

CASOS IRRESOLUTOS
DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO:
ANÁLISIS Y PROSPECCIÓN

Argumento · # 306

Esta obra ha sido dictaminada por pares académicos, lo que avala su pertinencia y científicidad.

*A la memoria del Dr. Reynaldo Robles Martínez,
formador incansable de juristas*

INTRODUCCIÓN

Ante la dura realidad que a diario evidencia la violación a derechos humanos, la doctrina ha comenzado a ocuparse de la identificación de las condiciones y argumentos esenciales para que estos derechos sean asegurados. Aun cuando los tratadistas no han dejado de abordar temas tan importantes como la concepción misma de los derechos humanos y fundamentales, el viraje inevitable hacia las garantías es, hoy en día, el acento distintivo de esta relevante cuestión.

Un asunto de estas dimensiones podrá enfrentar, en casi cualquier parte del mundo, la ruptura entre norma y realidad; así, de cara a los múltiples problemas que viven nuestras sociedades actuales, la importancia del estudio de los derechos humanos no puede pasar por alto la contextualización de sus expresiones fenoménicas, como las condiciones socioeconómicas, culturales, antropológicas y hasta coyunturales, en un arco temporal que hace posible su aprehensión, estudio y comprensión más pertinentes.

En el contexto particular del Estado mexicano, hay múltiples cuestiones atinentes a los derechos humanos, que requieren la participación de los estudiosos, a fin de contribuir a la búsqueda de mejores escenarios para su atención. Con este propósito fue generado el presente libro que, luego de las indagaciones particulares de cada temática, arrojó, sin cortapisas, una serie de resultados que muestran un escenario que nos llevó a colocar en el acápite la expresión «casos irresueltos». En este campo, es innegable que México sufre el vendaval de múltiples problemas que sitúan el tema de los derechos humanos en una zona de insatisfacción ciudadana, de agravios colectivos; en suma, de una enorme deuda que no se puede atender con la

rigidez de la norma y menos con lo insustancial de los discursos y las pobres e inconsistentes acciones de gobierno.

Una de las preocupaciones centrales en este escenario tiene que ver con la indefinición e insuficiencia de México como un Estado constitucional, garante pleno de los derechos de los habitantes. En este sentido, el capítulo primero de la presente obra se vuelca en el estudio de las condiciones que nuestro país debe cumplir para *evolucionar hacia un Estado constitucional* que supere el discurso y la dimensión normativo-jurídica para arribar al modelo pertinente, adecuado para volver realidad cotidiana la garantía de los derechos humanos, el control del poder y la sanción a los abusos que a todos nos agravian.

El Estado, que debe tener además una indeclinable vocación social, tiene que encontrar su fundamento y su potencia en la dignidad humana. En el capítulo segundo, damos cuenta de esta concepción que procura destacar *los elementos de la dignidad humana como premisa fundamental del Estado constitucional*.

El valor *per se* de la persona humana debe ser puntualizado una y otra vez para situar en su genuina dimensión cualquier acción pública o privada, sobre todo cualquiera correspondiente al ámbito del quehacer del Estado. En el repaso de las duras lecciones que nos dejó el siglo XX —particularmente durante la Segunda Guerra Mundial—, debemos refrendar nuestra convicción a favor de los derechos humanos y de su anclaje vital, la dignidad humana, a fin de proscribir los crímenes contra la humanidad. En esta construcción epistemológica, destacamos la relevancia de la positivización de los derechos, pero también decimos que esto no será suficiente —ni siquiera cuando esos derechos están redactados en los ordenamientos de orden internacional—, mientras la dignidad humana no se convierta en praxis, realidad, orientación y límite del poder público.

En este orden de ideas, la carencia de garantías efectivas, de la mano de la incapacidad o apatía del aparato gubernamental para brindar seguridad a los habitantes, ha detonado el interés por un derecho que México ha visto emerger en medio de la inseguridad pública y del incremento de la violencia y el crimen: nos referimos al derecho humano, a la autodefensa. La dureza de la realidad del crimen y las drogas en varios estados y regiones del país propició el surgimiento de los grupos que conocimos como *las autodefensas*. Entonces las reflexiones de la ciencia jurídica comenzaron con esta pregunta: ¿por qué el Estado no ha podido atender el reclamo esencial de los habitantes a vivir con seguridad?; ¿por qué se permitió o impulsó que los particulares tomaran atribuciones del Estado para enfrentar al crimen organizado?

En el capítulo tercero, intitulado *El derecho humano a la autodefensa y su valoración en el Estado constitucional*, incluimos estas consideraciones y otras más que fustigan la *ratio* prístina del Estado, organización suprema que de manera preocupante ha sido capaz de despojarse de una obligación y de una atribución que de ninguna manera puede ser delegada. Desde luego, y aunque no hay un debate científico sobre la cuestión, es ineludible el tratamiento del derecho humano a defenderse, que inevitablemente se vincula con la *res publica* y sus tareas inmanentes, una de ellas, esencial, la seguridad de los habitantes.

En el listado de cuestiones relevantes, otra más, casi invisible, ocupa las páginas del capítulo cuarto de esta obra; nos referimos al *Bullying oculto: la vulneración de los derechos humanos del menor a través del acoso escolar*. En este punto, nuestro interés se enfoca a un problema que todos conocemos, pero que no ha tenido una atención suficiente para prevenirlo y erradicarlo; particularmente destacamos el nexo irreductible de este fenómeno con las fibras mismas de la sociedad en su conjunto, pues el *bullying* no es otra cosa que una más de las expresiones de discriminación y violencia que padecemos en México. Así las cosas, el tratamiento de este caso irresuelto por las instancias competentes requiere de la coincidencia de múltiples operadores jurídicos que deben actuar de manera articulada para atender, prevenir y erradicar esta inaceptable conducta de los estudiantes menores de edad que agravia a sus semejantes.

En este hilo conductor, con la atención puesta en los derechos de los menores de edad, arribamos al quinto capítulo de esta obra, donde abordamos el estudio del *Interés superior del menor: directriz insuperable para los juzgadores*. Más allá del reconocimiento e inclusión de este principio rector del desempeño de las autoridades en los ordenamientos nacionales e internacionales, la realidad nos enfrenta a diversos problemas, particularmente en el ámbito de la función jurisdiccional, donde todavía este eje rector no acaba de permear en algunos juzgadores.

Es claro que la perspectiva más amplia sobre esta cuestión debe enlazar al derecho doméstico con los instrumentos de orden internacional; por eso, en nuestro abordaje citamos los dos ámbitos de este quehacer a favor de los derechos humanos, aunado a la referencia de algunos casos paradigmáticos que a modo de ejemplo sirven para soportar nuestras reflexiones, en las que no dejamos de señalar que la garantía del interés superior del menor es materia de la justicia constitucional y, por eso, resulta obligada la conexión de la jurisprudencia nacional con los criterios emanados de tribunales y cortes

internacionales. El interés superior del menor, en cualquier jurisdicción y desde cualquier interpretación, es el sustrato social mismo; la garantía de este principio rector abona en cualquier espacio a los derechos humanos de todos.

En el seguimiento de estos temas que ponen el acento en las tareas que le falta cumplir al Estado mexicano, dedicamos un apartado al análisis del contenido de un corpus particular que con su aplicación ha materializado violaciones a derechos humanos de los indígenas. Es el caso de *La ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, que simplemente está descontextualizada. En el ánimo de combatir el narcotráfico y la delincuencia vinculada con él, se creó esta ley que, en su aplicación, no distingue y, por ello, agravia a los indígenas por las reglas que impone a estas personas vulnerables, muchas que son incluso analfabetas.

El tratamiento de la cuestión nos pone frente a varios temas que guardan entre sí relación directa; entre otros, la función del legislador que debería de considerar el contexto y las condiciones de los destinatarios de la norma; el principio de igualdad que tal vez se violenta con la generalidad de la norma que no distingue —donde seguramente debería distinguir—; asimismo, y en lo más hondo de la cuestión, el problema de los contenidos normativos —tal vez discriminatorios en sí mismos—. La gravedad de este tópico se puede condensar en una pregunta: la función legislativa y las normas, ¿pueden ser *per se* violatorias de algunos derechos humanos?

Cierra estos temas sobre casos irresueltos, el estudio sobre *El impacto de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la tutela efectiva de los derechos humanos en el Estado de México*. Al margen del discurso que se construye y utiliza para hablar sobre los derechos humanos, nos parece que el debate más álgido se ubica en el campo de los resultados concretos que sólo se pueden ver en la eficacia de las garantías en la vida de las personas. Por tratarse de asuntos que desbordan las competencias de los Estados, es preciso el estudio de los modos en que las resoluciones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos son recibidas en el Estado mexicano y de qué manera impactan en la tutela efectiva de los mismos. Es inconcuso que la salvaguarda de los referidos derechos humanos debe conectar a múltiples actores y, por eso, la protección multinivel debe tomar en cuenta los distintos ámbitos competenciales que tienen incidencia en la garantía de los derechos humanos. Citado en vía de ejemplo, el Estado de México es la alusión al ámbito local que en nuestro país debe contribuir decididamente a este propósito.

Con estos temas, los autores participantes en las reflexiones aquí vaciadas hemos querido iniciar una discusión crítica y abierta a los problemas múltiples y complejos que debemos afrontar en materia de derechos humanos. Desde luego, la perspectiva que atraviesa y guía estos cuestionamientos supera cualquier orientación normativa o positivista, incluso se sitúa más allá del garantismo, pues con independencia del acatamiento de la norma y de la atención y respeto a los derechos humanos, nuestras reflexiones —anudadas de manera holística— pretenden llegar al centro mismo de la cuestión: los derechos humanos son el ser humano, su esencia, su estructura y su vida; todos los factores y elementos que circundan la vida de cualquier ser humano: política, leyes, gobierno, tribunales, estructuras, fines, doctrina, jurisprudencia deben ver en el ser humano su único derrotero.

I

MÉXICO: ALGUNAS NOTAS PARA SU DEFINICIÓN COMO ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO EN EL SIGLO XXI

*Enrique Uribe Arzate
Rosalina Hutchinson Vargas*

SUMARIO: I. Introducción; II. El Estado constitucional como modelo de las democracias; III. Principios y valores como fundamentos del Estado constitucional; IV. El Estado constitucional en el contexto de la globalización; V. México y su proyección hacia la constitucionalidad; VI. Consideraciones finales; VII. Fuentes citadas.

I. Introducción

El presente capítulo pretende describir los elementos que identifican al Estado constitucional contemporáneo y analizar el papel de la democracia, que es considerada su valor fundamental. De esta forma, la existencia del Estado constitucional no sólo queda condicionada por la creación de un texto normativo de carácter fundamental, sino además por el juego democrático que debe ser capaz de garantizar la legitimidad de los gobiernos y su indeclinable vocación social. Es indudable que, en las sociedades actuales, estos son los tópicos principales de la verdadera constitucionalización de los Estados.

En este sentido, el Estado constitucional recrea las categorías de sus fundamentos y a partir de ellos se visualiza como un Estado social democrático, en el que queda evidenciada la especialización de sus funciones y mecanismos para la construcción del derecho intrínsecamente válido. En este paradigma destaca inmediatamente que no basta un sistema de garantías jurisdiccionales para la tutela de los

derechos fundamentales de los individuos, basado en procedimientos que funcionan con reglas inveteradas e insuficientes; antes bien, la reconsideración de la praxis jurisdiccional retoma matices que la colocan en el discurso de los principios y valores, así como dentro de una nueva hermenéutica de plena aplicación.

En el mismo tenor, nos parece importante repensar la evolución del Estado y su teleología en el devenir histórico, para identificar qué procesos económicos y sociales han tenido una mayor trascendencia en la consolidación de los derechos fundamentales y del Estado constitucional, y qué tipo de consecuencias han derivado de ello. En este contexto, el impulso del poder, su regulación y los mecanismos para su control en beneficio de las sociedades es, a todas luces, el semillero para el adecuado desarrollo de los órganos del Estado, de las Constituciones modernas y de su defensa jurisdiccional.

En el curso de estas reflexiones, queremos referirnos a la transformación del Estado mexicano, que se ha situado en un proceso de ajuste constitucional a partir de las últimas reformas operadas en el texto de la *lex legum*. Un referente nodal en la historia reciente del constitucionalismo mexicano, es la reforma constitucional de 2011, por medio de la cual diversas disposiciones fundamentales sufrieron modificaciones de gran calado, iniciándose así una nueva etapa para la protección de los derechos humanos. En este sentido, la inclusión de nuevos términos para la identificación —alejada del léxico de un sistema de garantías de corte positivista— no sólo encarna el ajuste de los medios de control constitucional a una teorización refinada ya tratada por la academia, sino que además este cambio de paradigma se asienta en la apertura de la Constitución federal y de las Constituciones locales a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y a la construcción de nuevos mecanismos para la tutela efectiva de éstos.

Por ello, el Estado mexicano se sitúa ante un nuevo modelo que le fuerza a direccionar adecuadamente sus tareas. Por un lado, tenemos su participación como sujeto activo de una lógica de interacción globalizante; por el otro, el Estado no puede soslayar las secuelas y afectaciones de los procesos metaestatales, con la intención de aminsonar dichos resultados con nuevas formas de jurisdicción y gobernanza que permeen sus distintas esferas, a favor de la justicia social para las sociedades de este siglo.

El nuevo modelo de Estado parecería, a primera vista, una tarea para Sísifo, sólo que a diferencia de este personaje mitológico, nosotros no podemos vivir eternamente en el ensayo infructuoso. Una nueva tipología de Estado, como ésta, vislumbra una participación ac-

tiva de los operadores jurídicos y de los congresos para el impulso de la participación civil y diversas formas de protección a los derechos humanos.

De este modo, el Estado constitucional proyecta una nueva visión del futuro, en la cual se identifican prioridades pospuestas y de interés social invaluable, por medio de un nuevo diálogo multinivel en el que los Estados determinan su participación, derribando antiguos obstáculos provenientes de sistemas normativos estáticos, de nacionalismos radicales y de la irreflexión de la justiciabilidad del gran catálogo de los derechos humanos.

II. El Estado constitucional como modelo de las democracias

Podemos afirmar que la genealogía de los Estados y el desarrollo de sus sistemas jurídicos presentan una simbiosis absoluta; nada condiciona los procesos del propio derecho en términos tan amplios como la estructura del poder político que da surgimiento a los gobiernos y a las formas de organización dentro de los Estados-nación. Por ello, para hablar de Estado constitucional y democracia, es necesario comprender la transición del Estado de derecho, que tuvo una fase inicial como producto de las revoluciones burguesas en tres escenarios geográficos distintos: Francia, Norteamérica e Inglaterra (De los Santos). Es pertinente destacar que como consecuencia de estos procesos, comenzó un Estado que despuntó como liberalismo político y que pronto evolucionó en el llamado liberalismo económico.¹

Esta apertura inicial de los mercados trajo como consecuencia una diversidad aún mayor de «liberalismos» en distintos ámbitos de la vida social; es decir, se habla de un liberalismo en la forma de hacer política, de la economía, la ciencia, la filosofía e incluso de las artes; dicha libertad o volatilidad con la que se organizó el mercado y las

¹ En un inicio, el liberalismo económico pretendió la mejora y el desarrollo de las comunidades por medio del libre mercado, es decir, sin intervención del Estado, al constituirse empresas y productores autogestionados bajo un sistema de precios y un escenario de plena competencia; dicha terminología no implica necesariamente el uso «capitalista»; sin embargo, es lo que ha acontecido desde sus inicios, equiparándose libre mercado con mercado capitalista. Luego entonces, se ve reducido el beneficio y desarrollo y de igual forma se habla contemporáneamente de una doctrina económica cuyo fundamento es la propiedad privada y una serie de preceptos dentro de los cuales destacan la actuación de los agentes conforme a sus intereses privados, medidas económicas utilitarias a corto y largo plazo y la disolución de la planificación para la economía en su conjunto por parte del Estado.

ideas políticas dio pie al nacimiento de un Estado con tintes específicos: riqueza y poderío detentados en ese momento por la burguesía, pero que desencadenaron toda una revolución científica que hasta el día de hoy condiciona el pensamiento contemporáneo.

En el repaso histórico del referido *status quo*, advertimos que la avidez de este nuevo Estado lo llevó más allá de la regulación del mercado; bajo esta lógica de organización, se implementaron mecanismos de sujeción a derecho para los individuos, pero poco o casi nada se hizo para regular el ejercicio del poder. Fue mucho tiempo después cuando se construyeron los primeros límites al poder desmedido del soberano, a partir del reconocimiento de las libertades inmediatas de las personas, visibles desde la esfera de derechos humanos de primera generación y sustento del liberalismo político: el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la seguridad jurídica.²

Esta idea, en la cual la formación del Estado correspondió a la burguesía o, de igual forma, al también llamado tercer Estado, hizo hincapié en la implementación de la legislación como máxima fuente de derecho y garantía del mismo. Esta incipiente tendencia impulsó nuevas fórmulas para la creación de normas y su aplicación, así como la función policial del Estado, pero sin perder su esencia mercantilista.

Estos modos de operar del Estado —como neonata creación humana de corte político— construyeron, al mismo tiempo, el escenario para la cimentación de una dicotomía fundamental dentro de la teoría política y del derecho, que bien establece Norberto Bobbio (2012: 27); esto es, la delimitación del Estado y de la sociedad civil, de lo público y de lo privado, en donde lo primero prevalece sobre lo segundo, por medio de la participación de los individuos en aras de conformar las estructuras estatales y el interés colectivo; potestad que antes únicamente estuvo reservada para la aristocracia. Con ello, la ambigüedad existente para el Estado liberal como un término lin-

² El resurgimiento del derecho natural clásico y el desarrollo conceptual de las llamadas libertades fundamentales necesariamente implicó la existencia de las teorías contractualistas básicas. De esta forma, Hobbes y Locke ahondan en la justificación y legitimación del poder político; el primero de ellos lo hace desde la postura del absolutismo, afirmando que si bien en un inicio el contrato social para garantizar libertades públicas surge mediante la voluntad de los individuos, la detentación del poder por parte del soberano es posteriormente ilimitada. De manera análoga, Locke parte del estado de naturaleza al establecimiento del contrato social, con individuos libres y soberanos en sí mismos en todo momento; como consecuencia, su teoría incluye la resistencia al gobierno que no sea racional, la igualdad de los hombres y derechos individuales, así como la división constitucional de los poderes del Estado; ello lo lleva a ser uno de los fundadores del liberalismo político y de la teoría constitucional.

güístico de amplias connotaciones, trascendió hasta una perspectiva jurídica con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³ en 1789, en la cual se estipulan los logros de las tres revoluciones mencionadas, identificadas en la garantía de los derechos y la separación de poderes.

Más tarde, la supremacía de la ley como medio para la existencia de los derechos, implementó las bases teóricas que evolucionaron hasta las posturas más radicales del positivismo jurídico, y que simultáneamente pretendieron dotar al derecho de la cientificidad propuesta por Comte,⁴ destacando como principal impulsor a Hans Kelsen. Su sistema propuso la correspondencia del Estado de derecho con cualquier Estado en el cual existiesen estructuras normativas, sin importar sus contenidos valorativos ni la protección a la dignidad humana; así podrían ser Estados de derecho —y de hecho lo fueron— regímenes autoritarios y militares. Es oportuno señalar que en estos últimos tuvo lugar una desconfiguración de la propuesta kelseniana, que dota de supremacía absoluta a la norma fundante, pues la ley prevaleció muchas veces por encima de las Constituciones.

Un momento relevante y previo al derecho internacional de los derechos humanos de la posguerra y el renovado Estado constitucional es representado por el estallido de diversos eventos revolucionarios de mediados del siglo XX en busca de un Estado social. La revolución bolchevique de 1917, así como la Constitución mexicana de ese mismo año, son el reflejo de los anhelos de un sector vulnerado por las prácticas liberales de las economías; de la misma forma, la Constitución de Weimar de 1919 incluyó como contenidos constitucionales derechos sociales, y una situación similar aconteció con la Constitución española de 1931.

³ Según Fioravanti, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como un documento normativo dado al pueblo francés, reconoce dos elementos fundamentales de la constitucionalidad moderna, los hombres a quienes les ha sido dirigido el documento normativo, y la esencia de «ley» que posee ésta; así se entiende que no existe la sumisión de los hombres a otra cosa distinta que no sea la ley, que a su vez es el límite real y fáctico a las facultades del monarca (2005: 28).

⁴ La innovación teórica que representó la Teoría Pura del Derecho de Kelsen queda manifiesta al interpretar el derecho como un conjunto de conocimientos científicos desde la perspectiva del propio positivismo científico de Comte; la pureza de su teoría consiste en despojar al derecho de cualquier elemento de carácter moral o trascendental y que no pueda ser apreciable o verificable en la realidad. Con ello desarrolla una metodología para el derecho que pretende hacerlo participe del desarrollo incipiente de las ciencias sociales en un mundo científico que antes se encontraba negado (Kelsen, 2005).

Más adelante, la mecanización del Estado legalista de derecho y su funcionalidad como justificación al atentado del Estado en contra de sus poblaciones civiles hizo olvidar, en pleno siglo XX, el valor intrínseco de la persona humana y su dignidad. Fue necesario el genocidio y los crímenes de lesa humanidad para dar comienzo al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la labor de los Estados para especializar los contenidos de sus Constituciones.⁵

Con el paso del tiempo y frente a las inquietudes de los derechos sociales de los trabajadores, el modelo positivista comenzó a presentar fallas relevantes; entonces imperó la voluntad del legislador al dar configuración a los derechos de manera descontrolada; asimismo, colapsaron los regímenes nazista y fascista y lo que en un principio tuvo como modelo a seguir cánones axiológicos, posteriormente se convirtió en un estallido normativo, en donde la producción de la ley pretendía cada vez más regular situaciones particulares y de intereses privados, perdiéndose con ello las características elementales de la norma jurídica que nacían con el Estado de derecho.

En el marco del agonizante siglo XX y con el fin de las dictaduras en Europa, se dio paso a una nueva recategorización de las Constituciones y de la función de la democracia,⁶ ya no sólo desde el discurso de la representación de las mayorías —bajo el cual el Estado legalista había prohijado indiscutibles injusticias—, sino también a partir de la codificación de las normas fundamentales en textos pro-

⁵ Es importante destacar que previo al surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, así como del derecho internacional de los derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, desde mediados del siglo XIX, producto de la industrialización de las economías y las condiciones que guardaba la clase trabajadora, sale a relucir la cuestión social y, a través de una serie de resistencias, se logra la incorporación de derechos sociales y laborales en distintas Constituciones (ver Constitución de Weimar). De manera simultánea, surgen nuevas posturas que cuestionan el positivismo kelseniano imperante en la época, corrientes que apelan por un derecho mutable y acorde a las transformaciones sociales, como el Realismo Jurídico y la Escuela Libre del Derecho. La culminación de la constitucionalización de derechos sociales en este momento histórico revela por primera vez la norma fundamental no sólo como un cuerpo normativo de índole programático para el Estado y ajena a las poblaciones, sino como la primera conexión entre Constitución y un grupo social vulnerable.

⁶ La Constitución de Weimar de 1919 se configura como el principal antecedente para la transformación de las constituciones actuales; en ella se insertaron disposiciones programáticas para la organización de los poderes del Estado, así como una serie de derechos subjetivos. De igual forma se incluyó una serie de pautas valorativas que tenían como intención organizar la vida social conforme a la justicia social y a la posibilidad de contar con instrumentos que logran la tutela de los derechos fundamentales concebidos hasta ese momento.

gramáticos, que develaron una ignota naturaleza material capaz de someter la voluntad de los poderes del Estado por medio de una racionalidad política y, a la vez, mediante la instauración del Tribunal Constitucional (Mezzetti, 2009: 281-300) como guardián de la propia Constitución y de sus *contenidos*.

Desde entonces, se entiende que la democracia es piso firme para la existencia de los Estados constitucionales. La nueva concentración del constitucionalismo de finales del siglo XX no pretendió otra cosa que la participación civil en los asuntos del Estado y, de igual forma, la interpretación axiológica de las categorías de los derechos humanos para su plena vigencia en las sociedades; así fue como América Latina incursionó —al igual que Europa— en el intento de recoger el Estado social y democrático en sus textos fundamentales.⁷

En esta etapa —identificada como el constitucionalismo de la posguerra—, irrumpió de forma contundente la aspiración por la igualdad social; por ello, de manera asociante, el Estado constitucional funciona por medio de un sistema democrático. Al respecto, Diego Valadés (2008: 1259-1287) ha establecido cinco funciones del constitucionalismo en favor de la democracia: legitimidad institucional, control político, estabilidad social, regulación económica y mediación jurídica y garantía, mismas que a continuación explicamos de manera sucinta.

