principio acusatorio
9. Principio de carga de la prueba, y,
10. Principio de contradicción.

Estos axiomas o principios se pueden clasificar en dos tipos, los que regulan a la materia sustantiva (los primeros seis) y los que regulan a la materia adjetiva; algunos de estos principios fueron retomados en la reforma penal constitucional de 2008, con el objeto de garantizar los derechos de las personas. Entonces, a primera vista, el sistema de justicia penal mexicano se encuentra sustentado en un garantismo penal, pero como más adelante se expondrá, dentro del propio texto constitucional existen contradicciones, por ello, también cuenta con rasgos del *derecho penal del enemigo*; modelo que a continuación de manera breve se explica.

4. El derecho penal del enemigo

El término *derecho penal del enemigo* fue acuñado por el alemán Günter Jakobs en 1985, mientras disertaba su ponencia denominada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”¹⁰. Para Jakobs, este derecho consiste en la criminalización de una conducta de manera anticipada a que afecte un bien jurídico.

En este sentido, para Jakobs en el *derecho penal del enemigo* además de la exteriorización de una conducta que pueda afectar a un bien jurídico, también la posible afección deber ser suficientemente perturbadora; por esto, se criminaliza a la conducta exteriorizada que prepare una lesión perturbadora a un bien jurídico, encontrando aquí a las asociaciones criminales y al terrorismo¹¹.

Se considera como enemigo a aquel que posiblemente cometa una conducta antijurídica, pues existe peligro o alta posibilidad de quebrantar

¹⁰ Coaña Be, Luis, *México: ¿garantismo o derecho penal del enemigo?*, pp. 56-57.

¹¹ *Ibidem*, p. 59.

la norma; consecuentemente, el Estado ha buscado la forma de reprimirlo, controlarlo e incluso erradicarlo, y para lograrlo, utiliza su maquinaria legislativa generando leyes para combatir estas conductas, por lo que se le da un trato distinto al de los demás ciudadanos, constituyéndose así un derecho penal del ciudadano.

Entonces se puede hablar de la existencia de dos tipos de individuos, como lo señala Jakobs en su obra “derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”: los ciudadanos, que generalmente cumplen la norma, se les persigue y castiga por un delito hasta el momento en que exteriorizan su conducta; y los enemigos (*no ciudadanos*), a quienes se les criminaliza de manera anticipada, antes de cometer algún delito, pues existe alta probabilidad de que contravengan la norma.

El derecho penal del enemigo es el claro ejemplo de un Estado autoritario y arbitrario, pues otorga tratos desiguales a sus gobernados. Al igual que en el garantismo, el modelo del derecho penal del enemigo también cuenta con características muy particulares, a continuación se enlistan¹².

1. Existencia de un adelanto a la barrera de punibilidad, consiste en sancionar actos previos a que se lesione un bien jurídico, pues existe una conducta considerada como peligrosa.
2. Se presenta un aumento desproporcionado de las penas, se castigan como delitos consumados a aquellas conductas anticipadas.
3. Se crea la legislación de combate, es decir, disposiciones normativas para luchar contra los enemigos del Estado, considerados como tal, al crimen organizado y al terrorismo.
4. Hay reducción de garantías procesales, durante el desarrollo del proceso penal algunas garantías son eliminadas e incluso erradicadas.

El *derecho penal del enemigo* es la cara opuesta al *garantismo*, pues el poder punitivo del Estado se ve incrementado; se castiga con mayor rigor a aquellos que considera como peligrosos, en consecuencia, atenta contra los derechos humanos.

¹² *Ibidem*, p. 66.

Con base en los breves antecedentes mencionados acerca del *garantismo* y del *derecho penal del enemigo*, se procede a hacer un análisis respecto al sistema de justicia penal posterior a la reforma de 2008, particularmente en materia sustantiva.

5. La reforma constitucional en materia penal

Como se ha señalado, el espíritu de la reforma penal constitucional del 18 de junio de 2008 fue dar una mayor protección a los derechos de los individuos, lo cual se ha puesto en tela de juicio, pues en el texto constitucional se incorporaron figuras no propias de un Estado protector de derechos humanos.

La reforma versó sobre los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, las fracciones XXI y XXII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y la fracción XXIII del apartado B del artículo 123 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, donde se tocaron distintos puntos, sustantiva y adjetivamente, en materia penal; los cuales atendiendo al principio de supremacía constitucional se han visto reflejados en los ordenamientos locales, además así fue ordenado en los artículos transitorios del decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones constitucionales: se ordenó que las legislaciones de las entidades federativas se adecuaran para efecto de adoptar el nuevo sistema de justicia penal.

Dicha reforma fue impulsada por la gran ola de violencia que azotaba a México, pues desde el 2006, cuando Felipe Calderón llegó a ocupar la Presidencia de la República, se comenzó una lucha contra el crimen organizado, dejando como resultado un sinnúmero de ejecuciones, desapariciones forzadas, y aunado a esto, los casos de tortura registrados se incrementaron hasta un 500 por ciento¹³.