Para el primero de estos aspectos teóricos, podemos hablar de los procesos electorales que legitiman el actuar del poder político como manifestación de la democracia; sin embargo, como bien lo establece el autor citado, la presencia de órganos electorales de ninguna manera garantiza la legitimidad de quienes acceden a los cargos públicos. Por esta razón, dentro del sistema será necesaria la existencia de controles políticos y jurisdiccionales, además de comprender formas alternas que vinculen a la sociedad con el ejercicio real del poder.

Por lo que respecta al control político que emerge desde la teoría de los frenos y contrapesos de Montesquieu, las democracias modernas deben garantizar la funcionalidad de los poderes del Estado sin intromisiones de interés distintos; circunstancia que se complica sobre todo en la región latinoamericana que carga con el lastre de gobiernos autoritarios y en un escenario difícil donde predomina el modelo de economía neoliberal.

La tercera función referida a la estabilidad social, se pondera como uno de los máximos logros del Estado constitucional, pues la

⁷ Las Constituciones de Colombia, Paraguay, Brasil y Perú son algunos ejemplos al devenir el derrocamiento de la mayoría de las dictaduras militares en América Latina.

garantía de estándares de calidad de vida digna parece ser el motor de expansión de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de las Constituciones (Bovero, 2008). Pero ¿ello ha funcionado para las sociedades actuales? Todo parece indicar que no sólo la especialización de los textos constitucionales y la funcionalidad del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución pueden garantizar la dignidad de la existencia humana; por ello, el Estado constitucional, «constitucionalizado» en todas sus esferas, tiene como cometido sortear los obstáculos para reinventar las medidas necesarias que materialicen una verdadera democracia.

Ahora bien, en relación directa con la estabilidad social, se encuentra la regulación económica, que paradójicamente es una de las limitantes principales dentro de las economías neoliberales. Las recientes crisis en Norteamérica y su impacto en Europa han decantado en una participación más activa del Estado con el objetivo de preservar agentes económicos relevantes; incluso si volvemos la mirada hasta la Gran Depresión de 1929, podemos recuperar la idea centrada en la posibilidad de una economía planificada por el Estado y el sector privado; pero resulta evidente que los intereses de unos cuantos impiden una proyección humanitaria del mercado.

Así, la estabilidad social y la regulación económica parecieran ser aspectos vitales para la consolidación de regímenes democráticos contemporáneos,⁸ pero la mediación y la seguridad jurídica se configuran como sustento del Estado constitucional actual, al fungir los tribunales constitucionales como verdaderos garantes de los derechos establecidos constitucionalmente. Pero lo que vale la pena destacar es la transformación de dicha función: hoy en día los operadores jurídicos tienen la capacidad de crear y transformar el derecho (Zagrebel'sky, 2004) para adecuarlo a las necesidades de las sociedades actuales; ésta es la invención de los sistemas jurídicos modernos capaces de vislumbrar amenazas a la estabilidad social provenientes de distintos ámbitos, no sólo del estatal. En este punto arribamos a la in-

⁸ Los elementos descritos por Valadés como parte del funcionamiento de un sistema democrático pueden advertirse incluso dentro del Estado mexicano. Las políticas de corte social y las medidas de privatización podrían ser un ejemplo de la aplicabilidad de dichos constructos teóricos; sin embargo, de igual forma menciona que es imprescindible no dejar de lado elementos o conductas desplegadas por agentes terceros y ajenos a la lógica constitucional. Es en este punto donde se tocan los compromisos del Estado democrático y constitucional para la posteridad y que van más allá de la reconfiguración de la jurisdicción constitucional; dichos tópicos tienen que ver con una estratificación rampante de la sociedad y se relacionan con los intereses lucrativos de particulares sobre el Estado.

discutible relevancia de la función jurisdiccional para la consolidación de la democracia en México y América Latina, donde los dos grandes sistemas de justicia constitucional existentes dejan ver atribuciones para los jueces que, antes de la polémica suscitada por la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*, parecían impensables.

Por eso el papel del juez como legislador en sentido negativo (García de Enterría, 1988: 57), que describió Kelsen, quedó rebasado al tener una participación activa en la racionalización del poder del Estado y la creación de la ley. De tal guisa, dos principios de la teoría política clásica fueron modificados, a saber: la separación de poderes de Montesquieu, que describe el papel de la jurisdicción como voz de la ley creada por el Legislativo, y la creación de la voluntad general de Rousseau, que se manifiesta igualmente en la ley. Pero ¿qué o quiénes garantizan que la ley no sólo tenga validez formal, sino también material? Es decir, que su contenido no contradiga los valores tutelados por el texto fundamental de un Estado. Ésta es precisamente la labor del Tribunal Constitucional en la consolidación de las democracias.

Este nuevo papel del juez constitucional trajo como consecuencia el cuestionamiento de la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, ello en función de la trascendencia política que llegan a tener sus decisiones al contradecir a los órganos legislativos. No hay que olvidar que el desarrollo del Estado constitucional actual fue precisamente una respuesta al imperio del parlamento y de los órganos legislativos que habían logrado el vaciamiento de las normas fundamentales y la sobreexplotación de cuerpos normativos secundarios.

El anterior argumento «politicista», en palabras de Ferrajoli, suele ser una de las objeciones teóricas más importantes que se tienen respecto del constitucionalismo moderno; por su parte, el argumento contramayoritario, que sostiene la disolución del gobierno democrático en manos de un puñado de jueces «especiales», impide desde esta perspectiva el desarrollo de formas de organización democrática que culminen en la labor de la representación por parte del legislador; asimismo, la inclusión de contenidos morales en las Constituciones y el alto nivel de abstracción que pueden ser aplicados para su interpretación suponen una suerte de nuevos jueces extralimitados que no sólo realizan su actividad como legisladores en sentido negativo, de forma potencializada, sino que incluso se manifiestan como una especie de colegislador en detrimento de la voluntad general.⁹

⁹ El constitucionalismo popular, propuesto por Waldron desde la perspectiva política democrática estadounidense, ofrece una visión a partir de las antípodas del constitucionalismo moderno, mediante el cuestionamiento al poder de la judicatura y sus

Lo anterior parece tener más de una posible defensa. Por una parte, la pluralidad de manifestaciones del propio Estado constitucional, no sólo de corte iusnaturalista o principalista, y, por otra, el positivismo renovado que converge con la moral, como en el caso del positivismo incluyente de Dworkin o el sistema jurisdiccional propio del garantismo de Ferrajoli, que se esfuerzan por mantener a flote el sistema normativo, pero admitiendo facultades hermenéuticas del juzgador; adicionalmente, los distintos cánones de interpretación constitucional vigentes hoy en día se configuran como un auténtico límite a la excesiva discrecionalidad judicial.

Así, la perspectiva de la justicia constitucional y su funcionalidad queda supeditada no al gobierno de los jueces (Lambert, 2010), sino al servicio de la resolución de controversias o conflictos constitucionales en tres dimensiones distintas posibles (Rivera Santivañez, 2008): la normativa, cuando se produce la incompatibilidad de leyes ordinarias con la Constitución; la tutelar, en la que el poder público por acción u omisión vulnera derechos fundamentales, y la del ejercicio del poder político, cuando se transgrede la separación de funciones o se desconocen los intereses de las minorías por medio de las decisiones de las mayorías representadas. Estas posibilidades de actuación son la relevancia misma de la justicia constitucional, la relevancia del propio derecho, de la democracia y del Estado constitucional.

III. Principios y valores como fundamentos del Estado constitucional

Se han mencionado, en párrafos precedentes, una serie de transformaciones dentro de los sistemas jurídicos y sus manifestaciones constitucionales en los Estados democráticos, resaltando que la validez de las normas fundamentales se agota en su contenido material —relativo a la protección a los derechos fundamentales— y su mera positividad pasa a un segundo plano.

El reconocimiento de principios y valores dentro de las Constituciones implica un cuestionamiento hacia la propia cientificidad del

facultades de decisión respecto de la justicia, los derechos fundamentales, así como qué instituciones y procedimientos son los idóneos para su tutela efectiva, lo que trae como consecuencia inconsistencias sociales importantes. El constitucionalismo popular reclama la participación de los órganos políticos como verdaderos garantes de la democracia, así como el desarrollo de los derechos por medio de sus procedimientos, dejando de lado la actividad judicial, al presentarla como ilegítima, ya que no representa los intereses de las comunidades de forma íntegra (Waldron, 2005).

derecho y hasta qué punto pueden o no ser objetivos los preceptos morales que se integran en la construcción del discurso normativo como un discurso ético.¹⁰ Lo anterior no ha impedido el desarrollo de un nuevo constitucionalismo, de un neoconstitucionalismo, en el cual se conserva el dinamismo kelseniano de la norma jurídica, pero de igual forma se mantiene un núcleo duro permanente e intangible correspondiente a los derechos humanos.

En esta tesitura, la estructura de los derechos humanos en las Constituciones se impone como principios y no como reglas (Prieto Sanchís, 2013: 37); es decir, se trata de incondicionales categóricos y no de normas hipotéticas (Prieto Sanchís, 2013: 38) como las que emplea el juzgador con la metodología de la subsunción. En el constitucionalismo principalista o neoconstitucionalismo, los derechos humanos poseen características distintas a las que determina su paradigma análogo, el garantismo;¹¹ así, para el constitucionalismo de los valores, estas categorías provienen de la supremacía de la norma fundamental y su poder vinculante a todo el sistema jurídico, es decir, están contenidas en la capacidad de las Constituciones para determinar de forma específica qué pueden o no hacer los poderes del Estado de forma legítima, respetando el pacto original y lo que determina el poder constituyente como manifestación soberana de un pueblo.

Con ello, justicia y Constitución se tornan un binomio indisoluble de manera antagónica al viejo paradigma ley-derecho, y se revaloriza cuál ha sido la función de los sistemas normativos y en qué me-

¹⁰ El ejercicio del control de la constitucionalidad trae como consecuencia no sólo la dificultad de identificar objetivamente el derecho como una disciplina científica, también se incluyen los conflictos entre los propios principios constitucionales, lo que hace relucir tópicos propios de la moral y la ética, que ni el positivismo más excluyente puede ignorar. Por esta razón, durante las últimas décadas, dentro del positivismo han surgido posturas que sugieren la existencia de un «positivismo suave», en el cual sea identificable el origen de una norma jurídica como parte de un sistema jurídico, pero que, en caso de ser necesario, la misma puede sufrir adecuaciones acordes a la moralidad, que puede o no estar presente en una norma o convención de reconocimiento, situación que acontece en las democracias constitucionales actuales. Dicha regla de reconocimiento y posibilidad de conexión entre el derecho y la moral es desarrollada por Hart y Coleman, entre otros (Tamayo, 2012).

¹¹ El modelo garantista se entiende como una reestructuración teórica respecto a la aplicación del derecho y la concepción de la democracia. El Estado vive una fuerte crisis democrática y, por lo tanto, de legalidad. El sistema garantista pretende abatir la existencia de múltiples fuentes normativas, la violación sistemática de las reglas, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre que ocasiona la incoherencia del sistema jurídico; por ello el garantismo abarca tres planos, a saber: como modelo normativo del derecho, como teoría del derecho y crítica del derecho y como filosofía político jurídica (Aguilera Portales, 2011: 17).

didá contempla la inclusión de preceptos materiales; igualmente, se cuestiona la actividad judicial y sus metodologías y —teniendo en cuenta la supremacía de la norma fundamental—, también se analiza la validez de las normas jurídicas desde la fuerza de sus contenidos morales, es decir, desde la justicia que pretenden realizar.

De este modo, la posibilidad de que las categorías axiológicas que constituyen los derechos humanos puedan ser aplicadas de manera directa pone de relieve un nuevo tipo de constitucionalismo, aunado a la existencia del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución. En este nuevo escenario, la plena aplicabilidad de los derechos humanos por cualquier operador jurídico rompe con el antiguo régimen en el cual los derechos fundamentales deben ser interpretados primero por el Poder Legislativo, que tiene la facultad de plasmarlos en la norma jurídica, y, posteriormente, por un tribunal especializado.¹²

En consecuencia, en el Estado constitucional resulta fundamental el tratamiento que la propia Constitución da al núcleo duro de los derechos fundamentales. A partir de esta afirmación, se entiende que ciertas normas fundamentales deben ser rígidas y que debe existir una serie de mandatos capaces de propiciar la imposibilidad de su modificación,¹³ a fin de garantizar el Estado como un verdadero Estado de derecho y la propia democracia.¹⁴ Luego entonces, la democratización del sistema genera, *per se*, la aplicación de un control

¹² Lo anterior denota los difuminados límites existentes entre el sistema concentrado de justicia constitucional y el de carácter difuso. La necesidad de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, como lo menciona Guastini, efectivamente apela a las bondades de un sistema de carácter híbrido, en el cual la tutela de los derechos fundamentales y, por ende, de la propia Constitución, esté al alcance de los jueces ordinarios sin perjuicio de las funciones del Tribunal Constitucional (Guastini, 2003).

¹³ Una de las características de las Constituciones propias de los Estados constitucionales modernos es precisamente la existencia de un catálogo amplio de derechos fundamentales cifrado a modo de principios y, a su vez, la existencia de cláusulas de intangibilidad incluso como la mismísima identidad del verdadero Estado constitucional, siguiendo teóricamente a Guastini en la rigidez de las Constituciones como elemento de constitucionalización de los ordenamientos. Destacan su presencia escrita y no escrita y su realización por medio de una interpretación material, sus contenidos teniendo como premisa fundamental la dignidad humana. Su presencia en las Constituciones demuestra el grado de avance de las formas democráticas, de allí, la prohibición para el Poder Legislativo de hacer modificaciones en dichas materias (Häberle, 2001).

¹⁴ Bobbio refiere las seis reglas del juego democrático, que no son más que las condiciones para que impere un sistema político democrático; la última de estas reglas establece: «ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos

difuso de la constitucionalidad que permite garantizar la prevalencia de estos contenidos por cualquier juez.

En este momento, la Constitución deja de ser un reflejo de los arreglos del sistema político, codificado en una especie de abstracción ininteligible incluso para los operadores jurídicos y en especial los ordinarios; ahora se transforma en directriz axiológica que irradia a todo el sistema jurídico, a todos los ejecutores de dicho sistema y más aun a todos los individuos que forman parte del Estado en calidad de ciudadanos. Como consecuencia de esto, la ley, como fuente primigenia del derecho, sufre una transformación importante, pues como se ha mencionado en párrafos anteriores, una parte del paradigma constitucional consiste en que la ley fundamental pasa a ser eje de todo el sistema jurídico; con ello, cuando el operador jurídico tiene la obligación de aplicar la ley, indiscutiblemente también estará aplicando la Constitución.

Ahora bien, la apertura de la Constitución a múltiples aplicaciones e interpretaciones proyecta distintas realidades constitucionales dentro de las cuales se pretende (con intención de optimizar mandatos) crear distintas dimensiones para la protección y progresión de los derechos fundamentales; así, el discurso constitucional, por llamarlo de algún modo, rebasa sus propias fronteras y reelabora la teoría del derecho y sus fuentes.¹⁵ Dicho pluralismo de las fuentes de los derechos humanos añade una característica especial para el constitucionalismo; es decir, una especie de caos presente, derivado de la ausencia del coherentismo¹⁶ del imperio de la norma jurídica. Si con un sistema de

de la minoría, particularmente el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones» (Bovero, 2008: 220).

¹⁵ Al respecto, una postura interesante es la de Antonio Enrique Pérez Luño, quien traslapa directrices de la filosofía deconstructiva de Derrida a las formas de deconstrucción de la ley en el derecho constitucional de la posmodernidad. De igual manera, como sucede en la multiplicidad de las formas de interpretación de los textos desde la perspectiva de la deconstrucción, en el derecho constitucional sucede lo mismo, la temporalidad de los sujetos que interpretan y construyen el derecho por medio de categorías filosóficas impacta en la desconfiguración de la ley, y la claridad de los significantes y significados con los que operaba esta última como garantía de seguridad jurídica hoy es suplantada por el caos de la interpretación en búsqueda de la justicia social (Pérez Luño, 2013).

¹⁶ Dicha expresión es tomada de Luis Prieto Sanchis en *El Constitucionalismo de los derechos*; en esta obra, el autor describe cinco elementos del antiguo Estado de derecho, los cuales son: legalismo, coherentismo, reglas, subsunción y discrecionalidad. Estas características pasan a tener una suerte de conceptos enfrentados para responder a la realidad de los nuevos Estados constitucionales: constitucionalismo en lugar de legalismo, conflictivismo en lugar de coherentismo, principios en lugar de reglas, ponderación por subsunción y argumentación antes de la discrecionalidad

aplicación de normas jurídicas existen distintos tipos de interpretación —declarativa, extensiva, restrictiva e incluso histórica— (Guastini, 2006: 25-50), que propician una coherencia entre las normas del sistema, resulta evidente que su funcionalidad es nula dentro de la praxis de la justicia constitucional, y ello prevé variados orígenes para cauces constitucionales diferentes a los iniciales.

No sobra decir que la trascendencia del constitucionalismo moderno está marcada por la confrontación entre reglas y principios.¹⁷ Así, en una primera instancia, la interpretación de la Constitución como la ley fundamental de un Estado, es la interpretación de un cuerpo normativo (Comanducci, 2009) que, debido a las peculiaridades de su naturaleza y a la incorporación de contenidos morales en su integración, necesariamente requiere de una metodología distinta. Esto se entiende como una consecuencia inmediata del carácter vinculante de las Constituciones contemporáneas en todos los aspectos de la vida social y política en un Estado. Los términos generalísimos en los cuales están expresadas las categorías axiológicas que competen a los derechos fundamentales hacen que la justicia constitucional sea imposible por medio de la interpretación literal y la subsunción. Esto inexorablemente implica que dichas categorías sean proyectadas *in extenso* de manera constante, colmando las situaciones que no fueron imaginadas por el constituyente originario; esto es lo que se entiende como la sobreinterpretación de la Constitución (Guastini, 2006: 158).

En lo tocante a esta cuestión, decimos que la sobreinterpretación de la Constitución, es la extracción de los contenidos normativos que no se encuentran expresos dentro de la misma, para así ampliar sus significados, a fin de dar solución a casos concretos que no se encontraban previstos. La existencia de principios dentro de las Constituciones, y su sobreinterpretación, sólo es el inicio de una problemática aún mayor dentro de la praxis constitucional, por ejemplo, la fluctuación entre principios constitucionales con el carácter de «derrotables» sin orden jerarquizado. Todo este entramado teórico nos permite señalar que la falta de legitimación democrática patente en los órganos políticos dentro del Estado queda subsanada, en el caso de la judicatura, por

¹⁷ Según Prieto Sanchís, las reglas provenientes de las formas positivas del derecho actúan como supuestos hipotéticos que se concretan mediante su realización en la realidad, lo que trae aparejada una consecuencia jurídica; así, su aplicación se encuentra constreñida a su adecuación al hecho concreto. De manera distinta, los principios manifiestan dos facetas, por una parte no describen concretamente en qué casos pueden o deben ser usados, y de igual forma se entienden como pautas de comportamiento, pero sin hablar de intensidades o resultados a obtener; por esta razón, la subsunción en estos últimos resulta imposible.

medio del modelo de juez con un alto arsenal argumentativo para aplicar la justicia constitucional y materializar y positivizar los valores fundamentales del orden de la vida en común (Cruz, 2006: 32).

Por eso la Constitución incorpora directrices axiológicas que deben ser acatadas por todo el sistema normativo; de esta forma, la ley no tendrá validez sólo por ser promulgada bajo los criterios formales establecidos; por el contrario, tendrá que contar con una validez material que la haga receptáculo de la propia dignidad de los individuos en tanto valor máximo de las democracias constitucionales actuales.

Ahora bien, este sistema de valores y de decisiones fundamentales en la Constitución tiene su fundamento en la búsqueda de la dignidad humana; por eso, los espacios de intervención del mismo son múltiples, su escenario principal será la aplicación del derecho para condicionar, asimismo, la actuación de los demás poderes del Estado y de los particulares.

En esta aspiración, la consideración de los derechos fundamentales para el Estado constitucional, su tendencia axiológica para la protección de la dignidad humana y la sobreinterpretación constitucional hacen necesario un tratamiento distinto de la norma fundamental, atendiendo a las particularidades antes mencionadas y debido al carácter abierto de sus contenidos, a la coalescencia hacia el poder legislativo y la constelación de valores intrínsecos que despliega (Díaz Revorio, 2009: 7).

Por ello, la interpretación constitucional requiere hacer extensivos los términos en que ha sido expresada la norma fundamental, pues el derecho constitucional es fuente creadora de nuevo derecho. En este contexto, las normas relativas a la protección de los derechos humanos y a su interpretación tenderán de manera constante a entrar en conflicto entre sí; y para salvar estas colisiones inevitables, será necesario ponderar y definir cuál tendrá mayor peso en determinada situación.

En lo que se refiere a esta temática, y siguiendo a Robert Alexy, diremos que la ponderación se configura como el método idóneo para la aplicación de los principios que integran la norma constitucional; este ejercicio racional consiste en enfrentar los principios que se oponen inicialmente de manera conflictiva y que presumiblemente, a la par, son adecuados para dar solución al hecho fáctico lesivo de derechos fundamentales. *Grosso modo*, la ponderación tiene como objetivo establecer una relación de precedencia entre los principios aplicables, como una especie de jerarquización que revele en un momento determinado cuál pudiese contar con un mayor peso o relevancia para dar solución al conflicto, sin olvidar la concepción de dichos principios como mandatos de optimización en todo momento.

Alexy establece, según su ley de la ponderación, que «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Bernal Pulido, 1998: 5). De lo anterior se deriva la necesidad de determinar cuál sería el grado de afectación de los dos principios en conflicto¹⁸ en un primer término, para posteriormente identificar la variable de peso (Bernal Pulido, 1998: 6) entre los mismos. Dicha variable de peso deberá corresponder a la relación de precedencia que ya se ha mencionado y estar en concordancia con los sistemas de valores y la jerarquización que establecen las sociedades respecto de los mismos. Una última apreciación consiste en discurrir respecto a «las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto» (Bernal Pulido, 1998: 8).

Ahora bien, la interacción entre estos elementos y su resultado puede ser inferida por vía de la aplicación de la llamada «fórmula del peso» (Alexy, 2008), para dar paso a la racionalidad de la argumentación en caso de resultar —por decirlo de alguna forma— un empate en los resultados. Esta racionalidad aún no queda establecida en términos claros y parece ser la última opción cuando la aritmética resulta insuficiente, y consiste en un arsenal argumentativo desarrollado por el operador jurídico, donde se expondrá cuál de los dos principios debe prevalecer en armonía con la realidad que se vive.¹⁹

Una variante más de la interpretación constitucional es aquella que se relaciona directamente con los jueces ordinarios y la aplicación de normas *infraconstitucionales*, que se refiere a la aplicación conforme. A diferencia de la metodología propuesta por la ponderación de Alexy, en la interpretación conforme se trata directamente con la disposición normativa, que en primer término indica la inconstitucionalidad; ello, al ser incompatibles sus contenidos con lo que dispone la Constitución.

La relevancia de todo este andamiaje teórico nos permite señalar que la reforma constitucional de 2011 en México introdujo, dentro del texto constitucional, la interpretación conforme como obligación

¹⁸ En la ley de la ponderación de Robert Alexy, la escala para determinar el grado de afectación establece tres intensidades distintas: leve, moderada e intensa.

¹⁹ Para ejemplificar la subjetividad de las cargas de la argumentación, Bernal Pulido destaca el discurso de Alexy, quien en sus inicios se inclinó a favor del principio de libertad por encima del de igualdad, aunque en obras posteriores se definió por principios de carácter democrático. Con ello Bernal Pulido explica las posibilidades de tutela para un principio u otro dependiendo del contexto de la aplicación (Bernal Pulido, 1998: 12).

para todos los operadores jurídicos sin distinción.²⁰ Dicha técnica de interpretación representa una postura antiformalista, la cual realiza una actividad cognoscitiva en busca del significado de las normas, desde una perspectiva general, por medio del sistema jurídico, y de forma particular, al tratar de desentrañar el sentido de las normas de dicho sistema.²¹ Así pues, la interpretación conforme, como técnica, busca adecuar los contenidos de las normas infraconstitucionales a fin de armonizarlos con las disposiciones de la ley fundamental; la consecuencia última de dicha operación de interpretación será declarar la invalidez de dicha norma y su inaplicación.

Este control de constitucionalidad ejercido por jueces ordinarios encara el principio de supremacía constitucional, mediante el cual la validez de las normas se relaciona directamente con su ajuste a los contenidos de la ley fundamental, aunque en ello no se agote la problemática de la interpretación. Habrá que recordar que, de igual forma, dicha conformidad también debe existir con respecto a los tratados internacionales acerca de la materia.

IV. El Estado constitucional en el contexto de la globalización

En el desarrollo epistemológico que hasta aquí llevamos, una consecuencia lógica es que las formas democráticas y la rematerialización de los contenidos de las Constituciones traen como consecuencia inmediata la apertura de los sistemas jurídicos nacionales hacia el derecho internacional de los derechos humanos. La creación de los

²⁰ Art. 1 constitucional: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

²¹ Estas perspectivas se relacionan con la distinción entre disposición y norma. Se entiende que las disposiciones son todos los enunciados que provienen de una fuente del derecho (p. ej., la Constitución), y la norma será el significado de dichas disposiciones, ello implica que no pueda existir una sola correspondencia entre la disposición y la norma; es decir, una disposición puede tener múltiples normas que interpreten su significado y con ello complicar para el intérprete la decisión de la idoneidad de la norma a aplicar. Éste es el escenario de la aplicación conforme, es decir, prevalecerá una de las normas posibles que tenga mayor posibilidad de extender su significado para adecuarse a los contenidos de la Constitución, so pena de ser declarada inconstitucional y por consecuencia desaplicada. En este sentido, el autor identifica la relevancia de la tipología de la relación entre disposición y norma, así como el impacto que pueden tener las antinomias en la interpretación conforme y la negación teórica de su existencia desde el paradigma kelseniano de la teoría pura del derecho (Ortega García, 2015: 46-50).

distintos tipos de sistemas regionales para la protección de los derechos humanos tiene como finalidad la interacción con el derecho doméstico en busca de una tutela de mayor eficacia, así como la búsqueda de estándares mínimos que legitimen la operatividad de los Estados y la existencia de una garantía de paz. Así, el sistema interamericano de protección a los derechos fundamentales, marca las pautas para la protección a los derechos fundamentales en la región con planeación cooperativa entre los Estados que forman parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que a su vez ratificaron y aceptaron, como Estados soberanos, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²²

Derivado de este sistema regional, el Estado mexicano se enfrenta a una nueva figura para la protección de derechos fundamentales, que es el control de convencionalidad. La obligación establecida constitucionalmente para los operadores jurídicos en materia de interpretación descrita con anterioridad conduce a una nueva tipología de juez, capaz de aplicar las disposiciones de la Convención y de los tratados internacionales en la materia. Al respecto, García Ramírez define el control de convencionalidad, ya sea interno o externo como: «El que recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas, bajo el imperio del derecho internacional de los derechos humanos, y resolver la contienda a través de una sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso corresponda» (García Ramírez, 2012: 271).

En concordancia con lo anterior, podemos hablar de un control de convencionalidad con una doble perspectiva; en primer lugar, un control ejercido desde el derecho doméstico y su aplicación en aras de adecuarse a dicha convencionalidad; después, un control externo ejercido directamente por la Corte Interamericana. La primera situa-

²² El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra conformado en primer término por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establecida en 1959 de manera simultánea con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la parte secundaria de este sistema. El sistema interamericano se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Carta de la OEA y la Convención Americana de Derechos Humanos y tiene como finalidad promover la observancia y defensa de los derechos humanos desde la articulación de los derechos fundamentales que hace la Comisión y el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Hasta hoy 25 países han ratificado la convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

ción es visible en el texto constitucional que así lo mandata al Poder judicial y a cualquier autoridad que esté en posibilidad de tutelar derechos humanos. Por lo que hace al control de convencionalidad, su finalidad es equiparable al control interno de la Constitución, haciéndolo incluso parecer un control constitucional en sede externa perfeccionado; por ello, el ejercicio de dicho control, a su vez, funge como directriz para la especialización del derecho interno, a fin de armonizar las concepciones en materia de derechos fundamentales en la región, así como la de potencializar una protección multinivel.

Esta participación de los Estados en la consolidación de un sistema regional nos lleva a establecer no sólo la participación y actividad constante de los poderes judiciales de los Estados; este control implica necesariamente la participación política de los estados miembros por medio de su voluntad soberana y una cosmovisión compartida.

El control de convencionalidad tiene múltiples manifestaciones además de la emisión de sentencias declarativas,²³ fortalece la construcción del derecho doméstico y del diálogo jurisprudencial proveniente de la Corte y de los Estados, pues constantemente surgen nuevos tipos de estudio en los que la retroalimentación de sus integrantes resulta esencial y donde la subsidiariedad y complementariedad quedan derribadas por la idea de interacción entre ambos sistemas (Nash, 2013: 72).

Esta interacción de índole política entre los Estados conduce a la teoría constitucional a nuevos derroteros y lugares desconocidos que impactan en temas de la teoría del Estado y su consideración como ente soberano. La relación entre la constitucionalización y la globalización de los ordenamientos y de las sociedades parece golpear los paradigmas de la ciencia jurídica de forma inusitada.

Los actores sociales que hoy en día se desenvuelven dentro de los Estados son totalmente distintos a los que existían apenas hace unas décadas; por ello, los miembros de las sociedades actuales se enfrentan ya no sólo a los cauces y formas jurídicas de sus naciones, sino además tienen la necesidad de adecuarse a formas impuestas por sujetos inter y transnacionales, para ser o parecer elementos funcionales, sobre todo de las economías mundializadas; esto necesariamente —en el discurso del derecho a la dignidad y de la propia dignidad humana— tiene que ser revalorado y adecuado para dar respuesta a las necesidades de desarrollo humano de la actualidad.

²³ Respecto al efecto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Estados parte de la Convención (Herrería Cuevas, 2011).

Una de las líneas fundamentales para el derecho constitucional, y que se conforma como un nuevo arquetipo de la ciencia del derecho, queda manifiesta en un modelo de interpretación que revela conexiones entre la moral y el derecho, además en el seguimiento de principios en la labor jurisdiccional (como el principio *pro persona* y el de dignidad humana) y, por último, en la existencia del control de convencionalidad.²⁴ Todo ello nos lleva a comprender que las nuevas trayectorias del constitucionalismo hablan de una disolución de lo estatal y un proceso de subordinación a los organismos internacionales.

Ahora bien, la justicia constitucional, como el principal medio de control del poder, debe percatarse de que el Estado no es el único detentador de esta invisible capacidad de dominio. Los múltiples sectores privados de la actualidad son poseedores de igual forma de un poder con distintas manifestaciones; de este modo, igualmente son capaces de violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, es prioritario vislumbrar que los peligros que enfrentan los derechos humanos y el desarrollo provienen de múltiples amenazas; esto es de distintas fuentes de poder, tanto público como privado. En consonancia con esto, la globalización, que también está presente en los ordenamientos jurídicos, propicia que los organismos internacionales y su producción en materia de derechos humanos genere lo que para algunos son consecuencias *non gratas*, sobre todo al tiempo de hablar de soberanía y de la transgresión que en algunos casos sufren materias vinculadas a los derechos humanos, como los procesos políticos, la toma de decisiones, la funcionalidad del poder judicial, por sólo citar algunas.

Lo anterior parece definir un tipo de control supranacional que, mediante su expansión, limita y suprime la libertad de decisión por parte de los Estados nacionales (y por lo tanto su soberanía). Ésta parece ser la postura más radical respecto a la recepción del derecho internacional por parte de los Estados y se ve reflejada en la medida

²⁴ Es importante mencionar que para las divergencias suscitadas por la interpretación del artículo 1.º constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha inclinado en el desarrollo de jurisprudencia por el llamado «Bloque de constitucionalidad». En términos generales se puede entender como una especie de parámetro, en el cual se reconoce rango constitucional a materias preestablecidas, ello con la finalidad de ser interpretadas sistemáticamente con el texto constitucional. Lo anterior ha sido una posibilidad para conciliar la problemática de la jerarquía que supone deben ocupar los tratados internacionales frente a la Constitución, así como la salvaguarda del principio de supremacía constitucional. Así, aquellos instrumentos de carácter internacional que tutelen derechos fundamentales podrán ser considerados una extensión del contenido del texto fundamental y ser aplicados e interpretados al igual que éste. Al respecto, ver Gómez Fernández (2006: 61-98).

con la que los textos constitucionales se refieren a dichos instrumentos, así como el desfase entre los acuerdos internacionales y la implementación de los mecanismos o medidas para cristalizar a éstos al interior (Serna de la Garza, 2012: 98).

Por otra parte, parece triunfar una especie de constitucionalismo internacional, que identifica ordenamientos de organismos internacionales como Constituciones y a su vez trata de crear un tipo de «constitucionalismo global» con «constituciones para la humanidad» (Serna de la Garza, 2012: 99); un claro ejemplo de ello es el proceso de constitucionalización sufrido por la Unión Europea, y parafraseando a Anne Peters, citada por Serna de la Garza (2012: 103), la búsqueda de la realización de temas de interés público para los Estados relativos al desarrollo humano (seguridad humana, igualdad, etcétera), así como las consecuencias de la propia globalización, están llevando a que estos tópicos sean tratados por entes internacionales y muchas veces de carácter privado. Así, la gobernanza e incluso la gobernanza global que se pretende hoy en día, no puede ser procurada por el constitucionalismo local; la compensación de sus contenidos debe ser buscada en el ámbito internacional y en la política armónica de los Estados.

Esta búsqueda del constitucionalismo más allá de las fronteras nacionales hace de nuevo presente el conflictualismo descrito por Prieto Sanchís en *La justicia constitucional y derechos fundamentales* y, con ello, provoca diferentes mecanismos de interacción entre los Estados y una correspondencia entre los operadores jurídicos de distintas latitudes, poniendo de relieve una nueva forma del derecho internacional, cuya dedicación apropiada y genuina incidirá sin duda en la perspectiva de vida de millones de personas.

V. México y su proyección hacia la constitucionalidad

La búsqueda de formas democráticas en distintas regiones del planeta es el motor para la creación y especialización del derecho internacional de los derechos humanos y su recepción estatal. En México —como ya se ha dicho reiteradamente—, este cambio se presentó con la reforma constitucional de 2011, a partir de la cual dio comienzo una de las transformaciones de mayor calado en la materia y una nueva época para la interpretación y comprensión de los fenómenos jurídicos.

Entre las razones que motivan las modificaciones al texto constitucional sobresale la crisis de la jerarquía normativa en el país, iden-

tificada por un nivel exagerado de legalismo y la visualización de la Constitución como un texto programático, repleto de máximas decorativas.

Podemos decir además que la ratificación del Estado mexicano de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no había encontrado cabida dentro del andamiaje constitucional y normativo del país. La sentencia Radilla-Pacheco, como un caso paradigmático, marcó las pautas para la inclusión de una terminología nueva en la materia de gran impacto en la praxis.

La *interpretación conforme* y *el control de convencionalidad* se instauraron como mecanismos novedosos para la tutela efectiva de derechos y, de igual forma, colocaron a México en una mecánica judicial transnacional de construcción reciente y constante. Así, los artículos 1.º y 3.º constitucionales son las disposiciones con mayor impacto en su transformación; el primero de ellos sustituyó el término «garantías individuales», proveniente de un positivismo inveterado y caduco, por el término «derechos humanos»; en este mismo sentido, hizo extensible el reconocimiento y protección de los mismos no sólo al texto fundamental, sino al conjunto de disposiciones internacionales sobre la materia.

Esta nueva hermenéutica judicial coadyuva con especial interés al desarrollo del control de convencionalidad y la tutela de los derechos fundamentales, como una labor de los jueces ordinarios que, hoy por hoy, es una atribución considerada exclusiva del Poder Judicial Federal. Es decir, uno de los tantos retos por alcanzar a partir de la reforma constitucional de 2011 consistirá en instaurar un verdadero control difuso de la convencionalidad. Esto se traduce en que, si bien los jueces ordinarios no tienen la facultad para declarar la invalidez de una norma constitucional ni para expulsarla del sistema jurídico, sí podrán inaplicarla en la búsqueda de una protección efectiva. Ya se ha puesto de manifiesto una nueva perspectiva de interpretación para los nuevos jueces constitucionales, así como un cambio en la epistemología que aplican al momento de cómo se aprehende y construye el derecho como una ciencia.

Aunado a lo anterior, un enfoque importante que deberá tener el nuevo juez constitucional será el establecimiento de los propios límites de los derechos fundamentales; como dice Octavio Luna (2013: 96), la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en favor de la discrecionalidad del operador jurídico para determinar en qué momento los derechos pueden ser restringidos. Para el caso, es entendible que el reconocimiento de los derechos fundamentales propicia su expansión, pero la misma no puede ser característica de dere-

chos insaciables (Pintore, 2001: 243); el desarrollo de ciertos derechos no puede actuar en detrimento de otros más; en todo momento, debe prevalecer el anhelo de la realización de la dignidad humana.

Como podemos advertir, los desafíos para México en su intento por consolidarse como Estado constitucional no son pocos; la participación activa en la protección multinivel de los derechos nos permite mirar la intención por reconstruir la realidad que impera en México y América Latina; en este proceso, la primacía genuina de la norma fundamental y su contenido axiológico serán la clave para la transformación de las democracias y de la justicia social. Luego entonces, en nuestra agenda para los años por venir, debemos anotar la necesaria culturización de la Constitución y su función como referencia inmediata para la garantía eficaz de los derechos fundamentales.

No cabe la menor duda de que la búsqueda de un constitucionalismo común desde la multiculturalidad no hace más que vislumbrar horizontes comunes a favor de las personas y, de igual forma, fortalece la identidad de las Constituciones y de los pueblos a los que pertenecen. La identidad constitucional es otro de los grandes retos del constitucionalismo, pues su más hondo significado se anuda a la identidad cultural, a favor de la preservación de la propia humanidad con los elementos particulares de cada región y de cada pueblo.

VI. Consideraciones finales

El Estado constitucional tiene como objetivo y compromiso inmediato la conformación de sistemas políticos democráticos en los cuales exista la tutela efectiva de los derechos fundamentales como precondiciones de la democracia. Es innegable que las transformaciones que ha sufrido el Estado de derecho para dar respuesta a la expansión de los derechos fundamentales son la evidencia del empoderamiento que, en tiempos recientes, han logrado los textos fundamentales a través de la rematerialización de sus contenidos.

Dichos cambios propician una actividad judicial específica en la que deben imperar los principios sobre las reglas, así como la ponderación sobre la subsunción. La Constitución debe superar sus propios límites y proyectarse en cualquier ordenamiento jurídico; de esta forma, cualquier asunto jurídico es potencialmente relevante en temas sobre derechos fundamentales y cualquier disposición, ya sea de derecho doméstico o proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, debe ser encaminada a cumplir con su cometido por medio de la voluntad de los Estados.

El control de convencionalidad y el control difuso de la constitucionalidad se convierten en los próximos retos de los operadores jurídicos, al hacer asequibles los derechos fundamentales para cualquier individuo en cualquier asunto judicial. En este sentido, los cambios paradigmáticos que afronta la teoría constitucional contemporánea no sólo deben potencializar la praxis de la justicia constitucional; por el contrario, hoy más que nunca, los principios contenidos en la norma fundamental deberán racionalizar todo el aparato estatal en búsqueda de la dignidad humana y el desarrollo de los individuos, para realizar el fin último de un verdadero Estado social y democrático.

A la exclusión, la injusticia y la incertidumbre no se les debe permitir más ser la realidad de los ciudadanos; el ejercicio del poder tiene que encontrar como límite y condicionante la dignidad humana no sólo como discurso ornamental del primer mundo y de la justicia constitucional, sino como máxima de la solidaridad y de la otredad entre los individuos y entre los Estados.

VII. Fuentes citadas

- AGUILERA PORTALES, Rafael *et al.* (2011), “Estudio Preliminar”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Derecho y democracia constitucional, Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*, Ara, Lima.
- ALEXY, Robert (2008), “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel *et al.*, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima.
- BERNAL PULIDO, Carlos (1998), “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, Universidad de Alicante.
- BOBBIO, Norberto (2012), *Estado, gobierno y sociedad. Por una Teoría General de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México.
- BOVERO, Michelangelo (2008), “Qué no es decidible, cinco regiones del coto vedado”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, Alicante.
- COMANDUCCI, Paolo *et al.* (2009), *Positivismo y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid.
- CRUZ, Luis M. (2006), *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Porrúa, México.
- DE LOS SANTOS OLIVO, Isidro, “Principios del estado constitucional democrático y federalismo en el contexto de la globalización”, en *Jurídicas UNAM*, México, <www.unam.mx/wccl/ponencias/8136.pdf>.

- DE VROEY, Michel (2009), “El Liberalismo y la crisis”, en *Lecturas de Economía*, Núm. 70, enero-junio.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2009), *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*, Porrúa, México.
- FIORAVANTI, Maurizio (2005), *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, Trotta, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1988), *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2012), “El control judicial interno de convencionalidad”, en Sainz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (2006), *Redefinir el Bloque de la Constitucionalidad a 25 años después*, Estudios de Deusto, Bilbao.
- GUASTINI, Riccardo (2006), *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa, México.
- _____ (2003), “Hacia la constitucionalización del orden jurídico. El caso italiano”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- HÄBERLE, Peter (2001), *El Estado Constitucional*, UNAM, México.
- HERRERÍA CUEVAS, Ignacio Francisco (2011), *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*, UBIJUS, México.
- KELSEN, Hans (2005), *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México.
- LAMBERT, Edouard (2010), *El Gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Tecnos, Madrid.
- LUNA, Víctor Octavio (2013), “La nueva cultura jurídica en México. El juez nacional y los retos del control de convencionalidad”, en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M., *El control de convencionalidad y las cortes nacionales*, Porrúa, México.
- MEZZETTI, Luca (2009), “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, Núm. 2, Universidad de Talca.
- NASH, Claudio (2013), *Control de convencionalidad, de la dogmática a la implementación*, Porrúa, México.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón (2015), *El modelo constitucional de Derechos Humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del derecho*, Tirant lo Blanch, México.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2013), “La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global”, en Ortiz Gaspar, David Aníbal y Aquize Cáceres, Katty, *Tendencias actuales del constitucionalismo global*, Tomo V, Ara, Perú.

- PINTORE, Anna (2001), “Los derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2013), *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio (2008), “El papel de los tribunales constitucionales en la democracia”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *La Ciencia del Derecho procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho. Tomo II. Tribunales Constitucionales y Democracia*, UNAM, México.
- SERNA DE LA GARZA, José María (2012), *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México.
- TAMAYO, Valenzuela, José Alberto (2012), *La Teoría del Derecho de H. L. A. Hart*, UNAM, México, en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/237/art/art14.pdf>>.
- VALADÉS, Diego (2008), “El compromiso democrático del estado constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número Conmemorativo, sexagésimo aniversario, IJ-UNAM, México.
- WALDRON, Jeremy (2005), *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2004), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.

II ELEMENTOS DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO PREMISA FUNDAMENTAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

*Enrique Uribe Arzate
Orfa Venegas Garcés*

SUMARIO: I. Introducción; II. La dignidad humana como categoría constructora del Estado constitucional; III. El planteamiento kantiano de la dignidad humana y su funcionalidad en los Estados democráticos; IV. Constitucionalismo universal y dignidad humana; V. Fuentes citadas.

I. Introducción

La dignidad humana y su constante reclamo en las estructuras teóricas del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, son el asiento irremplazable del Estado constitucional que se intenta fraguar en estos días. Aunque por momentos parece que se trata de un término no asimilado a profundidad, es evidente que la revolución filosófica llevada a cabo dentro de la ciencia jurídica —producto de la barbarie de la Segunda Guerra Mundial y del holocausto— ha llevado a la comunidad internacional a replantearse el valor de la persona humana, a fin de no vivir nuevamente la crueldad de los crímenes contra la Humanidad. Así es como la dignidad humana ha venido a ocupar importantes espacios en la doctrina, en los preámbulos constitucionales, en los acuerdos entre las naciones y en la vida cotidiana de los tribunales.

Previo a la reestructuración del discurso del derecho de la posguerra, la atención en los derechos fundamentales seguía siendo la misma que se había logrado con la revolución liberal; se hablaba sólo de derechos humanos de primera generación y jamás desde una pers-

pectiva «metafísica», en cierto sentido justificado por la existencia de un Estado legalista y, sin duda alguna, por una filosofía amoral de corte nietzscheano.

Pero el descubrimiento —o la publicidad, porque ya se conocía— de los crímenes ocasionados contra millones de personas por el Tercer Reich sirvió como detonante para la inclusión de la dignidad humana en los instrumentos internacionales y en las Constituciones de los Estados, sin dejar de establecer que también llevó a tipificar nuevos delitos en contra de la Humanidad, que antes eran desconocidos.¹

Lo anterior condujo a una nueva forma de Estado, en la que se aprecia una valoración nunca antes vista de los textos fundamentales, pues se convirtieron en el receptáculo de una serie de cánones axiológicos que adquieren relevancia por estar precisamente encaminados a realizar la dignidad de los seres humanos dentro de sus naciones. De igual forma, las Constituciones y sus pautas valorativas encuentran dentro de la positivización de sus disposiciones la posibilidad de una tutela efectiva.

Luego entonces, el Estado constitucional es el asiento por antonomasia de la dignidad humana. La herencia del pensamiento liberal y su evolución hasta la moral kantiana nos hacen pensar en un *telos* filosófico del propio Estado, completamente renovado; es decir, se comienza a hablar de un Estado social y democrático de derecho, en donde el bienestar de los ciudadanos es una prioridad.

Por ello, si la dignidad humana es como afirma Häberle, la premisa antropológica cultural del Estado constitucional resultaría pertinente para determinar cuál es el núcleo inmutable de dicho concepto y que evidentemente permanece inalterado por los tribunales constitucionales de distintas latitudes a través de sus interpretaciones y, por el contrario, es oportuno preguntarnos si realmente los imperativos kantianos y la máxima de no instrumentación de los seres humanos son plausibles a plenitud para lograr el Estado constitucional en

¹ Lefranc (2011: 22-24) refiere dos consecuencias del Holocausto directamente identificables en ordenamientos jurídicos. En un primer plano, la determinación del delito de genocidio acuñado por Raphael Lemkin, quien mediante un estudio de la ocupación en Europa por las potencias del Eje en 1944 claramente ubica al genocidio como una técnica militar que tiene como objetivo mancillar a una determinada población, incluso sin que importe que el ocupante pierda la guerra, por lo tanto implica una suerte de exterminio que en palabras de Lemkin, tiene como objetivo: «el provocar la destrucción de la dignidad de los individuos pertenecientes a los grupos afectados». En segundo término, se ubicaron los delitos de lesa Humanidad a partir de la Carta Constitutiva para el Tribunal de Nuremberg del 8 de agosto de 1945.

regiones con un pasado y un presente totalmente distintos a los de la filosofía occidental.

II. La dignidad humana como categoría constructora del Estado constitucional

Se sabe que los inicios del Estado constitucional de alguna forma son los inicios del Estado de derecho. La dialéctica vivida hasta el siglo XVI, mediante la cual se entendía la relación entre los hombres y el Estado, como una relación de subordinación y de sometimiento, quedó completamente trastocada por la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Este proceso inacabado ha seguido evolucionando hasta superar las dificultades inherentes al positivismo enmohecido y de la barbarie de algunos Estados, para arribar a la concepción de un Estado constitucional donde imperan los principios sobre las reglas.²

Esto último, no ha encontrado un camino fácil; la fuerza del Estado y su supervivencia, a pesar del bienestar e integridad de los ciudadanos, encontró su punto álgido en los regímenes nazista y fascista, donde se construyó una realidad en la que la existencia de los individuos era una prerrogativa otorgada por el Estado y cualquier atentado contra éste debía ser neutralizado sin importar las consecuencias.

La sistematización del exterminio durante el régimen hitleriano evidenció que las secuelas más sanguinarias de la guerra recayeron sobre la población civil, y lo que es peor aún, un puñado de científicos, filósofos, académicos y tratadistas del derecho dieron bases para la justificación de esta aniquilación sistematizada de seres humanos bajo inadmisibles argumentos a favor del poder del Estado, cuya defensa podría permitirlo todo en aras de su propia conservación.

² No nos detendremos en este punto a agotar una descripción del constitucionalismo principalista y su contraste con el Estado de derecho; sin embargo, es posible mencionar como características del Estado constitucional: la existencia de una Constitución rígida, el contenido material de las Constituciones basado en valores y principios sujetos a interpretación sustentada en los principios de ponderación y proporcionalidad; el ejercicio del control de la constitucionalidad por órganos concentrados o difusos, pudiendo coexistir las dos modalidades; la transferencia de los contenidos constitucionales y de la justicia constitucional a las diferentes esferas de ejercicio del poder; la irradiación de los contenidos constitucionales a las normas secundarias (en palabras de Guastini, la constitucionalización del ordenamiento jurídico) y la existencia de un sistema de garantías para la tutela efectiva de los derechos fundamentales expresados en la Constitución y otros instrumentos, por mencionar algunos.