Todo ello impulsó la reforma, con la idea de que se otorgara una mayor protección a los derechos subjetivos, para lograr un mejor sistema de seguridad pública, con una adecuada procuración de justicia, con un

¹³ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia penal*.

sistema de justicia penal eficaz y con un sistema de ejecución de sanciones penales que observara los derechos humanos de los sentenciados, en otras palabras, con la implementación de un sistema garantista.

Dentro de la reforma se rescataron principios del garantismo penal e inclusive se hizo énfasis en aquellos ya inexistentes, pero desafortunadamente también se hizo uso del *derecho penal del enemigo*. A continuación, se analizará el sistema de justicia penal que se conformó de manera posterior a la reforma constitucional, desde la perspectiva garantista y desde el modelo del derecho penal del enemigo.

a) El sistema de justicia penal mexicano a través del garantismo

Efectivamente la reforma constitucional en materia penal la podemos mirar desde una perspectiva garantista, pues cuenta con rasgos tendientes a la protección de los derechos fundamentales de los individuos, poniendo límites a la actuación punitiva del Estado, para garantizar la preservación en todo momento de la dignidad como ser humano; lo que nos remite a la idea de un Estado constitucionalista y democrático, donde se protegen al máximo los derechos humanos.

El garantismo que se plasmó en la reforma se vio orientado en gran parte al ámbito procesal, pues se estableció el sistema acusatorio en sustitución del inquisitivo. Actualmente nuestra constitución federal en el primer párrafo del artículo 20 establece: “El proceso será penal acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediatez”.

A simple vista se aprecia un sistema garantista por la simple inclusión del sistema acusatorio, Ferrajoli, considera al sistema acusatorio como “todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en el juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según por su libre convicción”¹⁴.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 864.

Al sistema penal mexicano se introdujeron más principios procesales propios del garantismo, siendo el más sobresaliente el de presunción de inocencia, plasmado en el apartado B, fracción I, del artículo 20 constitucional, al señalar que toda persona imputada tiene derecho a presumir su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. Esto es eminentemente garantista, pues primero se investiga al imputado y luego se detiene; en el sistema inquisitivo era lo contrario: se detenía para ser investigado, lo cual era una acción arbitraria y claro ejemplo del poder punitivo del Estado.

La reforma se centró en la idea de prevenir y combatir los delitos de una manera más eficiente, preservando los derechos de los individuos, optando por la implementación de principios adjetivos y sustantivos garantistas o del derecho penal mínimo. Como se denota de la simple lectura del primer párrafo del artículo 20 constitucional, ahora el proceso se rige por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediatez, principios o directrices eminentemente de corte garantista.

Gran parte de la reforma constitucional se enfocó únicamente en la parte procesal, pero no dejemos de lado otros puntos abordados como la seguridad pública, la procuración de justicia y la ejecución de penas.

El breve análisis de los párrafos anteriores sobre los rasgos garantistas presentes en el nuevo sistema penal versó particularmente sobre materia procesal; pero es hora de dar paso a uno de los temas medulares de este trabajo, es decir, la parte sustantiva penal, Ferrajoli menciona diez principios o axiomas que debe cumplir un sistema para ser considerado garantista, de estos diez principios seis son en materia sustantiva y cuatro en materia adjetiva.

A continuación se mencionan los seis principios garantistas de Ferrajoli en materia sustantiva penal, para posteriormente desarrollar uno a uno de acuerdo con lo establecido en la constitución federal mexicana: retributividad de la pena, legalidad, necesidad del derecho penal, lesividad del acto, materialidad de la acción y principio de culpabilidad.

Principio de retributividad de la pena, según este principio la pena es la consecuencia de haber cometido un delito; en otras palabras, el delito

es elemento *sine qua non* para la imposición de una pena, atendiendo al sentido literal del principio aquel que comete un delito se le retribuye una pena o castigo. Esta idea nos remite a la locución latina *nulla poena sine crime* (no hay pena sin delito), lo cual se convierte en una garantía penal, pues únicamente se puede juzgar penalmente a aquel que cometa un delito.

De acuerdo con este principio, únicamente se debe castigar por la conducta que se ha realizado, entonces se castiga la exteriorización y materialización de la conducta, no actúa de manera preventiva. Dentro de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, el principio de retributividad lo podemos encontrar dentro de los artículos 14, 18 y 21.

El artículo 14 en su tercer párrafo dice: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”; entonces, se debe de aplicar la pena que corresponda al delito cometido, el Estado de manera arbitraria no puede imponer un castigo mayor que el establecido por la ley.

En tanto, según el artículo 18, sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva, con esto se limita el actuar del Estado a la hora de imponer una pena; pues por un delito con una pena de pago de multa, de manera arbitraria a través de sus órganos jurisdiccionales, el Estado no puede imponer, como penalidad la prisión.

Mientras, el 21 constitucional dispone que la imposición y modificación de penas es una atribución exclusiva del órgano jurisdiccional, lo cual implica el estudio del caso y de las pruebas que durante el proceso fueron ofrecidas, para determinar si el imputado cometió el delito, el grado de responsabilidad, la modalidad en que se cometió, los cuales son factores determinantes para imponer la pena.

El segundo principio, el de *legalidad*, se traduce en la frase “el Estado tiene permitido lo que expresamente le dicta la ley”; en este orden de ideas, si el Estado quiere imponer una penalidad o castigo a una conducta, debe estar establecido en la norma. Este principio se encuentra también dentro del artículo 14 constitucional, toda vez que refiere que queda prohibido

imponer pena alguna por analogía o mayoría de razón. Con la analogía se buscaría adecuar una conducta no exactamente prevista en la ley como delito y la mayoría de razón indica que no se puede imponer una sanción menor o mayor de las que se encuentran previstas en la ley penal¹⁵.

El tercer axioma, *necesidad del derecho penal*, trata sobre el hecho de que el derecho penal no debe verse como una solución a cualquier conducta antisocial, con este principio se pretende una intervención penal mínima, como su nombre lo indica, únicamente cuando sea necesario. Aunque sea catalogado como garantista por las razones antes expuestas, el actual sistema penal tiene algunos elementos que hacen dudar sobre su naturaleza, porque lo más lógico es que al ser considerado garantista cumpliera cabalmente con el ejercicio de estos principios.

En un Estado garantista, democrático y en pro de los derechos humanos, se supondría precisamente que el derecho penal fuese empleado exclusivamente cuando fuera necesario y no para cumplir estadísticas, para poder decir que en el año tal se han detenido a tantas personas por la comisión de delitos y de las cuales a tantas se les ha castigado con prisión; lamentablemente la justicia penal mexicana se ha politizado y cualquier conducta antisocial se quiere encuadrar dentro de un tipo penal para poder ser sancionado con rigor.

Bien lo decía, el entonces diputado federal por parte del Partido Revolucionario Institucional, César Camacho Quiroz, “los políticos hemos echado mano casi indiscriminadamente, del derecho Penal para responder prácticamente a cualquier antisocialidad. Creamos delitos a propósito de lo que sea, o repetimos esto que llamamos los bienes jurídicos tutelados”; en muchos de los estados del país existe el delito bien conocido por todos como *daño en bienes, daño en propiedad ajena*, pero si empiezan a multiplicarse la antisocialidad del *graffiti*, por ejemplo, se crea un delito literalmente relacionado con el *graffiti*, cuando se trata simplemente de una modalidad de daño en los bienes. Entonces no es agravando penas o creando delitos como los problemas se resuelven”¹⁶.

¹⁵ Mancilla Ovando, Jorge, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, p. 32.

¹⁶ García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal, *op. cit.*, p. 22.

Replicando lo que sostiene Cesar Camacho Quiroz, está la creación del feminicidio —término controvertido, inserto en el *Código Penal del Estado de México* en el artículo 242 bis—, tipificando este delito de la siguiente manera, “Comete el delito de feminicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género”.

Queda duda sobre la verdadera necesidad de crear este delito, pues bien pudo haber sido encuadrado dentro del delito de homicidio, como una modalidad. Por lo anterior, el actuar del legislador debe estar encaminado a generar la norma penal únicamente cuando no haya otra opción, inclusive se debe buscar la posibilidad de regular esa conducta a través de otras fórmulas legales de distinta naturaleza, pues la pena se debe emplear como último recurso.

Dentro de este principio de necesidad penal, es indispensable hacer alusión a la locución latina *nulla lex poenalis sine necessitate*, la cual señala que la ley no debe establecer delitos y penas sin no son necesarios. Para Ferrajoli, el derecho penal mexicano ha funcionado en sentido opuesto a este principio, pues ha existido una expansión incontrolada de la intervención penal, convirtiéndose en la principal herramienta del Estado para lograr el control social, esto denota ineficacia de otras formas para lograr el orden, como el uso de sanciones administrativas, disciplinarias o políticas, convirtiendo a las sanciones penales en la única forma de control sobre aquellos individuos que quebrantan la ley¹⁷.

El siguiente principio es el de *lesividad*, el cual se relaciona con el axioma anterior, pues tiene como objeto minimizar las prohibiciones penales, únicamente se debe de considerar como delito aquella conducta que afecte considerablemente a un bien jurídico tutelado, de lo contrario se debe buscar otra forma de regulación. Como el principio lo denota, debe haber una lesión trascendente a un bien jurídico tutelado para que se considere como delito, si dicha lesión no es suficientemente grave se debe optar simplemente por una responsabilidad civil, pudiéndose solucionar con una reparación patrimonial de daños y perjuicios; en este sentido, en las sanciones de carácter administrativo no debe existir la prisión pues en realidad se estaría aplicando una sanción de carácter penal.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*.

En la gran mayoría de los Bandos Municipales de la República mexicana, por no decir que en todos, se impone como sanción administrativa el arresto hasta por 36 horas, lo cual finalmente es una pena privativa de libertad; a manera de ejemplo se puede señalar el caso del municipio de Mascota, Jalisco, dentro de su Bando Municipal de Policía y Buen Gobierno señala lo siguiente: “Artículo 25.- Las infracciones contra las disposiciones del presente Bando serán sancionadas con: [...] Arresto administrativo. Es la privación de la libertad del infractor hasta por 36 horas, para el efecto del cumplimiento de esta sanción se conmutará el tiempo transcurrido desde el momento de la detención”.