Esta versión desfigurada del positivismo kelseniano sirvió de justificación para la puesta en marcha del genocidio más importante de la historia moderna, un genocidio que ocurrió cuando el pensamiento de los hombres suponía la superación de sus propias limitaciones del pasado absolutista y bélico, y sin embargo, el derecho dio cabida al desprecio por la vida humana en formas nunca antes vistas.

Paradójicamente, en la región geográfica en la que se violentaron derechos fundamentales de millones de personas durante el Holocausto, se suscitó una especie de conversión, y de igual manera surgieron con fuerza posturas filosóficas y jurídicas para la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Una inquietud posterior al Holocausto fue tratar de comprender cómo pudieron conjugarse los elementos necesarios para la implementación de la llamada «solución final». Ahora bien, resulta demasiado simplista afirmar que sólo la autoridad del Estado nacional socialista fue la responsable de lo acontecido. Indagar y concluir que buena parte de los ciudadanos alemanes tuvieron que ver de manera directa e indirecta en el exterminio diario de judíos y grupos identificados como indeseables saca a relucir una crueldad aún mayor compartida por una colectividad, que se vio reflejada en una participación de baja intensidad o, lo que es peor, en la indiferencia hacia la valía de millones de vidas humanas (Pérez Triviño, 2012: 83).³

Como consecuencia de esto, la declaración de protección hacia la persona humana se vio cristalizada en la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945,⁴ cuyo contenido se considera la apertu-

³ En la citada obra, el autor realiza un breve recuento de distintos momentos históricos en los que ha sido necesario apelar a la dignidad humana como principio filosófico valorativo, entre ellos el Holocausto. Una particularidad que ha sido frecuentemente poco tratada es el papel que desempeñaron aquellos que tuvieron una participación distinta a la de los «perpetradores absolutos», aquellos que actuaron como «aceptantes pasivos» e incluso entusiastas del régimen y sus prácticas, los que actuaron en contra de su voluntad o los que voltearon la mirada para no ser perturbados, lo que lleva a concluir que no existió una resistencia ni rechazo contundente por parte del pueblo alemán, con las cuales se pudo evitar el genocidio, ello refleja una crueldad aún mayor y de mayor peligro, una cosmovisión para una sociedad en la cual el exterminio es aceptado. De igual forma, retoma el tema del altruismo y la obligación moral de quienes hicieron algo al respecto o lo intentaron, situados muchas veces en encrucijadas sin salida, evidenciándose la volatilidad de la naturaleza humana.

⁴ La Carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. En el preámbulo de dicho documento se plasma de manera íntegra la voluntad de la comunidad internacional para conducirse en favor de la dignidad humana y el desarrollo de los pueblos; este discurso es consecuencia directa de los horrores del Holocausto. Dicho preámbulo inicia aseverando: «Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos [...]

ra hacia la construcción del nuevo modelo de Estado constitucional. Con la superación de la concepción del Estado nacionalista y de derecho, esta apertura del derecho a la moral no tiene otro objetivo más que reconsiderar la dignidad humana como un concepto trascendental para los sistemas jurídicos; así, la doctrina alemana y la *praxis* de sus tribunales constitucionales marcan un antes y después en la concepción de la dignidad y su protección.⁵

Ahora bien, la relación entre democracia y dignidad se configuró con más fuerza, previo al desarrollo del constitucionalismo de la posguerra. Las concepciones de soberanía de Bodino y la voluntad general de Rousseau diluían la relevancia del pueblo como fin último del poder del Estado, ya que únicamente se concentraban en empoderar éste hacia el exterior, así como en su identificación de representante y creador de la ley al interior; sólo hasta que se estableció como obligación del Estado velar por la dignidad humana y los derechos fundamentales, se pudo hablar del pueblo como titular indiscutible del poder para su propio beneficio.

El paso posterior a la ratificación de la dignidad humana por instrumentos internacionales de semejante calado y el inicio del desarrollo constitucional o neoconstitucional, como muchos llaman a esta nueva etapa —que inicia en Alemania, pero que posteriormente se dispersa por casi la totalidad de Europa y parte de América Latina— provocó el replanteamiento de los contenidos de las Constituciones, su interpretación y su interacción con el derecho internacional de los derechos humanos.

a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles. A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas. A crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes del derecho internacional. A promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad». Consultar en <www.un.org/es/documents/charter/preamble.shtml>.

⁵ Es evidente la recepción del principio de dignidad humana de los documentos de las Naciones Unidas en la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949, siendo la primera Constitución del mundo en hacerlo y es hasta el día de hoy vigente y cuyo artículo 1.º dice lo siguiente: «La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable...». Consultar en <www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

La funcionalidad de dichos contenidos dentro de las Constituciones tiene como objetivo irradiar a todo el sistema jurídico e implantar una nueva mecánica para la justicia constitucional. Se desplaza de este modo la preeminencia de la ley por encima de los contenidos fundamentales, y la interpretación de la Constitución y los ordenamientos secundarios se vuelve compleja, considerándose a la subsunción como un método inútil para dar vida a los principios contenidos en la Constitución (Alexy, 2008).⁶

Esta pluralidad de valores y pautas axiológicas dentro de las Constituciones y en el derecho internacional se manifiesta como el contenido de los derechos fundamentales, los cuales necesariamente encuentran su fundamentación en el principio de dignidad humana, que concibe el desarrollo humano, la libertad y el desarrollo de la personalidad⁷ como sus elementos consustanciales. Al respecto, Edgar Carpio expresa que el principio de dignidad humana se relaciona directamente con el rango superior que tienen los seres humanos respecto a la naturaleza por estar dotados con inteligencia y libertad; el ser humano es distinto a todo lo creado y necesita un trato adecuado a su propia naturaleza humana. De esta forma explica la validez y fundamentación de los derechos no enumerados en la Constitución, y esta consideración moral es el sostén para la interpretación y derivación de derechos fundamentales inherentes al hombre, y que le son indispensables para desarrollar un proyecto de vida como un ser pleno y autónomo. En consecuencia, el principio de dignidad humana «se erige en el núcleo axiológico legitimizador de cualquier construcción artificial» (Carpio, 2000: 3-25).

⁶ La existencia simultánea de diversos valores o principios axiológicos dentro de la Constitución ocasionan una interacción caótica entre los mismos, la coherencia que garantizaba un Estado legalista entre la normatividad resulta inaplicable, sólo una mínima cantidad puede tener cierta consecución y coherencia, las nuevas Constituciones se enfrentan a los llamados casos difíciles, y la restricción necesaria de un derecho fundamental en beneficio de otro hace plausible utilizar la ponderación y el test de proporcionalidad.

⁷ La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por medio de su sala constitucional determinó en la sentencia 9576-05 del año 2005, los elementos que conforman el principio de dignidad humana: «dignidad humana se entiende como el valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Estrechamente relacionado con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...». Consultar en <<http://sitios.poderjudicial.jo.cr/salaconstitucional/constitucion%20Politica/Sentencias/2005/05-09576htm>>.

Ahora bien, la apelación al principio de dignidad humana y su funcionalidad como eje vital de los sistemas constitucionales nos lleva a explicar cuál es su contenido y extensión; se trata de un problema constante en la teoría y resultará importante establecer qué es y si las construcciones filosóficas determinadas por la autoridad (háblese de autoridad en sentido del argumento, no como potestad del Estado) son aplicables y viables dentro del derecho; es decir, si la dignidad humana como concepto totalizador puede sin problemas funcionar como un referente y objetivo del Estado constitucional, considerando cuáles son las consecuencias objetivas de la aplicación de este derecho (constitucional) y de su impregnación a todo el sistema que puede hacer que la existencia de los individuos sea considerada como digna.

Èse es el planteamiento inicial de Häberle al hablar de dignidad humana; la dinámica inherente a un concepto tan genérico tiene en principio, el problema de la culturalidad en la que se manifiesta. Así como Kelsen identifica sistemas jurídicos dinámicos, la dignidad humana se dinamiza en correspondencia a los parámetros de las sociedades, los cuales dicen en qué medida se humaniza a un ser humano y se le considera como digno, situación por lo general en constante progresión.

Lo anterior de ninguna forma pretende establecer que no exista una serie de categorías asociadas con la existencia humana que puedan ser perceptibles en cualquier lugar y en cualquier tiempo; negarlo sería negar los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo que incluso apuntan hacia un constitucionalismo universal. La particularidad radica en establecer si es posible, teóricamente, hablar de dignidad como un concepto holístico para todas las culturas y para todos los tiempos (Häberle, 2007: 169).

Así, en segundo término, la dignidad en el Estado constitucional de Häberle (2007: 170) —desde una postura sociológica y científica social— posee un núcleo material identificable y similar en diversas sociedades; contenido material que se desenvuelve en una esfera de libertad en un marco de referencia, el cual a su vez es garantizado por el sistema jurídico al que pertenece, sistema influenciado por la concepción de la dignidad humana que se conviene por las circunstancias culturales de donde surge.

Esta relatividad y constante transformación de las concepciones culturales de la dignidad humana hacen que su especificidad sólo pueda darse en un momento determinado del tiempo y que el marco de su desarrollo se expanda continuamente como producto del estado constitucional: «El estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos sujetos de su actuación» (Häberle: 2007: 170).

Así las cosas, las consecuencias de la dignidad humana se evidencian en la consolidación de las circunstancias sociales y jurídicas para la proyección del desarrollo de la persona humana como ser-individuo que forma parte de una realidad social compartida. No debe existir otra cosa que condicione el actuar del Estado en su relación directa con los ciudadanos. En palabras de Ilva Hoyos, citada por Fernández Postigo (2014: 22): «la persona es la base de toda la juridicidad. Es la noción clave del saber jurídico: punto de partida para comprender nociones tales como la justicia, el derecho y la ley».

El hombre y su dignidad como medida de todas las cosas, y por consecuencia de la creación del derecho, constituye el elemento antropológico de la dignidad humana como fundamento del Estado constitucional; así, los enunciados constitucionales estarán sujetos al cambio cultural⁸ que transforma el *quantum* de la dignidad en función del progreso y la justicia; con ello se genera conciencia acerca de tópicos desconocidos que impactan en la dignidad de los individuos que en apariencia se presenta como absoluta; ello desborda lo constitucional hacia lo cultural (Häberle, 2007: 172).

Un elemento más, descrito por Häberle con relación a la dignidad humana, es la construcción de la solidaridad a través del reconocimiento fraterno del «otro». No es posible el respeto y la búsqueda de los derechos fundamentales si no existe una conciencia del valor que tiene la integridad de los demás individuos. Otero Parga ha ido más allá en el desarrollo de la solidaridad, al dilucidarla como un derecho fundamental como lo hace con la dignidad humana, al explicar los contenidos esenciales de la Constitución española de 1978 aún vigente, misma que se consolida como la primera en Europa en otorgar carácter normativo a una pluralidad de valores consagrados en su artículo primero.

⁸ El elemento cultural de la dignidad como premisa del Estado constitucional, aunado a la diversidad cultural del *quantum* de la dignidad, se debe al desarrollo y protección de la libertad cultural. Nunca antes como en el Estado constitucional, el derecho, la política, el desarrollo de los pueblos y la cultura habían gozado de una interconexión tan fuerte; la cultura y su protección constitucional, inmediatamente señala a las artes, las ciencias y los conocimientos poseídos del mundo, pero hablar de la cultura como un valor constitucional, como la cultura del Estado constitucional, necesariamente requiere de un concepto de mayores amplitudes, donde igualmente se dé cabida a la forma de vida, concepciones y actitudes de los ciudadanos. Las Constituciones al reconocer y proteger derechos fundamentales dan rienda suelta al desarrollo libre de la cultura, sus orientaciones y las pautas de conducta que éstas manifiestan; dicho discurso lleva al derecho constitucional por nuevos derroteros hacia el reconocimiento de la diversidad y la cohesión de los individuos. Ver Huster (2012).

Así, Otero Parga (2006: 89) define la solidaridad como: «Una forma de caridad para con el prójimo o los próximos a uno, al implicar la preocupación de todos los miembros de un grupo por los sentimientos y necesidades de los otros, y ello hasta el punto de responder de ellos frente a terceros».

Esta categorización de la solidaridad presenta tres dimensiones distintas; en primer lugar, la solidaridad como valor al constreñir a todos los individuos que forman parte de una comunidad, a preocuparse y velar por el bienestar de sus semejantes en función de su dignidad inherente; en un segundo aspecto sostiene la solidaridad como principio fundamental de la justicia social y de la interconexión entre la moral y el derecho y, finalmente, en tercer término, se emplea la solidaridad como derecho fundamental, al otorgar a los individuos la capacidad de fraternizar y garantizar la adecuada convivencia en un sistema de derechos y obligaciones⁹ que transforma a la comunidad en una sociedad sustentable y benéfica para quienes forman parte de ella.¹⁰

Esto último encuentra relación directa con la dignidad y su interacción con el ejercicio de la democracia, la cual en un inicio se entiende como la voluntad del pueblo que puede ser tomada como la voluntad de las mayorías, incluso en detrimento de las minorías. Si la consideración clásica de los elementos del Estado hace pensar en un pueblo nacionalista, se dejan fuera los intereses de quienes no alcanzan la representación. Por ello, necesariamente dentro del Estado constitucional (el cual se fundamenta en la dignidad humana), se

⁹ El enfoque de los derechos en función de las obligaciones proviene precisamente de los planteamientos kantianos acerca de la dignidad, específicamente acerca del deber moral, sólo una concepción metafísica de los fundamentos de la dignidad y de los derechos de los hombres puede justificar la obligación de acatar esos imperativos morales, ya que como Agazzi (2011: 107) expone, existe una carencia de la moral kantiana para determinar en sí qué es la dignidad humana y los fundamentos de los derechos, para que éstos sean respetados de manera irrestricta. Sólo se apela a una obligación metafísica.

¹⁰ Resultan interesantes los planteamientos respecto a los distintos «usos» que implica la solidaridad. La referencia suele ser hacia dos escenarios distintos; el primero de ellos, la funcionalidad de la solidaridad en el contexto del derecho privado, la cual específicamente opera en el derecho civil y en las relaciones mercantiles, teniendo como ejemplo la figura también existente en la legislación mexicana de la «obligación solidaria»; se deduce que por medio de su operatividad, se pretende la búsqueda de cierta economía procesal, más que la protección de la integridad de otro u otros o de un deber moral. En contraparte, se encuentra la solidaridad desde una contextualización pública, aquí se visualiza como un derecho fundamental que provee a los individuos su participación en la redistribución equitativa de bienes y recursos dentro de un Estado social (Agazzi, 2011: 89 y 90).

tendrá que dar apertura a una voluntad expresada en forma plural, lo que asumirá como consecuencia una reconfiguración en las cláusulas de soberanía de las Constituciones, que en primer término establecían al poder del Estado como el poder del pueblo; asimismo, se entenderá como segunda parte del razonamiento que la dignidad y los derechos fundamentales son previos al Estado y aunque las cláusulas de soberanía determinen un gobierno del pueblo sin más, su funcionalidad siempre será en beneficio del pueblo y de la propia dignidad de las minorías.¹¹

Con esto, podemos decir que la incorporación del principio de dignidad humana¹² por parte de los Estados y de los derechos fundamentales en los textos constitucionales e instrumentos internacionales ha tenido un impacto directo en el impulso a la actuación del Estado en términos de una ética pública, en la que la interpretación y argumentación de derechos, cuya existencia no se preveía, corresponde a las sociedades modernas (López Sánchez, 2009).

¹¹ Respecto al régimen de mayorías y sus efectos colaterales al desarrollo de las minorías, Jon Elster realiza un ejercicio interesante. Una de las condiciones previas al régimen mayoritario es una cantidad de grupos cuya calidad es autopercebida como superior, el momento determinante es cuando uno de estos grupos cuenta con un número superior de individuos, así aunque los demás no compartan sus características, deben ser tratados como ellos, tratados igual aunque sean desiguales, se trata de una solución utilitaria y pacifista. Pero estas mayorías consolidadas pueden atentar directamente contra el desarrollo de los derechos individuales. Primero, el gobierno de las mayorías puede manipular y lesionar derechos electorales con el objeto de permanecer. Segundo, el gobierno de las mayorías puede distorsionar el Estado de derecho por causa de intereses creados o pasiones momentáneas. Tercero, las mayorías pueden destruir los derechos de las minorías fundados en una pasión permanente, como lo puede ser lo que en un momento fue el discurso discriminador racial, así el constitucionalismo, la justicia constitucional, la separación de poderes y los frenos y contrapesos se configuran como dispositivos contramayoritarios en los modernos Estados constitucionales. Ver Shute (1998: 165).

¹² Un problema frecuente dentro de la doctrina consiste en determinar a la dignidad humana como un principio o en definitiva como un derecho fundamental. La problemática surge cuando la dignidad humana aparece dentro de los preámbulos de las declaraciones internacionales de derechos humanos, lo cual hace concluir que se trata de un principio y no de un derecho por no aparecer en los numerales de los documentos. Posteriormente, su incorporación directa en los textos constitucionales parece dotarle de nuevas dimensiones, como principio rector de los ordenamientos, como valor que condiciona la interpretación y la existencia del Estado constitucional y como norma, al limitar o proyectar otros derechos funcionando como norma superior. Al respecto, suelen tomarse como criterios orientadores las sentencias y jurisprudencias del Tribunal Constitucional Alemán, que acorde a la situación suscitada, el término puede poseer una doble connotación, como derecho fundamental o como principio.

III. El planteamiento kantiano de la dignidad humana y su funcionalidad en los Estados democráticos

La determinación y existencia de la dignidad humana y de los derechos fundamentales son, a grandes rasgos, el punto de partida de la materialización del Estado constitucional, porque su fundamentación no puede provenir de un acuerdo entre los hombres o de una concesión por parte del Estado; antes bien, su carácter absoluto identifica (a la dignidad humana) como una atribución inmanente a los seres humanos, lo que hace plausible su nacimiento en las leyes naturales y no en las positivizadas (Agazzi, 2011: 108).

De esta forma, la dignidad humana y las implicaciones morales alcanzan un punto álgido, que muestra las evidentes dificultades que brotan al tratar de conciliar los fundamentos de la dignidad con un sistema jurídico perteneciente a una sociedad secularizada (Agazzi, 2011: 100); problema que en una primera impresión es solventado con la propuesta del deber absoluto y de carácter moral de Kant, imperativos según los cuales los individuos tienen la obligación de acatar sus contenidos, únicamente en base a una ética formalista, es decir, sin explicación más que el reconocimiento de su valor intrínseco.

Ahora bien, toda explicación acerca de la dignidad humana invoca la excepcionalidad del ser humano; así, abundan los teóricos que explican su contenido a través de posturas filosóficas neotomistas, es decir, desde el discurso cristiano renovado, o quienes, a la manera de Kant, tratan de construir una perspectiva netamente ética sin argumentos religiosos, lo que resulta útil para la proyección de un Estado constitucional libre de pasiones; sin embargo, no faltan las acusaciones hacia la filosofía kantiana de poseer argumentos criptoteológicos al momento de justificar el porqué del valor metafísico de los seres humanos respecto de otras creaturas. Pero antes de analizar detenidamente los imperativos y la máxima de no instrumentación de los seres humanos, resulta conveniente realizar un esbozo de la dignidad humana y de lo que puede entenderse como persona humana.

El concepto de dignidad humana y persona se encuentran íntimamente ligados y condicionan su existencia respectivamente. Para comenzar, el término dignidad humana presenta una multiplicidad de ambigüedades que aparecen desde la subjetividad de los individuos para decidir qué puede o no ser digno, hasta las acepciones que construyen el derecho, pero en ningún momento debe perderse de vista que se trata de una de las ideas más preciadas que han logrado las sociedades modernas y diversificadas.

Se sabe que las primeras consideraciones del derecho natural y de la razón de los hombres como cualidad única proviene de los planteamientos de la filosofía griega y en especial de la escuela estoica. El primer atisbo de humanidad queda marcado por la intuición de la existencia de un alma racional que dota de capacidad de vislumbrar el «logos» como fuerza rectora del cosmos (Bodenheimer, 1994).¹³

La locución como tal de la dignidad surge en las teorizaciones éticas de la antigua Roma y es un concepto que evoluciona desde las aportaciones estoicas. Es en este momento de la historia en el que se habla de dos tipologías de la dignidad humana; la primera de carácter absoluto y universal, que existe de manera inmanente con el hombre y lo coloca en el escalafón más alto de la jerarquía de la naturaleza, ello como ya se mencionó, derivado de sus cualidades excepcionales (Becchi, 2012: 13); en un segundo plano, la dignidad pública hace referencia al lugar que ocupan los hombres dentro de una escala social, ello en razón de las acciones que ejecutan o no dentro de su comunidad, su carácter es particular y sumamente relativo y tuvo que ver directamente con la estratificación social, así como con los cargos públicos que los individuos desempeñaban a pesar de lo cuestionable de su conducta (Becchi, 2012: 13).

Las atribuciones hechas por la filosofía estoica dan paso directo a la escolástica como máxima representación de las ideas filosóficas del cristianismo. La patrística medieval con renovados bríos, pero ahora ya no sustentada en el logos sino en la tradición judeocristiana, justifica el valor de los seres humanos por ser estos una creación a imagen y semejanza de Dios.

Los postulados tomistas son el inicio de una filosofía eclesiástica que perdura hasta nuestros días. La doctrina de Santo Tomás de Aquino coloca en el centro de su sistema y como actor de la experiencia moral a los hombres. Esta sensibilidad hacia la dignidad del hombre conjuga las aportaciones de la antropología aristotélica con la antro-

¹³ La escuela estoica es sin duda alguna la primera escuela del derecho natural en profundizar acerca de la dignidad del hombre y la capacidad del mismo por la virtud. La filosofía estoica coloca el término naturaleza en el centro de su sistema, así la naturaleza es la propia divinidad que da sentido al cosmos en su totalidad, esa coherencia y orden se manifiestan en el «logos» o razón, del cual es parte el hombre por mérito de sus propias capacidades naturales; dicha situación permite el reconocimiento de un derecho de origen natural sin distinción alguna que corresponda a las diferencias entre los Estados y las naciones. Es posible un derecho homogéneo sin importar en qué lugar se haga presente, su naturaleza descarta las diferencias y propicia la igualdad, la libertad y la autonomía.

pología teológica de la Revelación originando una concepción totalmente nueva del ser humano (Torralba, 2005: 64).

El hombre se identifica como un ser intelectual, con libre albedrío y potestad propia (Torralba, 2005: 65), lo que le permite dilucidar la diferencia entre las leyes naturales y universales de las humanas. Así, el cristianismo (ver Bodenheimer)¹⁴ sustenta el principio de la dignidad humana, de tal forma que aún hoy en día es perceptible; la única consecuencia de la finalización de la Edad Media respecto al derecho natural y la justificación de la magnificencia de la naturaleza del hombre es la eliminación de la revelación como punto de partida de la misma (Becchi, 2012: 14).

En el siglo XV aparece el famoso ensayo de Pico Della Mirandola, titulado «Discurso sobre la dignidad del hombre»,¹⁵ el cual es sólo uno de los muchos pensadores de la época que al forjar el humanismo como corriente filosófica no dejan de mencionar en sus textos el concepto de dignidad humana. Este humanismo renacentista se concentra en las potencialidades del individuo, retornando a la antigua filosofía estoica; es el esplendor del libre albedrío, de la capacidad del hombre de elegir la benevolencia de sus acciones por encima de su propia bestialidad (Torralba, 2005: 67).

Posterior al auge del pensamiento humanista aún fundamentado en la fe cristiana, una primera secularización de la dignidad proviene de Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y Cristian Wolf,¹⁶ su derecho

¹⁴ Una aportación relevante de la patrística medieval, es la filosofía de San Agustín; a pesar de no tener una relación directa con la concepción de la dignidad humana como lo hace Santo Tomás de Aquino, sus contribuciones a la filosofía del derecho natural son imprescindibles, al distinguir en su sistema filosófico las diferencias entre el derecho natural como ley eterna y el derecho positivizado como ley humana.

¹⁵ El ensayo de Pico Della Mirandola debe su importancia a ser el primer texto que hace referencia directa al concepto de dignidad humana y tratar de desentrañarla.

¹⁶ Ver Bloch (2011: 117). No es posible entender la tradición del derecho natural de estos tres autores sin esclarecer los planteamientos del contractualismo de Hobbes, para el cual, más que un contrato social, posteriormente concebido por Rousseau, se trata de un contrato de dominación del Estado, lo que de ninguna forma lo excluye como el fundador del iusnaturalismo moderno, a pesar de ser el más detractor de su contenido democrático. Si Hobbes parte del terrible estado de naturaleza en el cual poder y derecho son una sinergia bárbara en cada individuo, para Grocio se trata de la bondad de los hombres y de la idea aristotélica del hombre sociable; esa complicación de Hobbes con la que define al soberano como el único lobo facultado y que impide que se culmine el liberalismo clásico que deja entre ver su teoría, termina con Grocio. El derecho natural le es arrebatado al soberano para regresar a los dominios de la razón; de igual forma la propiedad es parte de los derechos subjetivos de los hombres para dar respuesta a un capitalismo en ascenso del ideal burgués imperante; por primera vez es separado el derecho natural del dogma cristiano, puede existir un

natural conforma la antesala del iluminismo europeo encabezado por Kant. En Grocio destaca su teorización del contrato social como pacto entre hombres sociables con derechos y valor, desbancando al contrato de dominación de corte hobbesiano y desconectando el derecho natural de la tradición judeocristiana. Por su parte, Pufendorf descarta la existencia de una dignidad ontológica planteando la plena libertad del hombre y su dignidad deontológica al ser partícipe de leyes universales; la valía de los seres humanos no sólo proviene de su naturaleza ni por su capacidad de pensar, sino también de su facultad para reconocer la moralidad y ejecutar actos acorde a ella.

Con ello se distingue el punto de partida para los trabajos de Kant, los cuales son sin duda el referente inmediato para el concepto de dignidad humana. De este modo, Kant comienza a establecer la valía individual de cada uno de los seres humanos, a partir de su naturaleza racional y descartando los planteamientos del pensamiento consecuencialista, de manera que construyó un derecho y una moralidad ajenos a cualquier visión empírica.

Así, de inicio, la persona humana es digna porque es autónoma, dicha autonomía proviene de su capacidad de percibir patrones universales de conducta, una especie de conciencia igualmente humana y racional y que parece manifestarse en forma de «buena voluntad», pero ello no implica que quienes no actúen conforme a la razón y al bien común, puedan ser despojados de su calificativo de digno.

Por esta razón, los seres humanos poseen un valor absoluto, el cual no puede ni debe ser transgredido con la intención de su utilización para un fin distinto al que en sí mismos representan, y proviene de su autonomía; ese valor, en sí mismo, es descrito por Kant como

derecho justo incluso, si no existe Dios. Por lo más que discutió Grocio, fue por la unión de la Iglesia católica y de la protestante, en una especie de cristiandad global que correspondía con la naturaleza sociable del hombre. Subsecuentemente, Pufendorf y Wolf sintetizan a Hobbes y Grocio, para de una manera singular justificar al soberano por medio del derecho natural y racional; si el hombre por naturaleza tiende a la perversidad pero de igual forma es un ser sociable, sólo el Estado puede apaciguar este encuentro para lograr la armonía. Finalmente, Thomasius, sí se presenta como un verdadero opositor del Estado, su aportación de mayor relevancia consiste en empoderar a los derechos subjetivos de los individuos, específicamente la libertad religiosa y la libertad de conciencia, asimismo es el primero en enfrentar jurídicamente el delito de hechicería y la tortura del Estado. Vale la pena retomar lo que Bloch estipula en este capítulo, la libertad religiosa defendida por Thomasius es el semillero para los posteriores derechos fundamentales del hombre reconocidos por el Estado, así como la separación extrema de su derecho natural y la teología son el piso firme para el idealismo trascendental de Kant.

la dignidad, contraponiéndolo con aquellos valores que poseen fines relativos y que son representados por un precio.

Por consecuencia, si el valor de la dignidad humana es absoluto, jamás podrá tener correspondencia con elementos externos, de existencia física y material que puedan ser referencia de una persona; así, ninguna persona podrá tener mayor valor que otra, no podrá ser intercambiada o reemplazada, se trata de una existencia única e insustituible, un universo propio que se rige por la persecución de sus fines dentro de la racionalidad y aunque existan individuos o «agentes morales» que cometan acciones indignas, nunca podrán ser despojados de su dignidad intrínseca, aunque atenten en contra de la de otros.

La explicación racional de Kant para el respeto innato a la ley moral por parte de los hombres corresponde a dos elementos distintos: el reconocimiento de la misma por medio de la razón como cualidad humana y el sentimiento de humildad y reverencia que provoca en los individuos su existencia, pues no existe otra razón para que las leyes prácticas sean cumplidas, y no puede existir ningún interés superfluo que corrompa la pureza de su ejecución, más que el propio sentimiento del deber para actuar en beneficio de lo que es correcto y moral.

Si el imperativo categórico kantiano determina «obra de tal modo que siempre tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, como fin y no únicamente como puro medio» (Kant, 2010), se reconoce el valor absoluto que posee cada una de las personas y de igual forma su capacidad para dotarse a sí mismas de reglas acordes a la razón práctica, con independencia de las consecuencias que existan en la realidad por dichas acciones.

Para Kant la humanidad es dignidad y es principio supremo de la moralidad (Pérez Triviño, 2012: 16), y hace poseedores a los individuos de facultades morales e intelectuales, así como de la capacidad para el establecimiento de sus fines, los cuales tienden a la perfección. Pérez Triviño determina la conexión de la construcción de la dignidad kantiana con cinco elementos más de su propio entramado teórico, que resulta indispensable mencionar: el mundo inteligible, las emociones, la autonomía-racionalidad, la igualdad, así como los derechos y la no interferencia.

Inicialmente, para Kant existe una diferencia entre el hombre nouménico y el hombre fenoménico, es decir aquél que habita el mundo inteligible y el mundo sensible. El primero de los mundos es aquél propio de la naturaleza física, el del impulso empírico que satisface los deseos y las emociones, se trata de la cosmovisión de la animalidad en los seres humanos e incluso del egoísmo, ya que las emociones y los sentimientos existen en el hombre en su estado de

naturaleza; todo esto se contraponen con el mundo inteligible, con el n omeno; es decir, la constitución interior del hombre capaz de contraponerse a sus instintos y a partir de la cual reconoce por su racionalidad la propia dignidad y la de otros, fundamento de su libertad: el hombre trasciende al dominar su instinto a favor de la persona moral, adecuando su conciencia al deber ser.

Por consecuencia, la racionalidad y la autonomía definen la existencia de la Humanidad, en la cual los individuos pueden autolimitarse en favor de la proyección de su propia subsistencia y bienestar, al fundamentar su conducta en los principios de la moralidad. La ruptura de esta lógica de acciones trae como consecuencia el autodesconocimiento de los individuos hacia su naturaleza noum nica y la pérdida de su sentido como agente moral.

Por lo anterior, el discurso kantiano se erige como el argumento idóneo para interpretar el polisémico término de la dignidad humana en el contexto de los Estados constitucionales modernos; se trata de la negación de las emociones para anteponer a ellas la racionalidad, la autonomía, la igualdad y la voluntad como sus elementos esenciales.

Su función como fuente de derechos humanos precisamente deviene de su función igualadora del *quantum* valorativo que posee cada individuo, al ser capaces de ser considerados como fines en sí mismos; esta capacidad de subordinación a la moral racional implica, por consecuencia, el respeto a la esfera de los derechos de terceros y la estructuración de las relaciones de poder a favor del desarrollo individual, el respeto por los fines del otro y no utilizar a otros como medio para los propios fines.

La dignidad humana, lejos de demostrar la valía que tiene un individuo de forma particular, construye una igualdad radical (Squella y Guzmán, 2008: 12) en una doble funcionalidad, como estandarte de valores como la multiculturalidad, la pluralidad, la libertad y la igualdad.

De acuerdo con estas ideas, la integración de la dignidad humana a los discursos constitucionales, como una más de las facetas del concepto, es decir, como estructura normativa objeto de interpretación, conduce al traslape de una abstracción filosófica a los sistemas normativos, teniendo como consecuencia un cambio radical en el paradigma bajo el cual funciona la racionalidad del poder autoritario del Estado; de ahora en adelante «en el nuevo sistema democrático es el hombre con su dignidad y su derecho, quien ha de estar por encima de cualquier otra cosa» (Squella y Guzmán, 2008: 4).

Esta valía absoluta, única e irrepetible en cada ser humano es el discurso ético de las sociedades modernas y de los Estados constitu-

cionales, lo interesante resulta al preguntarnos si una filosofía de corte posiblemente criptoteológico, y que se dispuso como una respuesta para la «situación límite» que significó el holocausto, puede continuar sin extender sus propios límites teóricos y sin otorgar sentido a nuevas «situaciones límite» que sí implican una violación a la dignidad humana¹⁷ y sin explicar los derechos inexistentes para individuos que han permanecido en la exclusión.

De esta forma, son dos las posibles objeciones inmediatas a la construcción moderna de la dignidad humana; la primera consiste en la suerte de dominación por parte de la filosofía occidental, que se ha edificado como una filosofía antropocentrista y en buena parte de las ocasiones de corte judeocristiano,¹⁸ desligada de las construcciones constantes de la ciencia, y en la cual se tiene aún como eje central la racionalidad de la especie humana; dicha postura aleja las respuestas filosóficas de las experiencias que enfrentan las sociedades que podrían expandir el concepto de dignidad y que señalarían, en palabras de Nussbaum, las nuevas fronteras de la justicia.

La postura nussbaumiana acerca de la dignidad como una filosofía aristotélica renovada aporta un elemento interesante sobre la concepción kantiana de los Estados constitucionales, la manifestación de tres posibilidades que no han colmado las propuestas teóricas del contractualismo liberal y de la teoría de la justicia del mismo Rawls: los derechos de las personas con discapacidad, los derechos de la ciudadanía global y los derechos de los animales no humanos (Nussbaum, 2007).

La postura kantiana y el contractualismo liberal parten, en primer término, de la capacidad de autonomía y racionalidad de los indivi-

¹⁷ Maihofer refiere, en su análisis de la dignidad humana como principio constitucional, que ésta únicamente puede ser violada si se presentan situaciones límite en las que la conducta de un particular, el Estado o la sociedad lesiona directamente la dignidad de los individuos, teniendo como ejemplo épico de dicho actuar el propio Holocausto, descartando de manera paralela otras situaciones y conductas inhumanas, las cuales únicamente impiden o lesionan de manera parcial dicha dignidad pero que, en términos sociales, sí atentan contra la dignidad humana.

¹⁸ Como ya se ha explicado, la filosofía kantiana y su concepción moral y la dignidad, parten de una postura racionalista y ajena al instinto empírico (con antecedentes en la filosofía griega, estoica y romana), el cual se encuentra vinculado a la experiencia de las emociones y de los sentimientos; sin embargo, el contenido moral para cualquier explicación de la dignidad humana y su prevalencia sobre la dignidad que pudieran tener otros seres vivos, es innegable y de manera inevitable conduce a un punto en el cual no se puede legitimar el concepto para el sujeto cognoscente sin que en éste exista una reminiscencia del sentimiento que despertó la filosofía de la patrística medieval. No hay que olvidar tampoco el impacto de la filosofía tomista, incluso en el propio Kant, y el papel del derecho canónico para la conformación de la moralidad de la posguerra.

duos como agentes morales, así como de la correspondencia utilitaria de sus acciones para un entorno social; esto es, ser partícipes de la justicia en términos de Rawls e intrínsecamente valiosos, según Kant. Estas perspectivas tienen como consecuencia la exclusión de la participación en la dignidad y de la justicia social para personas con discapacidades o enfermedades mentales graves, cosa que adquiere nuevos horizontes con la propuesta renovada de Nussbaum; en ella, el ser humano, como ser sociable y moral en un sentido más elevado al desarrollado por Kant, puede identificar una serie de capacidades que se relacionan con un estándar mínimo, plausible en cualquier ser humano cuya vida entonces es humana y no se encuentra atrofiada.

Este enfoque de las capacidades identifica un listado cuya realización, en un primer término, para una vida humana plena, puede ser llevado a cabo por medio de la sociabilidad, pero también es posible para aquéllos que por sí mismos no pueden proveerse de las circunstancias para su realización (carecen de voluntad, autonomía y racionalidad). Éste es el momento en donde aflora la solidaridad y la cooperación en niveles superiores y surge la obligación moral de los «otros», quienes por medio de sus acciones para la procuración de los vulnerables hacen posible la dignidad ontológica de la filosofía sin restricción alguna.¹⁹

Una situación de características semejantes sucede con la cuestión de «existencia plena» —por llamarla de algún modo— de la dignidad humana para todos los individuos, sin importar el espacio físico en donde se encuentren; en este sentido, la propuesta de la «metafísica de las costumbres» no representa dificultad, ya que la promesa central consiste, precisamente, en explicar la dignidad intrínseca de los seres humanos sustentada en la igualdad; incluso Kant en sus textos menciona el sueño de una ciudadanía universal.

La complementación de la filosofía de Nussbaum en este tema versa sobre la teoría de la justicia en sus términos utilitarios. El contrato social que explica en buena parte el acuerdo entre el Estado-nación y los individuos que lo conforman, y que procura derechos básicos para quienes suscriben de alguna forma el contrato, no es suficiente para proyectar la solidaridad y la cooperación hacia el exterior, particularmente para aquellos cuyas circunstancias no son las más adecuadas para que cada ser humano posea estas capacidades y por lo

¹⁹ Para el caso del listado de las capacidades propuesta por Nussbaum, su contenido versa en derechos básicos que aseguren la calidad de vida y el desarrollo humano. Ver Nussbaum (2007: 88).

tanto exista dignidad humana en ellos. Es deber entonces de la Humanidad, lograr que las desigualdades entre países ricos y pobres, con diferentes estándares en calidad de vida, puedan ser abatidas mediante el ejercicio de políticas internacionales y mediante la gestión de entidades transnacionales que potencien la realización de los fines que tiene cada ser humano en el planeta.

Partiendo de la descripción de los problemas que presenta la construcción filosófica vigente de la dignidad, el enfoque de las capacidades también parece dar solución a un problema no menor del término, y es aquél que compete a los intentos por ampliar su acepción a la dignidad de los animales no humanos.

Ya se ha mencionado con anterioridad que la dignidad, para Kant, descarta de inmediato la consideración de algún tipo de dignidad para especies distintas a la del hombre, y de igual forma, infringiendo que es imposible aplicar la fórmula de no instrumentación, los animales son un instrumento para alcanzar los fines del hombre, lo que por consecuencia provoca que no exista ninguna obligación moral y de justicia respecto a ellos por parte de los seres humanos.

Aunado a lo anterior, dentro de la teoría de la justicia, Rawls considera imposible su participación, ya que carecen —como opina Kant— de racionalidad y de los atributos esenciales que posee una persona moral: la capacidad de conocer el bien y la capacidad de tener un sentido de justicia, al menos, un mínimo (Nussbaum, 2007: 327). Pero si el enfoque de las capacidades de Nussbaum se hace extensivo (Nussbaum, 2007: 385), es posible determinar que los animales no humanos poseen una naturaleza que intrínsecamente tiene aparejado un fin para el cual deben su propia existencia; si existen impedimentos debidos a las acciones humanas para que esos fines se lleven a cabo, entonces se vulnera su dignidad y su participación en la justicia, muy diferente a la compasión que se pueda sentir por ellos.²⁰

²⁰ Altamente sugerentes en el tema de la dignidad animal son los trabajos de Peter Singer, quien duramente cuestiona la tradicional concepción antropocéntrica del cosmos de corte occidental, desde la filosofía de Platón hasta los trabajos de Scheler, argumentos que articulan la dignidad del hombre con la existencia de espíritu y su superioridad cualitativa respecto del resto de los animales. Singer evidencia la involución de la filosofía y de la propia antropología al negarse a reconocer que la única diferencia es de orden cuantitativo; se apoya de los estudios de primatólogos y etólogos para afirmar que las diferencias biológicas entre ciertos animales y los seres humanos son «accidentales», accidentes que de igual forma se presentan entre individuos de la misma especie, en este caso igualmente en los seres humanos, lo que tendría como consecuencia que existieran diferencias fundamentadas de carácter ético y jurídico entre seres humanos con diferentes características (raciales, por ejemplo). La filosofía de Singer se sitúa en las llamadas ontologías simétricas y se basa en

Estos planteamientos intensifican nuestra atención en la incorporación de la dignidad humana como eje fundamental de la justicia constitucional, la cual necesariamente tiene que provocar un replanteamiento de aquellos constructos filosóficos que se emplean para definir si los mismos son plenamente funcionales ante las experiencias actuales. Si entendemos que desde una perspectiva deontológica de la labor de la filosofía, su función es el constante devenir en busca de las respuestas que justifiquen la ciencia —en este caso la ciencia del derecho—, el tema de la dignidad humana y su ocupación dentro de los sistemas judiciales no puede únicamente estar sujeto a la adopción de una corriente filosófica sin mirar su entorno; todo parece indicar que la teoría constitucional debe ahondar con mayor fuerza en la rematerialización del concepto.

Con ello no se afirma que la utilización de la moral kantiana sea cosa inútil por considerársela restringida; por el contrario, la consideración de la sublime dignidad del hombre, a través de la interpretación de las cortes constitucionales en un momento de la historia futura, empujará tanto los límites de dicho concepto que hoy parece vacío por momentos, hasta llegar a expansiones impensadas y a tutelar bienes, valores y derechos que no habían sido concebidos. Nos parece que éste debe ser el discurso y fin del derecho, llevado de la mano de la filosofía. Si se pretende mantener la coherencia de un entramado teórico, así tendrá que ser.

Se tendrá que revalorar si la adopción de la moral kantiana y si la fórmula de no instrumentación que explica lo indignante de las «situaciones límite» en materia de violaciones graves a derechos humanos y su interpretación por parte de las cortes es más que suficiente y funcional en pleno siglo XXI; en todo caso, es un momento en el cual una buena parte de la Humanidad se siente ajena a esta categoría al considerar que su propia vida carece del apelativo de digna, y de ello dan cuenta la pobreza, las nuevas formas de cosificar a los individuos, la ausencia del desarrollo humano y la incapacidad de aquéllos que no pueden decidir ni proyectar su existencia, que paradójicamente no son instrumentos de alguien más, pero sí de sus circunstancias de vida, que son provocadas por la indiferencia y egoísmo de los actores políticos y las instituciones.

la continuidad de las especies animales como seres humanos humanos a partir de la teoría darwiniana de la evolución de las especies, para concluir con su igualitarismo biológico que hace que cualquier especie animal posea intereses al igual que los hombres, distintos, pero que al fin y al cabo que dan sentido a su propia existencia. Ver “El concepto...” en Torralba (2005: 97).

La crisis de los derechos fundamentales por la que atraviesa México no puede ser acallada únicamente porque los discursos normativos de hoy en día ponen como elemento decorativo la dignidad humana; hoy, se ha convertido en correctamente político mencionar el término como justificación de la existencia de un Estado, de un Estado que no logra aún permear en todo el sistema jurídico los principios de la Constitución ni del derecho internacional.

¿Cómo puede existir la dignidad en los términos que propone la justicia constitucional, si es imposible hablar de sociedades incluyentes y libres de la injusticia social? Si resulta materialmente imposible hablar de un listado como el que propone Nussbaum sin argumentar desde una filosofía completamente utópica, éste puede ser un enfoque remodelado para reinterpretar la dignidad humana que propicie el verdadero bienestar desde el lenguaje de los derechos.

IV. Constitucionalismo universal y dignidad humana

El reconocimiento de la fundamentalidad de la dignidad humana en los Estados constitucionales, así como en los sistemas de protección a los derechos humanos de corte doméstico e internacional, revela la fluctuación del estatus que guardan los individuos con sus propios derechos en sus naciones y en el contexto del espacio globalizado. La conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho doméstico constituye un canon de interpretación y desarrollo, y la disparidad entre sus distintos niveles de intensidad de ninguna manera constituye un obstáculo para su integración en un discurso mundializado.

Es innegable que el perfeccionamiento de los derechos humanos y de la dignidad humana y su aplicabilidad se acompaña de la intención de formar parte de una comunidad global —en función de su teorización como parte de la propia naturaleza humana atribuible a cualquier ser humano— y en parte, para dar paso a una nueva concepción de la Humanidad, como término realmente generalizado.

La creación de catálogos de derechos fundamentales para los Estados tiene como pauta de desarrollo la preexistencia de estos mismos derechos humanos de forma universal. Los fundamentos de los derechos de los ciudadanos dentro de los Estados es precisamente la construcción global de la humanidad de los mismos y, por ello, se entiende que la Declaración Universal de los Derechos Humanos se configura como punto de partida para la traslación a los ámbitos locales de la dignidad humana, de lo cual cabe preguntarse si la intención de su contenido no sufre modificación alguna.

La realidad que enfrenta su aplicación consiste en apreciar que la dignidad humana, en un primer plano, posee múltiples definiciones filosóficas, para posteriormente manifestarse de formas distintas en los cuerpos normativos, dando paso a interpretaciones con matices diferenciadores. Esto no significa su invalidación como término, por el contrario, permite que el reconocimiento de una vasta gama de derechos tome relevancia trascendental, al interconectarse entre sí por medio de la dignidad, provocando un desarrollo constante.

Este «caos» que parece originar una suerte de desconcierto en la praxis, es al mismo tiempo el motor de una universalización de los derechos humanos como no se había visto antes; los esfuerzos de las Constituciones de los Estados por adecuarse a las pautas internacionales han originado una constitucionalización uniforme y con tendencias globalizantes a favor de la dignidad. Si el derecho constitucional se ha esforzado en establecer un sistema de garantías efectivas dentro de los Estados, el constitucionalismo contemporáneo apuesta por una configuración del discurso de los derechos humanos que traspase fronteras y funcione como proyecto de vida de los individuos.

El reconocimiento de la dignidad humana como premisa fundamental de los Estados constitucionales conlleva a replantear su funcionalidad dentro de las democracias existentes y como verdadero instrumento para la procuración del bienestar de los seres humanos. Si bien es cierto su reconocimiento dentro de los textos internacionales de la posguerra, es consecuencia de uno de los momentos más críticos de la Humanidad, su inclusión y aplicabilidad en los sistemas jurídicos estatales parece no alcanzar una plena vivencia y funcionar como mera ornamenta lingüística del constitucionalismo actual.

La protección de la dignidad humana y, por tanto, de los derechos fundamentales constituye un bien jurídico de protección y reconocimiento global, el cual esencialmente se encuentra fundamentado en los postulados kantianos. Kant, a través de una moralidad ilustrada, interpreta una moderna Constitución del mundo a través de las subjetividades que dotan a los agentes morales de una valía intrínseca y trascendental.

Lo anterior ha desempeñado un papel primordial dentro de los ordenamientos, así como dentro de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales competentes; el término se manifiesta únicamente haciendo alusión a una serie de cualidades propias del mismo; inalienable, intransferible, inviolable, entre otras más, que hacen inferir su carga filosófica, pero en ningún momento parecen tratar de colmar de manera contundente las necesidades de una interpretación extensiva

para las sociedades que sufren paradójicamente las consecuencias de la globalización.

Se necesita de una interpretación de la dignidad, que si bien está presente en los ordenamientos jurídicos de orden local e internacional —aunque dicha situación no garantiza sea verdadera aplicación—, debe encontrar una proyección realizable no sólo como ente jurídico abstracto y hasta cierto punto vacío; por el contrario, su verdadero encuentro será posible en cuanto se busquen los contextos para el desarrollo de la calidad de vida de los individuos, es decir, de sus propias capacidades.

V. Fuentes citadas

- AGAZZI, Evandro (2011), “¿Por qué tienen derechos los seres humanos?”, en Granja Castro, Dulce María *et al.*, *Moral y derecho. Doce ensayos filosóficos*, SCJN, UAM Unidad Iztapalapa, México.
- ALEXY, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (2008), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito.
- BECCHI, Paolo (2012), *El Principio de la dignidad humana*, Fontamara, México.
- BLOCH, Ernst (2011), “Altusio, Hobbes, Grocio, Derecho Natural racionalista y reconstrucción de las leyes”, en *Derecho natural y dignidad humana*, Dykinson, Colección Clásicos, Madrid.
- BODENHEIMER, Edgar (1994), *Teoría general del derecho*, FCE, México.
- CARPIO MARCOS, Edgar (2000), “El significado de la cláusula de derechos no enumerados”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 3, julio-diciembre, UNAM, México.
- FERNÁNDEZ POSTIGO, José Chávez (2014), *Persona Humana y Derecho. Un diálogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Porrúa, México.
- HÄBERLE, Peter (2007), *El estado Constitucional*, UNAM, México.
- HUSTER, Stefan (2012), “La cultura en el Estado Constitucional”, en *Estado y cultura*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Fontamara, Madrid-México.
- KANT, Immanuel (2010), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tomo, México.
- LEFRANC WEEGAN, Federico César (2011), *Sobre la Dignidad Humana: Los Tribunales, la Filosofía y la experiencia atroz*, UBIJUS, México.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio (2009), “El tardío desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la dignidad humana en el estado constitucional mexicano”, en *Derecho en libertad*, número 3, año 2, julio-diciembre, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México.
- MAIHOFFER, Werner (2008), *Estado de derecho y dignidad humana*, B de F, Buenos Aires.
- NUSSBAUM, Martha (2007), *Las fronteras de la justicia*, Paidós, Barcelona.
- OTERO PARGA, Milagros (2006), *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*, Porrúa, México.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis (2012), *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico morales*, Fontamara, México.
- SHUTE, Stephen *et al.* (1998), *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid.
- TORRALBA ROSELLO, Francesc (2005), “¿Qué es la dignidad humana?”, Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tris Tram Engelhardt y John Harris, Herder, Barcelona.