Este artículo es contrario al principio de lesividad, debido a que en las sanciones administrativas no debería de existir la privación de libertad, pues es de naturaleza penal, este tipo de castigo debe ser impuesto exclusivamente cuando se cause un daño a un bien jurídico tutelado, como la vida, la libertad, el patrimonio, la integridad física entre otros y no cuando se quebrante una disposición de carácter administrativo.

El siguiente principio a analizar es el de *materialidad de la acción*, considerado como el más importante de los principios garantistas, inclusive Ferrajoli lo llama “el corazón del derecho penal”, tal principio alude a que ninguna acción puede ser penalmente castigada a menos que sea consecuencia de la exteriorización de una conducta, por ello no se puede castigar el aspecto cognitivo o interno, lo cual eminentemente es el sentido opuesto del *derecho penal del enemigo*; así, este principio se enfoca a que la sanción penal se establece con base en acciones u omisiones humanas observables, y deja de lado la mera intención o voluntad, en otras palabras la parte *inter crimins*.

Como se desprende del sentido literal del principio, se debe castigar cuando exista la materialización de la conducta, ya sea de acción u omisión, que finalmente lesionen un bien jurídico tutelado por la ley penal. Dentro de los tipos penales que establece la legislación mexicana en cuestión, se precisa que el hacer o dejar de hacer constituyen el delito al que se le impondrá una pena. Por ejemplo, en el *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco* tipifica al delito de robo de la siguiente manera:

Artículo 233. Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley. Se tendrá por consumado el robo, desde el momento en que el activo tenga en su poder lo robado, aun cuando lo abandone o lo desapoderen de él.

Como se observa, se castiga a quien se apodera de una cosa ajena sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella conforme a derecho. En este sentido, se sanciona la exteriorización de la conducta, que en el caso particular es el apoderamiento, es decir, se sanciona el hacer pues no tipifica la intención.

Por último, dentro de los principios sustantivos garantistas mencionados por Luigi Ferrajoli, encontramos el de *culpabilidad*, haciendo alusión al elemento psicológico del delito, en este caso la existencia de voluntad; un hecho es considerado como delictivo cuando existe una conducta humana producto de una voluntad, en consecuencia una conducta no puede ser castigada y ni siquiera prohibida si de por medio no hay voluntad.

Aquí es propio hablar de la comisión dolosa y culposa de un delito. Existe culpabilidad de quien comete el delito cuando lo realiza por actuar de manera equivocada, en otras palabras, por culpabilidad se es responsable de un delito cuando se pudo haber actuado de otro modo y no se hizo, pero se exime de culpa cuando esa posibilidad no existía. Como se puede apreciar aún en la comisión de un delito culposo existe voluntad, pues se exterioriza en el momento en que se opta por realizar una conducta en vez de otra y así es originado un daño en un bien jurídico ajeno.

Existe dolo cuando se realiza una conducta a sabiendas del tipo penal o previendo que la consecuencia sea el resultado típico descrito por la ley. Estas dos figuras son contempladas por el código penal vigente del Estado de México:

Artículo 8.- los delitos pueden ser:

I. Dolosos;

El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito en la ley.

ii. Culposos:

El Delito es culposo cuando se produce un resultado típico que pudo preverse o proveerse para evitarlo, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía o podía observarse según las circunstancias y condiciones personales.

Entonces, como se puede ver, los delitos son punibles cuando exista voluntad de realización de la conducta antijurídica. Por otra parte, dentro de este mismo ordenamiento legal se habla de las causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal, siendo la principal la ausencia de voluntad o no intervención de esta, lo cual es claro ejemplo de la presencia del principio de culpabilidad, mismo que está contenido en la fracción I, del artículo 15 de la ley sustantiva penal del Estado de México: “Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal: I. La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible”¹⁸.

Del desarrollo de estos principios, tanto en materia adjetiva y sustantiva, se podría decir que el sistema de justicia penal actual en México es garantista, pues se observa claramente la presencia de estos axiomas; pero como más adelante se expondrá, en el sistema jurídico mexicano también hay presencia del derecho penal del enemigo, lo cual es contradictorio al Estado mexicano que se ha idealizado, pues no existe una completa protección de derechos humanos, por las razones planteadas enseguida.

b) El sistema penal mexicano a través del derecho penal del enemigo

Como en repetidas ocasiones se ha señalado, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 tuvo como eje rector el modelo garantista, tema ampliamente difundido y comentado, con ello el sistema de justicia penal mexicano se ponía a la vanguardia siguiendo una corriente internacional; sin embargo, lo no dicho fue de la inclusión de principios y rasgos del derecho penal del enemigo o derecho penal máximo, como indistintamente lo denominaba Günter Jakobs; mediante un arsenal legislativo se hizo frente a la delincuencia organizada, problema social que se salió de las manos de la autoridad, pues las políticas implementadas

¹⁸ *Código Penal del Estado de México.*

en materia de seguridad pública no estaban dando resultado, llegando al extremo de que la propia autoridad en el intento de lograr el orden social violentaba los derechos humanos de los gobernados¹⁹.

Entonces, la figura de la delincuencia organizada²⁰ se insertó en el artículo 16 constitucional: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

La definición constitucional de delincuencia organizada que se plantea es muy amplia, acotando que dentro de la constitución no es el sitio adecuado para que se definan cuestiones propias de códigos penales²¹. Entonces, la amplitud de la definición origina violaciones a derechos humanos, porque cualquier individuo puede encuadrar en ese supuesto, propiciando a que se le dé un trato distinto por el simple hecho de tacharlo como integrante de un grupo delictivo.