Otras fuentes

- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica por medio de su sala constitucional: Sentencia 9576-05 del año 2005. Consultar en <[http://sitios.poderjudicial.jo.cr/salaconstitucional/constitución% Política/Sentencias/2005/05-09576htm](http://sitios.poderjudicial.jo.cr/salaconstitucional/constitución%20Politica/Sentencias/2005/05-09576htm)>.
- Constitución de la República Federal de Alemania de 1949, en <www.btg.bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

III

EL DERECHO HUMANO A LA AUTODEFENSA Y SU VALORACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Enrique Uribe Arzate
Rosa del Carmen Santiago Chávez
Alejandra Flores Martínez

SUMARIO: I. Introducción; II. Delimitación normativa del derecho a la autodefensa; III. Orden público versus autodefensa: fundamentos y posibilidades reales; IV. Prospectiva: ¿bienes jurídicos en peligro inminente?; V. A modo de conclusión.

I. Introducción

Como hemos visto, el armado del Estado constitucional es todavía una tarea que requiere mucho trabajo y mejores escenarios para la vida colectiva. Poder público y derechos humanos deberán ser regulados, tratados y procurados con particular pericia si deseamos mirar pron- to resultados plausibles. Es evidente que, con mucho, los derechos humanos son el tema más estudiado y discutido en esta época; probablemente esto tiene que ver con las múltiples violaciones cotidia- nas que acontecen en el contexto mexicano e internacional. En consecuencia, se han convertido en una de las áreas más preocupan- tes para situar el disfrute objetivo de los derechos y su relación con la capacidad de control y gobernanza del Estado constitucional. En México, desde 1990, comenzaron a fluir las reformas para establecer un sistema de derechos y garantías. El antecedente inmediato de aquellas instituciones fue la efervescencia social y de corte político que se suscitó a partir de 1998,¹ mediante el incremento en las rela-

¹ La gran participación electoral en 1988 y la creación de la Comisión de los Dere- chos Humanos como respuesta a los mecanismos de revisión democrática del poder:

ciones y tensiones entre el poder político y el pueblo mexicano. Los ejes de aquellas políticas nacionales e internacionales de los 90, que nos parecen lejanas, siguen patentes: seguridad, democracia, comercio, narcotráfico, justicia, elecciones y fuerzas políticas.

El tema del que vamos a hablar en este capítulo se centra en el derecho a la autodefensa y aborda tangencialmente la democracia como forma de protección; pero también tiene implicaciones sobre políticas institucionales de seguridad y de identidad cultural, y las cuestiones sobre la protección de los individuos frente a las amenazas locales.

Desde luego, el tema explora los puntos relativos al derecho de defenderse, que tiene que ver con la forma de organización de la sociedad y de la garantía institucional de la seguridad. No existe un debate doctrinal del derecho de autodefensa,² pero sí queremos precisar que se trata de cuestiones que rebasan los límites del derecho (como ciencia exacta) y nos llevan al terreno de la política y la sociología.

Las referencias que aquí daremos provienen de datos e información de las entidades federativas de Guerrero y Michoacán, con algunos otros aportes sobre las autodefensas del estado de Oaxaca. Se trata de la emblemática región occidental de México denominada de «tierra caliente», que históricamente ha sido cuna de movimientos de insurgencia y confrontación con el Gobierno.³ Entre los factores que favorecen la ausencia de gobernabilidad de esta región se en-

«Respecto de los antecedentes directos de la CNDH, el 13 de febrero de 1989, dentro de la Secretaría de Gobernación, se creó la Dirección General de Derechos Humanos. Un año más tarde, el 6 de junio de 1990 nació por decreto presidencial una institución denominada Comisión Nacional de Derechos Humanos, constituyéndose como un organismo desconcentrado de dicha Secretaría. Posteriormente, mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992, se adicionó el apartado B del artículo 102, elevando a la CNDH a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, dándose de esta forma el surgimiento del llamado Sistema Nacional no Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos». Tomado de Comisión Nacional de Derechos Humanos, <<http://www.cndh.org.mx/Antecedentes>>.

² El análisis que se ha hecho hasta este momento es periodístico con escasas referencias doctrinales. Se puede ver en “Autodefensas” en sitios web de CNN en español, *El Universal, La Jornada, Proceso*.

³ No olvidemos que la lucha de Independencia mexicana tuvo ecos en la Sierra Madre Occidental con Vicente Guerrero; que José María Morelos luchó en lo que hoy es Michoacán, y que el Plan de Ayala tuvo su manufactura en la región azucarera del estado de Morelos; por lo demás, la Costa Grande de Guerrero vio nacer la Lucha del Partido Mexicano de los Pobres y de Genaro Vázquez. Al respecto, ver Oikión (2007: 65-82).

cuentran la pobreza, la explotación económica, el abandono gubernamental y, ahora, la constante agresión de los grupos armados y de narcotráfico, que genera desplazamiento en algunas regiones.

Resultados del censo público correlacionados con los datos sobre los homicidios y la criminalidad muestran una fuerte relación causal entre la violencia y el desplazamiento interno en México. Durante la última década, cientos de miles de personas se han visto obligadas a huir de sus hogares y comunidades. Los estados de Chihuahua, Tamaulipas, Durango, Michoacán, Nuevo León, Sinaloa, Sonora y Guerrero tienen las peores afectaciones.

Según una encuesta de 2010 del gobierno, más de uno de cada 100 familias tiene al menos un miembro que cambió su residencia en el miedo de su bienestar físico, pero ningún estudio exhaustivo de desplazamiento se ha llevado a cabo.⁴

Entonces, el panorama del desplazamiento de grupos es notable. Las afectaciones al derecho a la libertad, integridad personal, trabajo y libre tránsito han generado un temor fundado en la sociedad que, al no encontrar otra alternativa, decide huir de su región e incluso del país.⁵ La justificación es que cada grupo o familia busca un mejor nivel de vida, lejos del temor a ser privado de la libertad, secuestrado, o muerto por las bandas de traficantes, por la policía o por cualquier otro agente de los que están inmersos en la guerra contra el narcotráfico. Asimismo, el desplazamiento interno tiene que lidiar con la migración de Centroamérica y los problemas que esto conlleva.⁶

⁴ Esto lo ha observado la organización Suiza Internal Displacement Monitoring Centre, en *Mexico: Internal displacement in brief*, disponible en <<http://www.internal-displacement.org/>>.

⁵ Esto es notorio en el norte (Monterrey, Tamaulipas, Ciudad Victoria, Ciudad Juárez) y en el sur de Michoacán, Costa Grande de Guerrero y Oaxaca); por ejemplo, desde 2010 un estudio alertaba: «Las primeras cinco entidades donde sus habitantes dijeron sentir que la cantidad de delitos se había incrementado son: en primer lugar, Chihuahua, con 80% de la población mayor de 18 años; Sinaloa, con 76%; Durango, con 73%; Nuevo León, con 72%, y Morelos, con 71%. En estas condiciones, hemos transformado nuestras actividades diarias... Muchos de los secuestrados cierran sus negocios y huyen hacia Estados Unidos, lo que genera desempleo. Llama la atención que las autoridades, locales y estatales, estén empeñadas en querer reactivar el turismo en la región, cuando evidentemente está ocurriendo un éxodo masivo de los pobladores de lo que un día fue un “Pueblo Mágico”». Ver Durin (2012: 29-42).

⁶ La ONU ha documentado esto y asevera que: en la ciudad de Tapachula, estado de Chiapas, se encontraron personas guatemaltecas, salvadoreñas y hondureñas víctimas de desplazamiento forzado, huyendo de amenazas por parte del CO y de crímenes sufridos directamente con su familia. Se observó *in situ* la presencia de

Aunado a este panorama crítico, las personas se ven obligadas a tomar acciones extremas que rebasan toda capacidad institucional y social para hacer frente, de alguna manera, a la violencia y a la privación de los bienes más preciados: la seguridad personal, la vida, la integridad física y psicológica.

Las notas de prensa dan cuenta del incremento notorio de los grupos que, en diversas partes del país, han surgido para proteger las comunidades en que viven.

La reciente proliferación de grupos civiles de autodefensa y policías comunitarias ha sido provocada por la incapacidad del Estado para responder a la crisis de violencia y de inseguridad que azota diversas regiones del país. En un recuento en medios locales y nacionales, se contabilizan más de 36 grupos (cuerpos de seguridad comunitarios, policías rurales, guardias blancas, de autodefensa civil y grupos paramilitares) en 16 estados del país (Chiapas, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Estado de México, Sonora, Oaxaca, Veracruz, Tamaulipas, Chihuahua, Tabasco, San Luis Potosí, Puebla, Quintana Roo y Tlaxcala).⁷

Por ello, el estudio de este tema no es una cuestión menor para el Estado y la seguridad. Se trata de buscar una explicación lógica al problema de la inseguridad y al problema del uso de la fuerza por particulares para defenderse de la inseguridad. No vamos a decir que está bien o que está mal, porque más allá de cualquier expresión valorativa, el derecho está obligado a buscar y emitir respuestas racionales-normativas a los problemas provenientes de actos que afectan

mujeres solas con hijos, hondureñas y salvadoreñas, que huyen porque han asesinado a sus esposos y debieron dejar el país. En la mayoría de los casos expresan que el ente persecutor son miembros de maras, unidos con grupos narcotraficantes como los Zetas. Ver «Desplazamiento Forzado y Necesidades de Protección, generados por nuevas formas de Violencia y Criminalidad en Centroamérica», elaborado por el Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes (CIDEHUM) a solicitud del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, mayo de 2012, p. 33.

⁷ Jesús Ramírez Cuevas, “Policías comunitarios, grupos de autodefensa y paramilitares”, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2013/05/18/cam-grupos.html>>; y agrega: «Los grupos de autodefensa. A la autodefensa recurren ciudadanos que buscan defenderse de la delincuencia, aunque algunos también protegen a sus pueblos de agresiones oficiales o de proyectos empresariales; estos grupos se rigen por sus propias normas y no rinden cuentas a nadie. Estas reacciones sociales han sido consecuencia directa de la absurda guerra contra el narco, declarada por Felipe Calderón, que disparó la violencia y los asesinatos. Con el PRI en el poder, la crisis de seguridad ha empeorado».

la seguridad y legitimidad de la autoridad en el Estado. La existencia de grupos armados, distintos a las fuerzas oficiales, es un indicador claro de la frágil capacidad de respuesta estatal y de la tenue confianza en las instituciones y del desgaste (así como de la corrupción) de las fuerzas oficiales de seguridad pública.

II. Delimitación normativa del derecho a la autodefensa

Así las cosas, el objeto de conocimiento versa sobre la importancia de reconocer la delimitación normativa del derecho a la autodefensa, de su objetivo en el Estado constitucional y de sus contornos con el orden público y la capacidad del Estado para llevar a cabo sus funciones de seguridad. La seguridad del Estado —como función pública— se ha visto rebasada por la serie de acontecimientos delictivos que se han presentado sistemáticamente en la región norte y sur-occidente del país. El presente estudio únicamente abordará el fenómeno del sur-occidente. La razón es porque ahí surgieron los primeros grupos conocidos como «autodefensas».

Aclaremos que no se hará un análisis de la problemática social o comunitaria. El objeto de estudio obedece más a los problemas jurídicos y conceptuales del derecho a la autodefensa como derecho humano. Es un tema relativo a la teoría de los derechos humanos, no es un tema con tintes etnográficos. La explicación que se busca es dentro del sistema de conceptos y sólo se hará referencia a los datos que, a primera vista, se aludirán mediante una descripción selectiva para explicar el fenómeno de las autodefensas. De esta forma, el presente capítulo pretende dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- ¿Cuáles son las implicaciones del derecho a la autodefensa para las instituciones del Estado constitucional?
- ¿Qué significa orden público y por qué los particulares son parte o contraparte de este concepto?
- ¿De qué forma puede construirse un concepto de derecho humano a la autodefensa?

Una afirmación central es que la seguridad pública constituye el núcleo de la justificación de la existencia del Estado. La fuerza y legitimidad del Estado se justifican porque protegen a los ciudadanos de la opresión de los fuertes sobre los débiles; y del mismo Estado frente a sus gobernados. Cuando se habla del Estado se habla del bien común, de la justicia, del orden público y de la gobernanza como sistema

de vida. En este orden justo se edifica la acción de los gobernantes (De Bartolomé, 2002: 121-123) para conseguir la paz y los anhelos sociales.

En este tenor, la existencia del Estado se debe a la existencia de la sociedad civilizada; desde la *polis* griega hasta los principados de la Edad Media, el orden jurídico ha sido la estructura sobre la que se edifica la convivencia humana. Pero ¿qué sucede cuando nos enfrentamos a problemas de secuestro, cobro de «derecho de piso», asesinatos y violencia regional que afectan a poblaciones enteras?

La respuesta que puede dar el Estado no tiene una articulación lógica, inmediata ni plenamente correcta o eficiente. Lo que podemos hallar son los indicadores que van a mostrar cuáles son las mejores herramientas normativas para enfrentar el problema de la legitimidad de la fuerza pública de un sector de la sociedad.

En este panorama, el Estado constitucional (apenas germinal) puede ser rebasado por la lucha contra la criminalidad al tener que lidiar, al mismo tiempo, con la investigación y prevención del tráfico de drogas, instaurar los procesos para el castigo de los delincuentes, generar escenarios para la protección de la sociedad civil; en suma, la eficiencia de los cuerpos de seguridad pública y de las fuerzas armadas (y, en este caso, el uso racional de la fuerza) tiene muchas desventajas por la realidad que enfrenta. Como problema adicional están los procesos electorales que se ven empañados por la intervención de grupos de la delincuencia organizada con el financiamiento o la extorsión a los actores políticos.

Desde esta breve perspectiva de datos, surgen interrogantes al problema de fondo: ¿es la seguridad una función exclusiva del Estado?; ¿qué hacer para ampliar la seguridad de las comunidades?

En principio, es necesario acudir a la Constitución para conocer la respuesta. Si atendemos el contenido y el marco del artículo 21 constitucional, dicha fuente normativa nos dice que:

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, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas [...]

De esta manera, en el Estado constitucional el monopolio de la seguridad pública corre a cargo de los tres órdenes de Gobierno. Ya sea que se trate de funciones de prevención, investigación o persecución, la norma constitucional no prevé la participación ciudadana como parte de la «institucionalización» de las fuerzas de seguridad. La cuestión más delicada es que, ante la incapacidad lamentable de los cuerpos habituales de seguridad, la sociedad decidió organizarse *motu proprio* para defender, *per se*, los valores vitales del ser humano.

Ahora bien, es indiscutible la necesaria participación de las fuerzas de seguridad pública junto con las armadas y las de procuración de justicia (policías federal y ministerial, de cada una de las entidades federativas). Más que un signo de debilidad, consideramos que el problema es una oportunidad para la fortaleza institucional de coordinación entre distintos cuerpos de seguridad que, al fin y al cabo, forman parte del Estado y atienden los fines constitucionales.

Aquí llegamos al centro del debate consistente en definir y, en su caso, delinear los contornos de la cooperación de los particulares en la defensa de la seguridad y del Estado como entidad colectiva y de su intervención para mejorar las condiciones del entramado social. Si partimos de la idea de que la Constitución obliga a todos, entonces, es obligación de los particulares colaborar en las labores de prevención y persecución de los delitos.⁸

Por lo tanto, inicialmente podríamos mencionar que la participación de los particulares es parte de la obligatoriedad de atender los deberes constitucionales, pero ¿se afecta el papel del Estado como órgano garante del orden público? Antes de responder esta cuestión es necesario afirmar que la separación entre Estado y sus gobernados no debe ser tajante; lo que más nos debe importar es la cooperación entre actores sociales y el Estado para hallar la solución a los problemas de cada contexto social y regional.

En otras palabras, la capacidad de gobernar tiene que ver con la capacidad de todos los actores políticos para crear un consenso en torno a temas que suscitan desacuerdos. Ahora bien, el papel del Estado como garante del orden público puede incrementar su efectividad si se atiende a la participación comunitaria. El orden público

⁸ Recordemos que, en el caso de la flagrancia, el artículo 16 constitucional señala que un particular puede detener a otro si hay flagrancia, y si esto ocurre debe ponerlo sin demora a disposición de la autoridad competente.

(como concepto) es una metanorma que no tiene un matiz preciso, sino que debe atender el contexto normativo y social para decidir si se afecta o si se fortalece. Al respecto, De Bartolomé (2002: 142) señala que «el orden público se identifica con la idea del orden público material, que a su vez se caracteriza por ser un estado jurídico determinado por la seguridad, la integridad y la tranquilidad, y no como un orden ideal autónomamente operante».

En este sentido, no debemos dar una textura tan abierta del orden público, sino reconocer que se trata de un concepto delimitado, que puede tener sus matices, pero que no por ello hablaremos de él con algún grado de indeterminación, puesto que el orden público es una situación concreta. En cuestión de seguridad, el orden público tiene que ver con las condiciones de armonía para que la sociedad viva sin temor a sufrir un atentado, la privación de sus bienes, la privación de su vida y de su libertad; por ello, el orden público constituye una serie de condiciones objetivas que tienen que ver con el respeto a la constitucionalidad, a la legalidad y el acatamiento de los mandamientos de la autoridad que tengan por objeto dar prevalencia a la seguridad del territorio, de las personas, económica y a los derechos y libertades públicas.

Pero el orden público también sirve como límite a los derechos, como un marco en el que los derechos no van a sobrepasar los límites marcados por el propio orden público. No se puede concebir un Estado constitucional donde el orden público ceda ante cualquier ejercicio arbitrario y desproporcionado de los derechos fundamentales; tampoco se puede invocar el orden público para limitar actos de libertad de expresión, libertad de reunión o del derecho a la disidencia política o a la crítica hacia el Gobierno. Por ende, el orden público siempre es una razón jurídica basada en la lógica del respeto a los valores políticos de una comunidad a los derechos humanos, puesto que son cuestiones interdependientes: a mayor orden público, mayor índice de disfrute de derechos.

Por ello, el orden público tiene que ser delimitado y sus efectos medidos. De tal manera que sea posible predecir el comportamiento de los agentes institucionales y de la sociedad. Aquí nos parece muy oportuno destacar que, de acuerdo al artículo 1 constitucional, el orden público mexicano está implantado en la base de los derechos humanos nacionales y convencionales por el derecho a la seguridad jurídica y a la legalidad, previstos por los artículos 14 y 16 de la Carta Magna; y por el derecho de acceso a la justicia establecido en el artículo 17 del mismo corpus. Aunque no menos importante es la seguridad que el Estado debe reconocer, proporcionar y gestionar.

Por otra parte, como límite y guía de la actuación de las fuerzas de seguridad, el orden público está señalado en el artículo 21 constitucional, porque les ordena actuar bajo los principios de *legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución*.

Entonces, el orden público tiene un marco definido y no se trata de una retórica normativa, mucho menos de algún concepto autoritario. Desde luego, la realidad mexicana muestra claros excesos del uso del «orden público» bajo la justificación política o de seguridad pública. Pero lo que aquí nos interesa es la base constitucional que le ordena a los cuerpos de seguridad unos parámetros normativos para llevar a cabo su función.

Dentro de la jurisprudencia, el orden público tiene la acepción siguiente: *Suspensión. Noción de orden público y su finalidad*:

... constituye la máxima expresión del interés social, como bien constitucionalmente protegido, y una garantía de la sociedad para que las personas y autoridades ejerzan razonablemente sus derechos dentro del Estado, y no sólo consiste en el mantenimiento de la tranquilidad y bienestar colectivo, sino también conlleva la armonía social en cuanto al legítimo ejercicio de los derechos, deberes, libertades y poderes dentro del Estado; esto es, la coexistencia pacífica entre el poder y la libertad. Su finalidad principal es la libertad de los gobernados y asegurar la eficacia de sus derechos, siendo uno de los valores fundamentales que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege y debe ser privilegiado, en la inteligencia de que la libertad implica coordinación, responsabilidad, facultad de obrar con conciencia y acorde con las finalidades legítimas y no de desorden o que únicamente atiendan a intereses de la administración, considerados en abstracto.

En este entendido, la interpretación jurisprudencial del orden público conjuga valores jurídicos que son tanto derechos como obligaciones, pues no cabría aceptar que el orden público sólo fuese respetado por los particulares o únicamente por los agentes y funcionarios del Estado. El orden público es un deber constitucional que obliga a todos los operadores bajo estas premisas de coordinación en torno a los mandatos de la Constitución. Con estas bases conceptuales podemos entrar al estudio de la limitación y cualidad constitucional del derecho a la autodefensa y sus implicaciones con el orden público.

III. Orden público versus autodefensa: fundamentos y posibilidades reales

Hasta aquí hemos analizado el orden público en términos formales. En la realidad, las condiciones de desorden público que provienen de los problemas de inseguridad y falta de acciones objetivas para proteger a las personas y de las limitaciones que *de facto* ocurren en contextos de violencia han propiciado o permitido que las comunidades tomen la fuerza pública en sus manos. Esto ha sido tácitamente aceptado, en principio, luego descalificado y tratado bajo la óptica del derecho penal, de los delitos de portación de armas de fuego, etcétera. Pero para saber si la actuación de los grupos denominados de autodefensa es ilegal o, incluso, anticonstitucional, nos remitiremos a la Constitución para hallar algún fundamento que nos diga si:

- Los particulares pueden usar armas para su defensa.
- El uso de estas armas está permitido.
- Hay algún sustento normativo que reconozca esta situación.
- Se puede hablar de «defensa de la comunidad».

El artículo 10 de la Constitución dice:

Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

En primer lugar, la «tenencia» de armas se justifica para que los ciudadanos tengan un medio de defensa ante las situaciones de peligro en su domicilio. El concepto es abierto, no se describe qué tipo de peligros, es una norma que reconoce la posesión de armas para defender el núcleo de privacidad que es el domicilio.

Asimismo, este precepto señala que el derecho de tener armas tiene que ver con el uso de la legítima defensa y, para mayor análisis, nos remite a su ley reglamentaria. En este caso, dicha ley concede más prerrogativas para el uso de armas de fuego, aunque vale aclarar que no necesariamente a todos los particulares, sino que toma en consideración la existencia de situaciones y condiciones especiales para la portación de armas de fuego en las comunidades rurales. La intención de la norma es otorgar medios de defensa a los grupos de

ejidatarios y comuneros que se vean en la necesidad de afrontar peligros, riesgos y posibles ataques a sus bienes jurídicos.

El artículo 9 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos señala que:

Los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, fuera de las zonas urbanas, podrán poseer y portar con la sola manifestación, un arma de las ya mencionadas, o un rifle de calibre .22, o una escopeta de cualquier calibre, excepto de las de cañón de longitud inferior a 635 mm. (25), y las de calibre superior al 12 (.729 ó 18. 5 mm.).

El derecho que se reconoce a los ejidatarios⁹ y comuneros es muy distinto al del resto de los particulares (que gozan de tal prerrogativa «para defender su domicilio»), ya que mientras a cualquier particular se le exige una licencia, los ejidatarios sólo tienen que manifestar la posesión a la Secretaría de la Defensa Nacional; por tanto, su derecho es doble, ya que se les permite la posesión y la portación. Jurisprudencialmente, esto ha sido señalado del siguiente modo (Tesis: 1a/J.111/2004):

El artículo 9o., fracción II, párrafo segundo, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos contiene una prerrogativa otorgada por el legislador a través del establecimiento de una condición objetiva de punibilidad para que se actualice el delito de portación de arma de fuego sin licencia respecto de las personas que tienen la calidad específica de ejidatario, comunero o jornalero del campo, consistente en que quienes con dicha calidad porten un arma de las especificadas en tal precepto, fuera de las zonas urbanas, y hayan manifestado su posesión a la Secretaría de la Defensa Nacional, para los efectos de su inscripción en el Registro Federal de Armas, no incurrirán en conducta delictiva alguna [...] En ese sentido, debe entenderse que lo que origina el delito de portación de arma de fuego sin licencia, previsto en el artículo 81, en relación con el 9o., de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en lo que corresponde a las personas mencionadas, es la portación fuera del radio de acción en el que se desenvuelven por virtud de su activi-

⁹ Recordemos que la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional señala: «Artículo 12.- Son ejidatarios los hombres y las mujeres titulares de derechos ejidales. Artículo 15.- Para poder adquirir la calidad de ejidatario se requiere: I. Ser mexicano mayor de edad o de cualquier edad si tiene familia a su cargo o se trate de heredero de ejidatario; y II. Ser avecindado del ejido correspondiente, excepto cuando se trate de un heredero, o cumplir con los requisitos que establezca cada ejido en su reglamento interno».

dad, esto es, en alguna zona urbana, aun cuando hubiesen hecho la manifestación respectiva sobre su tenencia, pues en este caso no se estaría dando el uso para el cual el legislador previó el trato preferente. En cambio, cuando el que teniendo la calidad específica mencionada, porte o posea alguna de las armas a que se refiere el párrafo segundo de la fracción II del artículo 9o., de la ley citada fuera de las zonas urbanas, esto es, dentro del radio en que ejerce la actividad inherente a su calidad específica, pero sin haber realizado la manifestación respectiva ante la autoridad correspondiente, no comete el delito de portación de arma de fuego sin licencia...