En opinión de Coaña Be²², la amplitud de la citada definición tiene tres efectos:

- a) Inseguridad jurídica: cualquier individuo puede ser acusado de formar parte de la delincuencia organizada;
- b) Clarifica las excepciones que la propia constitución federal establece para aquellos que sean acusados de este delito;
- c) Otorga amplitud al legislador secundario para establecer los delitos mediante los cuales se puede imputar delincuencia organizada, lo que nos remite directamente a un actuar arbitrario y violatorio de derechos humanos.

Retomando el inciso c), como ejemplo, se puede mencionar el caso del Estado de Chihuahua, dentro del artículo 247 de su ley sustantiva penal refiere:

¹⁹ Coaña Be, Luis, *México: ¿garantismo o derecho penal del enemigo?*, p. 86.

²⁰ La delincuencia organizada en México se comienza a sancionar desde 1996 con la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada* y no fue hasta 2008 cuando se introdujo en la constitución federal.

²¹ *Ibidem*, p. 96.

²² *Idem*.

Cuando tres o más personas se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer uno o varios delitos, serán sancionadas, por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

Se entiende que hay delincuencia organizada cuando el grupo delictivo opere mediante estructuras funcionales.

En este caso, además de las sanciones que correspondan por el o los delitos cometidos, se aplicará prisión de uno a doce años y multa de cien a trescientos salarios mínimos.

Mientras, en el *Código Penal del Estado de México* se establece:

Artículo 178.- A quienes participen habitual u ocasionalmente en una agrupación de tres o más personas, de cualquier manera, organizada con la finalidad de cometer delitos graves, se les impondrá de dos a diez años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa, sin perjuicio de las penas que les correspondan por delitos que cometan.

Por otro lado, la *Ley Federal Contra Delincuencia Organizada* (LFCDO) en su artículo 2º indica que serán castigados como integrantes de delincuencia organizada aquellos que se reúnan permanente o reiteradamente para cometer los delitos de terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas, trata de personas, secuestro y demás relacionados con él.

Los tres artículos de distintos ordenamientos legales concuerdan en que la delincuencia organizada es la asociación de tres o más personas para cometer delitos, ya sea de manera permanente o reiterada; pero difieren drásticamente en los tipos de delitos cometidos por la delincuencia organizada: en Chihuahua no se habla de delitos, en particular únicamente dice que cometan uno o varios delitos (puede ser cualquiera), en el Estado de México habla exclusivamente de la comisión de delitos graves (los contenidos en el artículo 9º de su código penal) y en la LFCDO ahí claramente se establecen los delitos. Esto se convierte en una muestra del poder desmedido del Estado, en donde su poder punitivo es tan amplio como el criterio que puede tener el legislador local al determinar cuándo hay delincuencia organizada, atentando así contra el derecho humano de seguridad jurídica.

Ahora bien, con la inserción de la delincuencia organizada en la ley suprema mexicana bastaría para sostener que nos encontramos frente un derecho máximo penal, sin embargo, no es el único elemento indicador, existen más particularidades del sistema de justicia penal que hacen dudar de la existencia de un Estado protector de derechos humanos.

Para ello es prudente analizar de manera sucinta la legislación mexicana, a través del cristal del derecho penal del enemigo, con base en los principios de este mismo modelo: adelanto a la barrera de punibilidad, aumento desproporcionado de las penas, legislación de combate y reducción de garantías procesales, mediante los cuales se rige el derecho penal máximo.

Respecto al principio *adelanto a la barrera de punibilidad*, es de naturaleza sustantiva al referirse al momento en que una conducta es tipificada como delito. Atendiendo al sentido literal del principio, nos remite a la idea de que se castiga de manera anticipada, debido a que existe riesgo latente de que se cometa una conducta antijurídica, entonces el Estado en ejercicio del *ius puniendi* sanciona un estadio previo del delito²³.

Donde se puede encontrar tal principio es en el tipo penal de la delincuencia organizada, ya que presupone una sanción por el simple hecho de que tres o más personas se reúnan para cometer delitos de forma permanente o reiterada, aunque estricta y materialmente estas personas aún no hayan cometido delitos, se les castigan por existir ese riesgo de que en cualquier momento delincan. Como se desprende de la idea antes expuesta existe un adelanto de punibilidad, esto contraviene directamente al principio de materialidad de la corriente garantista.

Otro delito donde hace presencia la anticipación de la punibilidad es en el delito de *terrorismo internacional*, tipificado en el artículo 148 bis del *Código Penal Federal*:

Artículo 148 Bis.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten:

1) A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear,

²³ Quintero, María Eloísa, *La anticipación de la punibilidad*.

combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes, personas o servicios, de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para presionar a la autoridad de ese Estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación.

...

III) Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer o se haya cometido en el extranjero.

Una vez más se puede ver cómo el derecho penal mexicano penaliza la conducta anticipada a la comisión de un delito, como si el delito se hubiese consumado, pues se establece la misma penalidad para quien realiza los actos (fracción I) y para quien únicamente pretende o prepara la realización (fracción III). Una vez más queda al descubierto que el poder punitivo del Estado ha aumentado; lo llamativo es que haya aumentado posterior a una reforma que se abanderó con una teoría penal garantista.

El segundo principio, *aumento desproporcionado de las penas*, tiene distintas aristas; una se encuentra vinculada con el principio anterior, pues alude que se castigan como actos consumados las conductas que ni siquiera constituyen una tentativa, siendo únicamente son actos preparatorios; por ello, no hay un aumento de penas pero sí un castigo excesivo.

Otra perspectiva de este principio atiende a su sentido literal, ya que hay un aumento de penas, denotando la dureza del Estado al castigar, toda vez que la pena que se impone se podría equiparar a una venganza e inclusive a la ley de ojo por ojo, diente por diente. Aunque la constitución mexicana, en su artículo 22, prohíbe las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales; en la parte final del primer párrafo de este artículo se dispone que toda pena debe de ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado.

Entonces, ¿si un individuo priva de la vida a otro, cuál será la pena proporcional que se le imponga?, la pena de muerte no podría ser ya que está prohibida; tal vez esta misma interrogante se la realizaron los legisladores del Estado de México, dándole como respuesta la imposición de una pena privativa de libertad de carácter vitalicio.

Efectivamente, en el Estado de México, la pena de prisión iba de tres meses a setenta años, sin embargo, actualmente el código penal de dicha entidad estipula: "Artículo 23.- La prisión consiste en la privación de la libertad, la que podrá ser de tres meses a vitalicia, entendiéndose por ésta una duración igual a la vida del sentenciado, y se cumplirá en los términos y con las modalidades previstas en las leyes de la materia".

La reforma del artículo 23 donde se inserta la pena de prisión vitalicia, recalamos, se realizó en diciembre de 2011, más de tres años después de la reforma constitucional donde se implementa el sistema acusatorio (garantista) y justamente en el año donde el sistema jurídico mexicano sufre otra reforma constitucional trascendente precisamente en materia de derechos humanos, donde se armoniza el marco constitucional mexicano con el derecho internacional de los derechos humanos²⁴. Pero retomando el tema, otra pregunta surge: ¿con la pena vitalicia dónde queda la garantía del sentenciado que dispone el artículo 18 constitucional de ser reinsertado a la sociedad? La respuesta no se dará en este trabajo, pero es importante estudiarla, pues indudablemente estamos frente a graves violaciones a derechos humanos, además exhibe que el Estado mexicano en lugar de dar soluciones a los problemas sociales, intenta reprimir las conductas ilegales con la imposición de penas más fuertes, tal como se hace en Estados no democráticos y absolutistas.

El tercer principio, *legislación de combate*, establece la creación de un arsenal legislativo para poder combatir al enemigo del Estado, en otras palabras, a través de legislación especializada se combaten actividades delincuenciales con el objeto de prevenirlas, sancionarlas y/o reprimirlas. En México indiscutiblemente se presenta el principio de *legislación de combate*, basta con mirar la *Ley Federal Contra Delincuencia Organizada* (LFCDO), creada desde 1996, la cual con su nombre denota la tendencia

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos, parte general*, p. 7.

de un derecho penal del enemigo, pues está dirigida a enfrentar a un grupo determinado de personas:

Artículo 1o.- La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

Estas “leyes de lucha”, como las denomina Jakobs, se crean para combatir a los delincuentes (enemigos del Estado), considerados así por su actitud, su vida económica o por su implicación en una organización criminal²⁵. Dicha consideración lleva implícita la discriminación, pues por la mera situación económica o situación de vida se le considera como delincuente. Entonces no hay un trato de igualdad ante la ley, lo que atenta directamente contra este derecho humano, consagrado dentro de nuestra ley suprema e inclusive en tratados internacionales que México ha suscrito, por mencionar alguno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Una violación más de derechos presente es que el detenido por delincuencia organizada no sabe de qué se le acusa, ni quién lo acusa, violentando gravemente los derechos del imputado que se establecen a nivel constitucional y en tratados internacionales.

Como se puede observar en el derecho mexicano hay presencia de legislación de combate; además de la LFCDO, también se cuenta con la *Ley Federal de Eximición de Dominio*, que surge de manera reglamentaria al artículo 22 de nuestra ley suprema, el cual dispone que la extinción de dominio será un procedimiento jurisdiccional y autónomo de materia penal, que procederá en caso de delincuencia organizada, delitos contra la salud, robo de vehículos y trata de personas.

Se entiende por *extinción de dominio* la facultad del Estado de destinar a su favor distintos bienes de carácter patrimonial, que sean propiedad de los acusados de delincuencia organizada²⁶.

²⁵ Coaña Be, Luis, *op. cit.*, p. 99.

²⁶ *Idem.*

Se observa cómo este procedimiento se puede iniciar tan sólo con la acusación a un individuo de que pertenece a la delincuencia organizada, en este sentido, no es necesario que sea declarado culpable mediante sentencia ejecutoriada; lo cual, para este supuesto, hace nulo el principio de presunción de inocencia.