Como vemos, la portación y la posesión de armas para los ejidatarios —siempre y cuando estén dentro de su zona rural o ejido (y no se hallen en zonas urbanas)— no constituye delito. Este es un derecho previsto en la norma constitucional para favorecer la actividad y garantizar los derechos derivados de la Ley Agraria, provenientes del artículo 27 constitucional, relativo a la organización de la propiedad ejidal. Por tanto, existen bases constitucionales para que los grupos de ejidatarios hagan uso de los medios de protección de sus derechos, bienes, propiedades y posesiones, mediante la posesión y portación de armas de fuego.

Existe otro fundamento legal: desde 1964, bajo la presidencia de Manuel Ávila Camacho, se creó un sistema de cooperación entre fuerzas rurales y el Ejército. Las normas que están establecidas en el Acuerdo respectivo reconocen la formación de grupos rurales de seguridad pública que actuarán en el ejido que les corresponda:

Artículo 4o.- Todo ejidatario perteneciente a una Unidad de Defensas Rurales, queda sujeto a las normas disciplinarias estipuladas en el presente Instructivo y demás ordenamientos militares, en su parte correspondiente. Artículo 5o.- Los Rurales, cualquiera que sea su clasificación, tendrán siempre presente que al confiarles la Nación un arma para la defensa de su vida, la de sus familiares e intereses, así como para que cooperen a sostener y hacer respetar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes que de ella emanan y a las Instituciones del País.

El reconocimiento legal y la organización de defensas rurales por medio del acuerdo de la Secretaría de la Defensa Nacional (en adelante Sedena) se traducen en una norma general que puede ser vinculada con las comunidades donde existan ejidos. De algún modo, se reconoce la participación militar en la formación de grupos civiles

armados con el afán de proteger las áreas rurales. El artículo 5 del citado acuerdo pone énfasis en el cumplimiento de los deberes y dice: «que la distinción que se les ha otorgado les exige ser buenos ciudadanos dispuestos a cooperar con desinterés en las tareas cotidianas de sus vecinos y cumplir con abnegación y celo sus deberes, así como obrar con lealtad al Gobierno constituido».

Por lo tanto, la formación de estos grupos está relacionada con la lealtad institucional; agregaríamos que se trata de una «lealtad constitucional» al poder público. De esta manera, de acuerdo a las normas revisadas, aumentan los fundamentos legales y constitucionales para la existencia de los grupos de defensa comunitaria (autodefensas). Desde luego, el nombre que han adoptado es diverso; institucionalmente, podría hablarse de guardias rurales y grupos de defensa de comunidades, únicamente donde haya ejidos. Aunado a ello, existe otra forma de reconocer la autonomía de la seguridad comunitaria, formalmente hablando, a los grupos; por ministerio del artículo 2 de la Constitución, los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación de sus usos y costumbres y pueden realizar labores de seguridad pública bajo sus leyes.¹⁰

Por lo tanto, hasta aquí hemos definido los fundamentos normativos que nos llevan a considerar que sí es posible que grupos de personas de una comunidad se organicen en torno a la protección de sus bienes jurídicos y de sus propiedades. La restricción es normativamente viable para grupos ejidales y las comunidades indígenas. La teleología de la norma constitucional busca proteger la función de la propiedad y el entorno de grupos débiles, y debe interpretarse en términos de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional en relación con el artículo 2, que reconoce las formas autóctonas de gobierno indígena.

En la norma todo parece claro o al menos no tan complicado, pero la realidad rebasa la norma: ¿Cuál es la implicación para la legítima defensa en el contexto de violencia?; ¿se puede hablar de legítima defensa en el contexto colectivo?

¹⁰ El artículo 2, apartado A, les reconoce la elección de sus autoridades conforme a lo siguiente: «III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutará y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales».

En el derecho penal tratándose de los delitos contra la integridad física o la vida, tenemos conocimiento de que (en forma individual) el derecho a la legítima defensa tiene que ver con la existencia de una agresión (real, actual o inminente), la repulsa a esa agresión, que debe cumplir ciertos requisitos de temporalidad, necesidad, racionalidad, y que no medie provocación dolosa suficiente (Leguizamó, s.f.: 151 y 152). Esto no excluye la antijuridicidad, es decir, lo contrario al derecho; lo que excluye es que esa conducta se justifica porque el sujeto activo se hallaba en peligro; porque su derecho, que vale lo mismo que el derecho de la víctima, se hallaba en peligro actual, real e inminente. Sin embargo, en materia de defensa comunitaria la situación es distinta, se podría hablar plenamente de afectación a bienes jurídicos colectivos siempre y cuando se tengan delimitados estos bienes jurídicos.

En el caso de los ejidatarios, los bienes jurídicos son los que propiamente integran el patrimonio del ejido, pero también puede hablarse de una afectación a la comunidad, cuando los grupos delincuenciales extorsionan sistemáticamente a la mayor parte del grupo o a las autoridades; de manera tal que la agresión individual se transforma en una forma de agresión a los valores comunitarios a la vida social, y al orden público. Así, surge la ruptura del orden público, porque al ser una condición objetiva para el ejercicio de los derechos, esas condiciones de armonía se rompen. Por tal motivo si la delincuencia organizada de forma actual y real pone en peligro constante el bien de la seguridad pública en un lugar determinado, y esto hace imposible, o al menos disminuye la facilidad de la vida comunitaria, puede decirse que la «legítima defensa colectiva» es una respuesta a la afectación de los valores comunitarios.

IV. Prospectiva: ¿bienes jurídicos en peligro inminente?

El surgimiento de los grupos de autodefensa se remonta a la década pasada. La Comisión Nacional de Derechos Humanos ha llevado a cabo un estudio extenso del surgimiento de los grupos de autodefensas en Guerrero. El informe expone varios indicadores que no deben perderse de vista cuando se trata el tema de las autodefensas: las condiciones precarias de zona geográfica, la falta de servicios públicos, el abandono gubernamental que debilita la noción de «autoridad» y, en consecuencia, la facilidad con que los grupos del crimen organizado pueden actuar en esas zonas para realizar acciones delictivas consistentes en producción, almacenamiento de drogas y enervantes,

secuestros, extorsiones, y como zonas de agrupación y adiestramiento de sus grupos de enfrentamiento.

El informe tiene una metodología cualitativa, recabó datos *in situ*, entrevistas a víctimas y testigos, revisó documentación oficial sobre denuncias de homicidio, secuestro, extorsiones, etcétera. Su contenido constituye un parámetro amplio de referencia ya que, conjugado con las acciones delictivas habituales, Guerrero es la entidad en la que se han presentado delitos que entran en la tipificación de crímenes de lesa humanidad (la desaparición forzada de los normalistas en Iguala, septiembre 2014). Así, la CNDH, estableció que:

9. Para este Organismo Nacional el surgimiento de los grupos de auto-defensa permite observar un sistema de seguridad pública ineficiente, así como cuerpos policiacos y autoridades de procuración de justicia que no ofrecen respuestas en la prevención del delito y el combate a la delincuencia. También se observa que las personas excluidas de la protección estatal han tenido que organizarse e intentar restablecer el orden en sus comunidades. 11. Además, resulta preocupante que la población del estado de Guerrero ha estado continuamente inmersa en violaciones a los derechos humanos en la mayoría de las comunidades, en donde prolifera el abuso del poder, la falta de aplicación de la ley, el incumplimiento de las reglas del debido proceso y la ausencia de sanciones legales a aquellos servidores públicos infractores.

A modo de resumen, el informe de referencia es un retrato de la situación que viven muchos otros lugares de México (Chihuahua, Tamaulipas, Michoacán, Jalisco). Por lo tanto, la señal para el surgimiento de las autodefensas es ésta: la debilidad y el abandono de las fuerzas de seguridad estatal para proteger a la población. Tomando prestada la terminología del derecho penal, podríamos señalar que este surgimiento se relaciona con la agresión real, actual o inminente. No podemos decir que se trate propiamente de una entidad con la cualidad de Estado fallido,¹¹ pero en mucho, las entidades de la República muestran falibilidad institucional para articular soluciones bajo el imperio del derecho. Sobre este punto (Zapata, 2014: 87-110):

¹¹ Mathias Herdegen explica que el Estado fallido lleva a la completa desaparición del poder estatal, el Estado sigue existiendo pero su capacidad para ejercer funciones es poca, y que, a la postre (como en el caso de Somalia) se pueden convertir en una amenaza a la seguridad internacional. Cfr., Derecho Internacional Público, (2005: 88 y 89).

... podría decirse que un Estado es fallido o comienza a fallar cuando las estructuras internas no son viables, y por ende, el aparato se hace disfuncional y se complejiza al momento de responder a todas las demandas de la ciudadanía; llevando a que los bienes tanto políticos como sociales, económicos y culturales, se vean deteriorados. Así, se dirá que un Estado falla cuando otros agentes le disputan el monopolio de la violencia, las condiciones de inseguridad se establecen como un común denominador, las políticas sociales se hacen ineficaces para responder a las demandas de la comunidad, el régimen político se degenera y deja de representar o servir a las personas, la economía es obsoleta y genera todo tipo de crisis, el desarrollo humano y la seguridad humana no se garantizan o son precarios, entre otros.

De los hallazgos fácticos de la CNDH, sin lugar a dudas Guerrero es algo más que una entidad con problemas de delincuencia. Las estructuras de gobierno han disminuido su capacidad de «gobernar» y no ven posibilidades de recuperar el entorno de paz, el orden público y la armonía comunitaria. Esto pudo verse antes de las elecciones del 7 de junio de 2015, pues fueron precedidas por un panorama de homicidios de candidatos a diputados y presidentes municipales en distintos puntos de la región y del país.¹²

Por ello, la relación entre violencia y ausencia de canales democráticos es palpable en las sociedades que no tienen fortaleza en la seguridad pública, pues ante esta falla, los grupos de poder delictivo ensanchan sus operaciones, extienden sus redes e incluso logran aceptación comunitaria para imponer orden (aparente y desde luego cuestionable) en sus zonas de influencia.

Por otra parte, es innegable que la violencia en las entidades federativas se incrementó de manera exponencial a través de la declaratoria de guerra contra el narcotráfico en 2006. Las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo carecieron de un estudio y diagnóstico previo, no se

¹² Proceso hace el recuento: «Un comando asesinó este martes a Miguel Ángel Luna Munguía, candidato del PRD a diputado federal en el distrito 23 del Estado de México, correspondiente al Valle de Chalco. Con el crimen de Luna Munguía suman ya 20 políticos ejecutados en 10 entidades, rompiendo el récord de asesinatos en un proceso electoral federal reciente. A estos homicidios se suman más de 70 episodios de secuestros, amenazas de extorsión y de muerte, agresiones de grupos de choque y ataques directos a las instalaciones del INE. El 21 de mayo, un grupo de sujetos sin identificar lanzó granadas en las instalaciones del INE y de la Policía Federal (PF), en Matamoros, Tamaulipas, la entidad donde la narcoviencia le cobró la vida al candidato a gobernador del PRI en 2010, Rodolfo Torre Cantú». Ver nota de Jenaro Villamil, en <<http://www.proceso.com.mx/?p=406191>>.

previeron objetivos a corto y ni a mediano plazo.¹³ El resultado está a la vista, la confianza en las instituciones de administración y procuración de justicia¹⁴ se erosionó, al mismo tiempo que la del Ejército; y como resultado más pernicioso se tiene la percepción ciudadana de falla sistemática de las instituciones.

Ante este panorama de debilidad institucional sobre la seguridad pública y el orden público, las autodefensas justifican su existencia y legitiman su actividad. Las comunidades tienen que encontrar formas de organización (y de reacción) ante los graves problemas que se han vuelto cotidianos. Vivir en un estado de tensión permanente debido a la presión de los grupos criminales ha llevado a las personas a buscar una forma de defenderse de tantas arbitrariedades. Por ejemplo, éste fue uno de los hallazgos del informe de la CNDH sobre Guerrero: en 46 municipios de Guerrero se tienen documentados al menos seis grupos de autodefensas y autoridades comunitarias.¹⁵ Ello demuestra la falta de confianza institucional, pero sobre todo, la fragmentación de la seguridad pública, que de tan débil tiene que dar paso a la seguridad privada.

Ahora bien, la incursión de los grupos de autodefensa no garantiza que el orden público mejore e impere la ley. Sin embargo, lo que

¹³ «Desde el inicio de su gestión, Felipe Calderón Hinojosa señaló que la demanda principal de las familias mexicanas era la seguridad, por lo que encomendaría a los titulares de las secretarías de la Defensa Nacional (Sedena), la Marina (SEMAR), la SSP y la PGR, la mayor responsabilidad en el combate contra la delincuencia, el narcotráfico y el crimen organizado. A partir de entonces, el propósito de la política de seguridad se basó en actuar frontalmente contra la delincuencia. Y, en función de las dependencias a las que el presidente Calderón encargó este mandato, la política se consideró como un compromiso de seguridad nacional y no sólo de seguridad pública. Dicha política colocó como objetivo la seguridad de las familias, y si bien cumplía el mismo papel en la ley de seguridad nacional, nunca se estableció una estrategia clara para alcanzar lo planteado. Es decir, no existe una política pública concreta que coordine los esfuerzos gubernamentales e intergubernamentales». Ver Montero (2012).

¹⁴ El informe de la CNDH (párr. 43) dice: «el problema de la inseguridad pública puede tener diversas causas estructurales. Entre ellas destacan las causas políticas, relacionadas con la existencia de servidores públicos no comprometidos que abandonan su función; las jurídicas, relacionadas con sistemas de seguridad y justicia ineficaces que propician la impunidad y la falta de respeto constante a los derechos humanos, y las causas sociales y culturales, entre otras la incidencia criminal y la cultura de violencia que impera». Ver Informe especial sobre los grupos de autodefensa y la seguridad pública en el estado de Guerrero, <<http://www.cndh.org.mx/Antecedentes>>.

¹⁵ «Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC), Unión de Pueblos Organizados del Estado de Guerrero, Unión de Pueblos de la Costa Grande, Coordinadora Regional de Seguridad y Justicia-Policía Ciudadana y Popular, Policía Ciudadana de Olinalá, Movimiento Apaxtlense Adrián Castrejón» (párr. 42). Ver Informe especial sobre los grupos de autodefensa y la seguridad pública en el estado de Guerrero, <<http://www.cndh.org.mx/Antecedentes>>.

sí es un hecho es que la burocratización de las funciones de seguridad no es un indicador positivo de que los derechos se respeten, pues de nada sirve la existencia de instituciones si no hay condiciones para el ejercicio de los derechos; el Estado, su legitimidad y poder de decisión, coacción y dirección de la sociedad no debe confundirse con burocracia.¹⁶

Uno de los problemas de la defensa colectiva de la seguridad tiene que ver con la institucionalización. En virtud de que los grupos de autodefensa aumentaron en número, la única forma de legitimar esa intervención era reconocerles cierto derecho a participar como *policías comunitarias*. En el caso del estado de Michoacán, se tienen documentados diversos grupos de autodefensas que luego se transformarían en guardias o policía comunitaria. En un estudio muy concreto, Rivera Velázquez (2014) expone la formación de estos grupos en tan sólo un año:

En febrero de 2013, en los municipios de Tepalcatepec y Buenavista, en el extremo occidental de la Tierra Caliente (véase el mapa 2), se formaron grupos de civiles armados decididos a enfrentarse a los Caballeros Templarios para detener la expoliación de la que eran víctimas miles de pobladores [...] Unas cuantas semanas después, el ejemplo de Tepalcatepec y Buenavista había cundido en Coalcomán, Aguililla y Chinicuilta, en la Sierra del Sur; pronto surgieron grupos de autodefensa en la Costa: Aquila y Coahuayana; inclusive en Yurécuaro, en el extremo norte del estado, se formó una guardia comunitaria. Y a partir de noviembre de 2013 el Consejo de Autodefensas decidió emprender la expansión a muchos municipios más, avanzando sus fuerzas acrecentadas a la Meseta y varios municipios de la Tierra Caliente.

Como lo expone el autor citado, las autodefensas surgen en Michoacán como una forma de eliminar la violencia sistemática im-

¹⁶ El informe de la CNDH sobre Guerrero dice en su párrafo 278: «Debe destacarse que estas acciones y omisiones por parte de la autoridad estatal, relacionadas con la seguridad pública, han generado en estas regiones de la entidad federativa que impere la violación a los derechos humanos, y que no sea posible hablar de la existencia de un Estado de Derecho. Con estas omisiones, el Gobierno del Estado de Guerrero ha incumplido con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, en específico, aunque no limitadamente, a los derechos humanos a la vida, integridad y a la seguridad personal, a la libertad, al acceso a la justicia y, también, a la paz pública». Ver Informe especial sobre los grupos de autodefensa y la seguridad pública en el estado de Guerrero, <<http://www.cndh.org.mx/Antecedentes>>.

plantada por el crimen organizado. La cuestión que preocupa es que la organización de los grupos rebasa incluso la propia estructura de seguridad pública de todos los niveles de gobierno. Máxime que, en el combate al narcotráfico, están inmersos el mayor financiamiento y presupuesto¹⁷ para los cuerpos de seguridad del Ejército, la Policía Federal, las policías estatales y las policías municipales.

Sin duda, la configuración de grupos de autodefensas en Michoacán representaba un punto de inflexión para la función de seguridad y el papel del Estado. En el lugar donde seis años antes el gobierno inició su fallida guerra contra el narcotráfico, en 2013 se convertía en una entidad con las características del *Estado fallido*: ausencia de gobernabilidad, problemas recurrentes de enfrentamientos entre grupos armados, aumento de la violencia en contra de la sociedad civil.¹⁸ En suma, un contexto donde difícilmente se puede hablar de orden público o de prevalencia del Estado de derecho.

Aún más, la estrategia del Gobierno federal a inicios de 2014 fue muy compleja, pareció estar enfocada en detener el avance de los grupos de autodefensa, de dar un mensaje de cohesión entre las fuerzas de seguridad y el Gobierno, más que en atacar el verdadero problema de la inseguridad. Antes de mencionar los pormenores de la Comisión que se nombró para atender el problema, es necesario puntualizar dos cuestiones, constitucionalmente importantes, relacionadas con las alteraciones graves al orden público en alguna entidad federativa:

¹⁷ Tan sólo para el Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal existe la cantidad de \$8,190,964,440.00; otorgamiento de subsidios en materia de Seguridad Pública a Entidades Federativas, Municipios y el Distrito Federal, \$4,893,949,427.00. Ver PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL 2015, TEXTO VIGENTE a partir del 01-01-2015. Nuevo Presupuesto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de diciembre de 2014.

¹⁸ Desde 2008, surgió el primer acto de agresión a la sociedad civil: «Ese día, alrededor de las 23:05 horas, al momento en que el gobernador de la entidad (Leonel Godoy) hizo sonar la campana conmemorativa del aniversario de la guerra de Independencia, en la explanada de la plaza Melchor Ocampo de Morelia, explotó una granada de fragmentación; poco después, en la esquina de las calles Madero Poniente y Quintana Roo, estalló otra granada de fragmentación. El resultado de estas dos explosiones fue de ocho personas muertas y 106 lesionadas, de las cuales 76 fueron registradas y atendidas en diversos nosocomios de Morelia, y 30 de los casos fueron atendidos en el lugar de los hechos por tratarse de lesiones leves». Ver *Confesos de Atentados en Michoacán, tres presuntos zetas, según PGR*. Disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2008/09/27/index.php?section=politica&article=003n1pol>>.

Que la Constitución cuenta con elementos normativos suficientes para fortalecer el Estado de Derecho ante cualquier situación que se presente; que los poderes públicos del Estado y del Municipio son columnas vertebrales del Pacto Federal, que los artículos 115 y 116 de la Constitución que son la base de la administración pública estatal y municipal, y que las dotan de fuerza normativa para llevar a cabo las funciones básicas de seguridad, servicios públicos. En todo caso, el artículo 76 de la Constitución Federal, habilita al Senado de la República para: *V.* Declarar, cuando hayan desaparecido todos los poderes constitucionales de un Estado, que es llegado el caso de nombrarle un Gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo Estado...

El citado precepto sirve de puente entre la convulsión de la entidad federativa y la necesidad de nombrar a los poderes públicos de dicha entidad; pero no fue el caso, pues, medianamente, los poderes públicos funcionaban.

Por otra parte el propio artículo 29 constitucional señala las condiciones en que pueden darse casos de suspensión de las garantías individuales, en alguna parte del territorio nacional y que no se han valorado ni estudiado lo suficiente:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona.

Por tanto, si se quiere combatir una amenaza grave e inminente en contra de la sociedad, puede invocarse el artículo 29 constitucional para hacer frente a la situación. Esto es un riesgo que, políticamente, ningún régimen quiere correr. La suspensión de garantías evoca un Estado fallido. Pero creemos que si la Constitución lo permite, es posible atender la situación de riesgo o de violencia. Más bien depende del tipo de política que quiera formularse para contrarrestar los efectos nocivos de la inseguridad. Además, el citado artículo ordena que no se pueden suspender todos los derechos, sólo algunos. Por tanto, consideramos que si se lleva a cabo de una manera orde-

nada y planeada,¹⁹ la suspensión de garantías puede ser una herramienta eficaz en la lucha contra el narcotráfico.

Dentro de esta cuestión surge el tema del «Estado de excepción», como una respuesta controlada por el Estado hacia los grupos delincuenciales. El problema puede ser cuando la actividad se convierte no en una excepción, sino en la regla, tal como sucede en México. Según Salazar (s.f.: 243), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido criterios normativos para delimitar el Estado de excepción; asimismo, en alusión a diversas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, menciona que el Estado de excepción debe cumplir con tres parámetros: que se trate de una situación de emergencia, que se afecte a toda la población y que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad.²⁰

En este sentido, el Estado de excepción puede ser una manera jurídicamente viable y constitucionalmente válida para afrontar riesgos inminentes de las agresiones masivas en distintas zonas geográficas de México.

Sin embargo, en Michoacán esta situación no fue valorada y se optó por una solución que determinó la agenda para 2014 de los grupos de autodefensa. Aunque en las mismas circunstancias y dada la problemática y condiciones en el estado de Guerrero, no se creó ningún comisionado ni se hizo algún esfuerzo institucional para la protección de los derechos humanos de las personas que sufren la violencia institucional y de los grupos de la delincuencia organizada.²¹ El Decreto (por el que se crea la Comisión para la Seguridad y

¹⁹ En los párrafos restantes del artículo 29 se establecen las reglas para que el Congreso de la Unión y la Suprema Corte de Justicia de la Nación revisen la actuación del poder ejecutivo bajo los parámetros de validez constitucional pertinentes.

²⁰ El autor menciona que la Corte se basó en el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos *Lawness vs Ireland*, Sentencia del 1º julio de 1961. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3567/13.pdf>>.

²¹ En este caso tuvo que ser nuevamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que dictara medidas cautelares en el expediente *MC 409/14 — Estudiantes de la escuela rural Raúl Isidro Burgos*, México. El 3 de octubre de 2014, la CIDH solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de estudiantes de la escuela rural Raúl Isidro Burgos, en México. La solicitud de medidas cautelares alega que las personas mencionadas estarían presuntamente desaparecidas o no localizadas, en el marco de supuestos hechos de violencia ocurridos el 26 de septiembre de 2014. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho, la Comisión considera que la información demuestra, en principio, que 43 estudiantes identificados, quienes presuntamente estarían no localizados o desaparecidos, y los estudiantes heridos, actualmente ingresados en un hospital, se encuentran en una situación de gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal estarían amenazadas y en grave riesgo.

el Desarrollo Integral en el estado de Michoacán) publicado en el *Diario Oficial* reconoce estas fallas sólo en Michoacán y dice:

En relación con lo anterior, el 13 de enero del presente año, el Ejecutivo Federal, por conducto del Secretario de Gobernación, y el Estado de Michoacán, a través de su Gobernador, suscribieron el Acuerdo de Coordinación que tiene por objeto establecer las bases para que el Gobierno Federal brinde apoyo temporal en materia de seguridad pública a dicho Estado, a fin de restablecer la seguridad y el orden públicos;

Que el Gobierno Federal debe contribuir de manera eficaz al restablecimiento del orden y la seguridad en el Estado de Michoacán y, para tales efectos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27, fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el Ejecutivo Federal a mi cargo puede acordar que el Secretario de Gobernación coordine a los funcionarios de la Administración Pública Federal para el cumplimiento del objeto del presente Decreto;

Que en virtud de lo anterior y en el marco del Acuerdo de apoyo al Estado de Michoacán en materia de seguridad, es indispensable la creación de un órgano administrativo desconcentrado que sea el conducto para que el Secretario de Gobernación coordine y ejecute las acciones necesarias para el cumplimiento de las instrucciones del Ejecutivo Federal a mi cargo contenidas en este Decreto;

Que a fin de implementar las acciones para el fortalecimiento de la seguridad y el desarrollo integral del Estado de Michoacán, así como fomentar la cohesión social y convivencia armónica con base en el Estado de Derecho, he tenido a bien expedir el siguiente

DECRETO

PRIMERO.- El presente Decreto tiene por objeto instruir a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y demás autoridades en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, para implementar las estrategias y ejecutar las acciones necesarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, para la seguridad y el desarrollo integral en el Estado de Michoacán, de conformidad con los ordenamientos legales y administrativos aplicables.