Otra ley de lucha que se puede mencionar es la *Ley General para Prevenir y Sancionar el Delito en Materia de Secuestro*, dirigida en particular a aquel grupo de personas que cometen el delito de secuestro; la existencia de una norma así denota que dicha conducta antijurídica es un problema constante que aqueja a la sociedad mexicana.

Por último está el principio de *reducción de garantías procesales*, como se ha mencionado desde la parte introductoria de este trabajo, la reforma constitucional de 2008 conllevó una serie de cambios en materia sustantiva y en su gran mayoría en materia adjetiva, pues el proceso judicial pasó a ser acusatorio, pero a pesar de ello aún se conservaron elementos o rasgos del antiguo sistema inquisitivo (e inclusive se han acentuado más); esto da pie a que el derecho penal del enemigo se encuentre insertado en nuestro texto constitucional y en leyes secundarias. Para sustentar este dicho aludiremos a la constitucionalización de la figura del arraigo.

El arraigo es una figura jurídica que se introduce en la constitución mexicana en 2008, como una medida cautelar consistente en la privación de libertad decretada en contra de individuos con presuntos nexos con la delincuencia organizada, para ser un poco más explícito sobre esta figura es pertinente citar el octavo párrafo del artículo 16 constitucional:

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

Entonces, el arraigo se decreta únicamente contra delitos de delincuencia organizada, sin embargo, como se ha señalado, los delitos que se pueden cometer por delincuencia organizada son distintos dependiendo los que se consideren en las legislaciones locales, aunado a ello para que a una persona se le trate como integrante de un grupo delictivo basta que se le haga una simple acusación.

Lo anterior, desde luego genera inseguridad jurídica, pues en esas condiciones cualquier persona está propensa a que sea arraigado, ya que si se le acusa de delincuencia organizada inmediatamente a petición del Ministerio Público la autoridad judicial puede ordenar el arraigo por un término de tiempo de cuarenta días y si se considera necesario hasta por ochenta días como máximo. Relacionado con ello, la Procuraduría General de la República informó que, durante los dos primeros años posteriores a la constitucionalización del arraigo, fueron puesto bajo esta medida 8,595 personas, en este mismo periodo de tiempo del total de solicitudes de arraigo recibidas por los jueces únicamente el 4.7% fueron negadas²⁷.

Esta medida cautelar evidentemente constituye una forma de detención arbitraria, contraponiéndose a la obligación del Estado mexicano de proteger los derechos humanos, pues entre otros, se violan los derechos humanos de libertad personal, legalidad, presunción de inocencia, de debido proceso y de derecho a un recurso efectivo²⁸.

El arraigo tiene como finalidad privar de la libertad a un individuo para ser investigado, lo cual se retoma indudablemente del sistema inquisitivo; según el informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura cerca del 50% de las personas arraigadas son sometidas con violencia para la obtención de confesiones inculpatorias y demás información que pueda ser utilizada con posterioridad dentro del proceso judicial²⁹.

Con el análisis de estos cuatro principios del derecho penal del enemigo en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, se vislumbra que

²⁷ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., *op. cit.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ Informe sobre la visita a México del Subcomité para la prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, tras su visita a México en 2009.

pese a la reforma constitucional del 2008, y más aún tras la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, todavía dentro de la legislación mexicana se encuentran figuras sustantivas y adjetivas violatorias de derechos y no son dignas de aparecer en nuestro orden jurídico, pues en teoría México es considerado como un Estado constitucionalista y democrático.

Consideraciones finales

Como se desprende de lo antes expuesto, el sistema de justicia penal mexicano después de la reforma constitucional de 2008 se concibió a través de la idea de que la justicia ahora sí sería eficiente y eficaz, así las conductas antijurídicas ya no quedarían impunes, ya que se aplicaría todo el rigor de la ley a los delincuentes con el objeto de garantizar los derechos de los demás ciudadanos. Por estas razones se puede concebir que en México se siguen los modelos de derecho expuestos por Gúnter Jakobs, pues estamos frente a la presencia de un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo.

Por una parte, dentro del orden jurídico nacional, se habla de una máxima protección de los bienes jurídicos tutelados por parte del derecho penal, donde ahora los imputados gozan de más garantías sustanciales y procesales para que la justicia les sea impartida y administrada con estricto apego a los derechos humanos. Esta protección de derechos subjetivos la reciben todos los gobernados, excepto aquellos culpados por delincuencia organizada o terrorismo a quienes se les aplica un procedimiento judicial especial, y además, penas especiales.

Entonces no se puede hablar de que en México el proceso penal sea totalmente acusatorio (garantista) como lo establece la ley, lo correcto sería decir que es un sistema preponderantemente acusatorio, ya que hay individuos a quien no se les respetan sus derechos humanos por ser *enemigos* del Estado. El término *preponderantemente acusatorio* nos remite a la idea de que la mayoría de la universalidad de procesos judiciales ventilados es garante de derechos, pues hay excepciones que la misma ley establece para que a determinados individuos se les dé un trato distinto, un trato en el que no se les respete su dignidad.

Este trato distinto que la misma ley establece para algunos individuos no es porque no haya otra forma de hacerlo, sino porque trata de regular algo que se le ha salido de las manos al Estado. La solución no es regular la delincuencia organizada imponiendo penas más duras, es atacar el problema antes de que se origine no cuando ya se encuentre desarrollado. Entonces, el problema no debe de ser tratado únicamente con la creación de leyes o aumentando el catálogo de delitos o aumento las penas, más bien hay que hacer uso de una adecuada política criminal que atienda las causas estructurales del delito, como la pobreza, desigualdad, analfabetismo, desempleo, corrupción, falta de educación etcétera.

Tal idea se tiene presente, pues se creó el Sistema Nacional de Seguridad Pública, donde se contempla la prevención del delito, pero ahora lo importante es generar políticas públicas eficientes para lograrlo y que en verdad las instituciones que procuren, administren e impartan justicia cuenten con la infraestructura humana lo suficientemente preparada para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Para concluir, México se encuentra frente a un gran reto que consiste en materializar aquellos ideales plasmados en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, para que lo ahí establecido no se convierta en una utopía y así el Estado constitucionalista y democrático se vea reflejado en nuestra vida diaria y no sólo se quede en el discurso político, pues la realidad es que la justicia penal se ha politizado y se ha empleado para combatir cualquier conducta antisocial, incrementando del poder punitivo del Estado mexicano, ya que castiga con mayor rigor a quien comete un delito.

Si bien es cierto, dentro de la exposición de motivos de la reforma se habló de la prevención y sanción de delitos de tal manera que se garantizaran los derechos de las personas, se ha visto que en realidad el sistema de justicia penal ha funcionado de manera distinta, inclusive se podría decir que en sentido contrario, porque el actuar del Estado se ha enfocado en incrementar los tipos penales, agravar los existentes, crear nuevos bienes jurídicos y sancionar con mayor rigor, con lo que indiscutiblemente se

puede cuestionar la existencia de una verdadera protección de derechos humanos³⁰.

Fuentes de consulta

- Astudillo, César, *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.
- Carbonell, Miguel, *¿Qué es el garantismo?, una nota muy breve*, 2009. Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve_printer.shtml [5 de mayo de 2015].
- Coaña Be, Luis, *México: ¿garantismo o derecho penal del enemigo?*, México, Ubijus Editoria, 2014.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia penal*, México, Servicio Profesional en Derechos Humanos, 2011.
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., *Acceso a la justicia en México: La constante impunidad en casos de violaciones a derechos humanos*, México, 2013.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, "Garantías y derecho penal", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 31, México, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. Recuperado de <http://www.cienciaspenales.org/revista%2005/ferraj05.htm> [6 de junio de 2015].
- García Ramírez Sergio y Olga Islas de González Mariscal, *La reforma constitucional en materia penal*, México, INACIPE, 2009.
- González Ruiz, Samuel y otros, *Seguridad pública en México: problemas, perspectivas y propuestas*, México, Coordinación de Humanidades de la UNAM, 1994.

³⁰ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *op. cit.*, p. 26.

- Organización de las Naciones Unidas, Informe sobre la visita a México del Subcomité para la prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, tras su visita a México en 2009.
- Mancilla Ovando, Jorge, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, México, Porrúa, 1998.
- Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal* [traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde], 2ª ed., 1ª reimp., vol. II, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos, parte general*, CJF, México, 2013.
- Quintero, María Eloísa, *La anticipación de la punibilidad*, 2013. Recuperado de <http://digital.inacipe.gob.mx/post/17551356273/la-anticipacion-de-la-punibilidad> [25 de mayo de 2015].

Legisgrafía

- Bando Municipal de Policía y Buen Gobierno.
- Bando Municipal de Policía y Buen Gobierno del Municipio de Mascota, Jalisco.
- Código Penal del Estado de Chihuahua.*
- Código Penal del Estado de México.*
- Código Penal Federal.*
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Ley de Seguridad Pública del Estado de México.*
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.*
- Ley Federal de Extinción de Dominio.*
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.*
- Ley General para Prevenir y Sancionar el Delito en Materia de Secuestro.*
- Pacto Internacional de Derechos Civiles.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO
———— 7 ————

coordinado por Martha Elba Izquierdo Muciño, se terminó de editar el 15 de noviembre de 2019.

Piedad Liliana Rivera Cuevas
Corrección de estilo

Stefani Huerta Chávez y Cristina Mireles Arriaga
Diseño editorial

Patricia Vega Villavicencio
Coordinación editorial

La edición estuvo a cargo de la Dirección de Difusión y Promoción de la Investigación y los Estudios Avanzados, mediante el Departamento de Producción y Difusión Editorial de la Universidad Autónoma del Estado de México.

La colaboración interuniversitaria entre la Universitat Jaume I de Castellón España y la Universidad Autónoma del Estado de México, más la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones traen como resultado la publicación de *Diálogos Jurídicos entre España y México*, 7.

Esta obra cumple una década de vida y ha pretendido ser un lugar de encuentro entre las perspectivas española y mexicana bajo la ordenación jurídica de distintos temas de interés y actualidad. Asimismo, más allá de la inestimable aportación al derecho comparado a través del tiempo ha sido cauce de acercamiento humano entre los académicos de ambos países, manteniendo y ampliando los lazos de amistad entre nuestras universidades.