Ahora bien, hay tres aspectos que debemos destacar del Decreto para la creación de la Comisión de Michoacán:

Se reconoce la inestabilidad y la ausencia de orden público, en segundo lugar, resulta repetitivo señalar que el Gobierno federal debe contribuir al restablecimiento de la seguridad, ya que, en teoría, no ha dejado de trabajar y crear políticas de seguridad en todo el territorio na-

cional; en tercer lugar, que la creación del órgano administrativo y desconcentrado denominado «Comisión» parece más bien que se trata de una especie de ¿governador federal? (o, si nos vamos a tradición romanista, de un dictador que resolverá el problema específico en un tiempo y con los medios no muy bien definidos) que coordinará todos los planes y programas de seguridad en Michoacán.

Las tres distinciones nos llevan a otra: el decreto reconoce implícitamente que también las instituciones federales (Procuraduría, Policía federal) han fallado. Así, se justifica la existencia del Comisionado y de su grupo de trabajo.

Al principio, la idea parecía positiva, e incluso para legalizar la portación de armas de los grupos de autodefensa, se les hizo partícipes de la licencia colectiva de armas de fuego, únicamente por lo que hace a su municipio. La licencia colectiva es un mecanismo administrativo de la Sedena para dar permisos a las instituciones de seguridad pública.²² De algún modo, los grupos de autodefensas fueron inmiscuidos en las labores (oficialmente) de seguridad pública. El problema fue la falta de coordinación y de que el crimen organizado no disminuyó sus ataques a la población civil.

A finales de 2014 el balance era negativo, los grupos de autodefensas se habían dividido, y no sólo eso, además se acusaban mutuamente de estar infiltrados por las bandas criminales. Esto fue advertido por el Senado, en donde se dio cuenta del fracaso del trabajo del comisionado.²³ En enero de 2015, el comisionado para Michoacán re-

²² El artículo 19 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos señala: «b) La Secretaría de Gobernación será el conducto para solicitar a la Secretaría de la Defensa Nacional la expedición de licencia colectiva a las instituciones policiales, mismas que sólo se solicitarán para las personas que integren su organización operativa y que figuren en las nóminas de pago respectivas, debiéndose notificar a estas secretarías cualquier cambio en su plantilla laboral».

²³ En diciembre de 2014, se propuso un punto de acuerdo con la intención de dar por terminada la labor de la Comisión de Michoacán, en este punto se dijo que «A principios de diciembre, Hipólito Mora, líder de las Fuerzas Rurales en La Ruana, señaló que Michoacán era “un desmadre”, advirtiendo que la situación en el estado se encontraba peor que cuando inició el movimiento de las autodefensas. Su voz se unió a la de Felipe Díaz, líder de las autodefensas en Coalcomán, quien en octubre, días antes de ser asesinado, advirtió de la disputa entre Los Caballeros Templarios y Los Viagra. Cabe mencionar que Hipólito Mora, incluso, acusó al comisionado Castillo de no atender la problemática en el estado, en particular respecto al Grupo G250. Por otra parte, el 14 de diciembre, varios grupos de manifestantes identificados con las autodefensas bloquearon diversas carreteras del estado, pidiendo la aprehensión de Servando Gómez Martínez, “La Tuta”; Ignacio Rentería Andrade, “El Cenizo”; y Fernando Cruz Mendoza, “El Tena”; además, por medio de redes sociales, amenazaron con retomar las armas ante el “fracaso” de la estrategia de seguridad

nunció a su encargo, y se dio por terminada la Comisión formada un año antes. En abril de 2015, el número de autodefensas había merma- do considerablemente,²⁴ ya que desde 2014 los líderes fueron some- tidos a procesos penales federales bajo medida cautelar de prisión preventiva oficiosa.²⁵ Y la actuación de los federales y del ejército nuevamente suscitó dudas en cuanto al respeto a los derechos huma- nos. Dos situaciones dejaron claro que la combinación de fuerzas fe- derales, autodefensas y grupos de narcotraficantes armados lleva a la comisión de delitos (posiblemente de lesa humanidad): Apatzingán²⁶ y Tanhuato.²⁷ Estos dos casos, son la muestra más reciente de que la intervención del Ejército es nociva en la lucha contra el nar- cotráfico, en cuanto a derechos humanos se refiere.

en el estado». *Proposición CON PUNTO DE ACUERDO, RELATIVO A LA SITUACIÓN DE VIOLENCIA E INSEGURIDAD IMPERANTE EN MICHOACÁN, SUSCRITA POR LA SENADORA DOLORES PADIERNA LUNA, DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRD, Gaceta Parla- mentaria*, Número 4181-III, lunes 22 de diciembre de 2014.

²⁴ «De los 250 grupos de autodefensas que estaban en armas hace un año en Mi- choacán, quedan activas solamente seis, afirmó este miércoles Salvador Jara Guerrero, gobernador interino del estado. “Hace un año había más de 250 barricadas con civiles armados en Michoacán. En el último corte contamos seis y con las seis estamos dialo- gando para ver si es posible que se integren a la Fuerza Rural o que entreguen las ar- mas”, indicó Jara Guerrero en entrevista con MVS Radio». Sólo seis grupos de autodefensa siguen activos en Michoacán: Salvador Jara, miércoles, 01 de abril de 2015 a las 11:08, disponible en: <<http://mexico.cnn.com/nacional/2015/04/01/solo-seis-grupos-de-autodefensa-siguen-activas-en-michoacan-salvador-jara>>.

²⁵ A junio de 2015 siguen detenidos y en proceso penal los líderes de Michoacán, José Manuel Mireles Valverde y (desde 2013, de Guerrero); Nestora Salgado, auto- defensa de la sierra de Guerrero, está presa en el penal de Santa Marta en México DF; Hipólito Mora (preso en diciembre de 2014) fue liberado en mayo de 2015.

²⁶ «En Apatzingán, Michoacán, el 6 de enero lo que sucedió fueron dos masacres cometidas por Policías Federales, una a las dos y media de la mañana y una a las 7:45 de la mañana. La versión oficial fue que hubo un desalojo y un supuesto fuego amigo entre un grupo determinado; la versión de las víctimas es que hubo ejecucio- nes extrajudiciales contra civiles desarmados, explicó la periodista Laura Castellanos, autora del reportaje “Fueron los Federales”». La masacre en Apatzingán apunta a un crimen de lesa humanidad: Laura Castellanos en CNN, abril 21, 2015 10:41 am, Disponible en <<http://aristeguinoticias.com/2104/mexico/la-masacre-en-apatzingan-apunta-a-un-crimen-de-lesa-humanidad-laura-castellanos-en-cnn/>>.

²⁷ En este caso 42 personas fueron abatidas por las fuerzas federales. La Comi- sión Nacional de Derechos Humanos decidió que investigaría los hechos: «De acuer- do con lo difundido por distintos medios informativos, dicho enfrentamiento ocurrió la mañana de hoy en el municipio de Tanhuato, y tuvo como resultado la pérdida de la vida de varias personas, así como lesiones a otras más. El personal de este Organismo nacional recabará las evidencias del caso, solicitará información a las autoridades que corresponda y entrevistará tanto a testigos como a personas involucradas en los hechos, con el fin de determinar el ámbito de su competencia». Comunicado de Pren- sa CGCP/132/15, México, D. F., a 22 de mayo de 2015.

Por otra parte, la convulsión de la región geográfica de Michoacán y Guerrero es un punto muy débil en la resolución a los problemas de la seguridad pública por razones geográficas, económicas, políticas y de cultura de la violencia que se ha implantado en esas zonas desde la época de la guerra sucia de los años 70. Pero esto no es pretexto para no buscar soluciones estructurales. No se puede hablar de Estado de derecho, y menos de un Estado constitucional sólido si no se habla del papel clave y de la importancia de los derechos humanos en todo el contexto. Aquí cobra sentido mejorar las acciones para la interdependencia de los derechos que está prevista en el artículo 1.º constitucional. De nada sirven los derechos civiles o políticos si no hay condiciones para los derechos de educación, salud, trabajo, medio ambiente. En la superficie de los problemas de la seguridad, parece que se trata de un asunto de delincuencia, pero el informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos es contundente: la violación sistemática de los derechos es la raíz de muchos de los problemas sociales y de seguridad de la zona de Tierra Caliente, y lo mismo podría decirse de casos tan críticos como el de Ciudad Juárez, Chihuahua o Tamaulipas.

Después de este breve repaso sobre la disfunción de la formación de autodefensas, y de su posterior desintegración, es necesario formular un recuento de los daños ocasionados en las estructuras del Estado constitucional:

El primero y más palpable es la pérdida de confianza en las instituciones del Estado para tomar las riendas de las acciones de seguridad, a tal grado que un sondeo realizado por la Cámara de Diputados estableció que el 68 por ciento de los que participaron en la encuesta consideran que el Gobierno cumple poco o nada con su obligación de proteger a los ciudadanos de la violencia. De los entrevistados, entre los que tienen secundaria completada, el 39 por ciento mencionó estar de acuerdo con las autodefensas, y entre los que tienen universidad el grado de acuerdo es del 45 por ciento (encuesta telefónica sobre los grupos de autodefensa).

Una segunda cuestión que trasciende a todos los ámbitos del poder es la falta de condiciones regionales de gobernabilidad en el Estado mexicano: la falla en el cumplimiento del orden público es sistemática. No hay condiciones de su ejercicio, no hay representatividad de las autoridades regionales y los individuos tendrían que tomar las armas por sí mismos.

El tercer problema es que ninguna de las políticas de seguridad y de protección contra los grupos de la delincuencia organizada ha dado resultado. A pesar de que muchos programas federales y de las entidades federativas están enfocados en lograr la prevención y persecución

de los delitos, claramente, las funciones de seguridad pública han sido rebasadas. Por su parte, la población civil no ha tenido más alternativas que recurrir al uso de la fuerza, a la toma de las armas y conformar precarias organizaciones de corte policial y de seguridad.

Otros de los graves problemas en este coctel explosivo que significa conjugar a la población civil en la lucha contra la delincuencia organizada es que la violencia del Estado se ha recrudecido.

A pesar de que las sentencias del Caso Campo Algodonero vs. México y el Caso Rosendo Radilla vs. México establecieron líneas de acción que el Estado mexicano debería realizar para evitar las repeticiones a violaciones sistemáticas en la investigación de los delitos, o que el Ejército participe en las labores de seguridad pública, las lecciones no han sido aprendidas. Las medidas cautelares pronunciadas —entre 2014 y 2015— por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁸ son la muestra más palpable de que la situación de los derechos humanos sigue en las mismas o en peores condiciones.

Finalmente, la aparición de las autodefensas representa el grado de descomposición de la credibilidad institucional para proteger efectivamente a la población; pero también es un signo de una forma de organización social que puede transformarse en una señal positiva de salud para el Estado constitucional mexicano.

Si bien es cierto que las fuerzas institucionales han fracasado en la elaboración de políticas, estrategias y medios para combatir el crimen organizado, no menos cierto es que la sociedad es un eslabón indispensable para articular la lucha contra la delincuencia.

La organización social, por mínima y desordenada que sea, es una señal de involucramiento de los sectores en los problemas comunitarios. El bagaje normativo que mostramos en la primera parte de este capítulo muestra que, desde la Constitución, se han creado estructuras de intervención ciudadana en el uso de la fuerza. El derecho a la portación de armas, los permisos implícitos para la posesión y portación de armas que tienen los ejidatarios nos dan para reflexionar sobre la intención del poder constituyente de dejar una puerta abierta a la protección popular de sus bienes jurídicos, cuando no sea suficiente la del Estado.

Los reglamentos y el manual de operación de las fuerzas armadas rurales de 1964 al que se ha hecho alusión nos ilustran que el Estado es

²⁸ Por lo menos, en 2015 se pueden contar las siguientes: de una de las representantes de las autodefensas de Michoacán: MC 455/13 — Nestora Salgado García, México; MC 106/15 — Cruz Sánchez Lagarda y otros, México; para las defensoras de derechos humanos en la Sierra Madre de Sinaloa, MC 77/15 — Defensoras E. y K. y sus familiares, México; sobre menores en proceso de restitución internacional MC 314/13 — XYZ, México.

consciente de que en algún momento su capacidad de gobernar y de ejercer el monopolio de la seguridad puede perderse. La Carta Magna en su artículo 29 prevé esta circunstancia y, en cuanto a las entidades federativas, también se puede actuar desde el plano legislativo para crear un modelo nuevo de gobierno. Desde luego, si esto implica la desaparición de los poderes de un Estado, esto es preferible pues es peor llegar a casos extremos e inaceptables como el del hijo de gobernador que conversaba abiertamente con el criminal más buscado de la entidad.²⁹

Consideramos que si la Constitución contiene algunas soluciones para tratar con el tema de la delincuencia desde ángulos más restrictivos de los derechos, esto debe hacerse con sumo cuidado y respetando el bloque nacional e internacional de los derechos humanos. Con esto no queremos expresar que somos partidarios de la represión sistemática, sino de la búsqueda de soluciones efectivas para lograr resultados positivos en la lucha contra el narcotráfico, sin que esto implique erosionar los derechos de la sociedad civil.

V. A modo de conclusión

Dentro de este capítulo hemos enunciado las principales dificultades de la lucha contra delincuencia como síntoma del surgimiento de los grupos de autodefensa. Asimismo, hemos destacado algunas similitudes con el derecho a la legítima defensa que existe en materia penal. De los datos revisados se obtienen más asimetrías con este derecho individual pero que, a la luz de los hechos en las zonas donde aparecen las autodefensas, podrían darse las mismas condiciones para ejercer un derecho a la defensa comunitaria, debido a las agresiones y a los bienes jurídicos perturbados por los delincuentes: la seguridad y el orden público, el derecho de tránsito, la libertad de trabajo, etcétera.

El *quid* tiene que ver con la legitimidad de la sociedad para actuar y colaborar con una función que requiere parámetros de profesionalismo, objetividad, honestidad y, principalmente, preparación técnica. Así que no es sencillo articular un marco conceptual del derecho a la legítima defensa sin analizar estas cuestiones.

Como justificación a la participación de la comunidad en las tareas de seguridad, podemos afirmar que no se trata de una intervención arbitraria, menos aún de la más plausible; en su sano juicio, los grupos de comuneros, ejidatarios o vecinos de cualquier localidad

²⁹ Se trata de Rodrigo Vallejo (hijo de Fausto Vallejo exgobernador de Michoacán), quien fue grabado en video con Servando, alias “la Tuta”.

no se atreverían a hacer frente a ningún grupo criminal. Pero las condiciones de inseguridad de México se han radicalizado a tal punto que ya no es tolerable permanecer inactivo ante un problema que tiene implicaciones sociales muy degradantes.

La legítima defensa de la sociedad, ante estas amenazas, es una respuesta natural. Los humanos como seres gregarios buscan protegerse unos a otros; éste fue el origen de la comunidad política y luego del Estado moderno; la búsqueda de un orden público, de reglas, de valores objetivos que fueran obedecidos por todos para la supervivencia del grupo.

Por ello, se justifica que ante la agresión inminente de que son objetos muchas comunidades —no sólo en la zona de Guerrero y Michoacán, sino en toda la República—, exista una respuesta grupal, organizada o no, estructural o no; el hecho es que la sociedad quiere poner un alto a la inseguridad del modo que sea. Desde luego, nada justifica la violencia de un grupo y mucho menos la agresión indiscriminada en contra de algún sector u otro.³⁰ Lo que queremos exponer es que la legítima defensa, desde el punto de vista comunitario, no es una reacción lógica o coherente, es simplemente un mecanismo de supervivencia de la sociedad ante las amenazas de sus bienes jurídicos más preciados en el espacio público: la seguridad pública, la libertad de tránsito, la seguridad del domicilio, el salir a la calle y saber que no seremos víctimas de una agresión, asalto o, en el fuego cruzado, de las bandas criminales.

Por ello, reorientar el mecanismo de la legítima defensa colectiva es una cuestión estructural dentro del Estado constitucional. De este modo, la conexión entre la seguridad pública y la defensa colectiva de los bienes jurídicos que la delincuencia pone en peligro puede darse mediante la acción conjunta de la sociedad para reconstruir la interdependencia de los derechos humanos.

En este contexto, no podemos ni debemos aminorar la concepción de los derechos humanos como la base y razón de ser de toda sociedad civilizada. Si queremos resolver el tema de la violencia generalizada, no podemos pasar por alto el tema del disfrute de los derechos humanos. La seguridad en el espacio público implica que los gobernados tengan el acceso a sus derechos y si no lo tienen, deben existir canales para que se logre la exigibilidad de los contenidos más preciados del orden jurídico mexicano.

³⁰ Ni hacer justicia por mano propia o linchar a los presuntos delincuentes, debemos tener cuidado de no confrontar los derechos con las formas indiscriminadas de castigos colectivos y estigmatización de algún sector.

Así, el derecho humano de la legítima defensa puede articularse mediante la creación de pautas normativas, administrativas y políticas para que la sociedad pueda participar en la construcción, elaboración y aplicación de las políticas públicas de seguridad. No se trata de expedir permisos de portación de armas ni licencias colectivas. La legítima defensa de la comunidad comienza con la exigencia de condiciones apropiadas de los derechos básicos, de los servicios públicos, de la libertad de tránsito y del derecho a defender la propiedad privada, pero también incluye el derecho a un buen Gobierno, a que los funcionarios encargados del sistema de seguridad pública, de las Fuerzas Armadas y de la Marina actúen bajo los principios previstos en el artículo 21 constitucional.

De este modo el derecho humano a la legítima defensa se configuraría en dos vertientes: una objetiva y otra subjetiva. La primera consiste en las acciones coordinadas por la sociedad y los organismos del Estado para participar en las tareas de seguridad pública. En este caso, como ya hemos visto, dotar de armas a grupos de civiles no servirá de mucho, si carecen de una preparación elemental en seguridad pública y en el entendimiento de los derechos humanos. La visión objetiva tiene que ver más bien con todas las condiciones que el Estado debe cumplir para mejorar la seguridad en todo el orden social.

Por otro lado, la visión subjetiva de la *legítima defensa colectiva* consiste en el derecho que tienen los ciudadanos a responder a las agresiones ante amenazas de violencia, siempre y cuando sean inminentes, y se protejan bienes jurídicos que todos disfrutan, como la libertad de tránsito, la seguridad en el espacio público. No trataremos aquí la cuestión de los medios para la legítima defensa, que es un tema que requiere un análisis más contextualizado y extenso a la vez. Lo que queremos puntualizar es que así como se habla de una legítima defensa individual, los integrantes de una comunidad tienen el derecho y el deber de protegerse mutuamente.

Por supuesto, podría decirse que estamos sustituyendo la autoridad del Estado constitucional por la fuerza de los particulares y, si se quiere ser más estricto, que estaríamos volviendo a la etapa de la venganza privada. Pero esto no es así, el debate no debe ir encaminado a quién tiene el monopolio del uso de la fuerza, porque es indiscutible que lo tiene el Estado; aquí lo más importante es buscar soluciones a la inseguridad que aqueja a varias entidades de la República. En este sentido, el reto para el Estado constitucional es encontrar las vías idóneas para canalizar esa energía social y comunitaria hacia acciones contundentes que permitan enfrentar la delincuencia, pero desde un plano más inteligente.

La lección que tenemos que aprender, por tanto, es que nos debemos involucrar en temas de la política pública. Aquí cobra relevancia la democracia participativa como un camino que el Estado constitucional ofrece para quienes hemos permanecido inactivos en la proposición de acciones y metas sociales para luchar contra la inseguridad. Es preocupante que sólo quienes (fuera del ámbito académico) sufren algún delito se involucran en el debate de los derechos humanos, en la participación legislativa o se acercan a las autoridades para conocer los mecanismos de participación. Si queremos un Estado constitucional fuerte, debemos empezar por replantear la conexión entre ciudadanos y Gobierno, pues está demostrado que el Gobierno por sí solo es incapaz de dar soluciones a los problemas nacionales.

Por lo demás, el tema de las autodefensas nos deja una importantísima lección: los seres humanos deseamos vivir. Ante la incapacidad de las policías, la sociedad debe buscar y crear nuevas formas de intervención en las políticas públicas del Estado, antes de que los ciudadanos cansados, vejados por la delincuencia y victimizados por la ausencia del poder del Estado, asuman la autodefensa como algo más extremo, peligroso y volátil que los convertiría —con la misma vaciedad y hastío de los delincuentes— en aquello que intentan desterrar.

VI. Fuentes citadas

Mesografía

Comisión Nacional de Derechos Humanos:

Comunicado de Prensa CGCP/132/15, México, D. F., a 22 de mayo de 2015.

Informe especial sobre los grupos de autodefensa y la seguridad pública en el estado de Guerrero.

<http://www.cndh.org.mx/Antecedentes>

“Desplazamiento Forzado y Necesidades de Protección, generados por nuevas formas de Violencia y Criminalidad en Centroamérica”, Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes – CIDEHUM a solicitud del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, Mayo de 2012.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, Juan Carlos (2002), *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

DURIN, Séverin (2012), “Los que la guerra desplazó: familias del nordeste de México en el exilio”. *Desacatos*, núm. 38, enero-abril, pp.

- 29-42. Disponible en <<http://desacatos.ciesas.edu.mx/index.php/Desacatos/article/viewFile/269/149>>.
- Internal Displacement Monitoring Centre, *Mexico: Internal Displacement in Brief*, disponible en <<http://www.internal-displacement.org/>>.
- LEGUÍZAMO FERRER, María Elena, “Legítima defensa. Casos particulares”, UNAM, pp. 151 y 152. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/11.pdf>>.
- MATTHIAS, Herdegen (2005), *Derecho Internacional Público*, UNAM.
- MONTERO, Juan Carlos (2012), La estrategia contra el crimen organizado en México: análisis del diseño de la política pública. *Perf. latinoam.* [online]. Vol.20, n. 39 [citado 2015-06-16], pp. 7-30. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532012000100001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0188-7653.
- OIKIÓN SOLANO, Verónica (2007), *El Estado mexicano frente a los levantamientos armados en Guerrero. El caso del Plan Telaraña Tzintzun*. Revista de Estudios Históricos, núm. 45, enero-junio, pp. 65-82 Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo Morelia, México.
- RIVERA VELÁZQUEZ, Jaime (2014), “Crimen organizado y autodefensas en México: el caso de Michoacán”, en *Perspectivas* 6, Friederich Ebert Stiftung, Digitale Bibliothek, disponible en <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/10845.pdf>>.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*, UNAM, México. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3567/13.pdf>>.
- Centro de Estudios sociales y de opinión Pública, *Encuesta telefónica sobre los grupos de autodefensa*, Cámara de Diputados, LXII Legislatura, Agosto de 2013.

Notas hemerográficas

- Proceso: “Elecciones 2015, el sello de la Violencia” Nota de Jenaro Villamil, disponible en <<http://www.proceso.com.mx/?p=406191>>.
- CNN noticias:
- “Sólo seis grupos de autodefensa siguen activos en Michoacán: Salvador Jara”, Miércoles, 01 de abril de 2015 a las 11:08, disponible en <<http://mexico.cnn.com/nacional/2015/04/01/solo-seis-grupos-de-autodefensa-siguen-activas-en-michoacan-salvador-jara>>.
- “Fueron los Federales”, La masacre en Apatzingán apunta a un crimen de lesa humanidad: Laura Castellanos en CNN, abril 21, 2015 10:41 am. Disponible en <<http://aristeginoticias.com/2104/mexi>>

co/la-masacre-en-apatzingan-apunta-a-un-crimen-de-lesa-humanidad-laura-castellanos-en-cnn/>.

La jornada:

Confesos de Atentados en Michoacán, tres presuntos zetas, según PGR. Disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2008/09/27/index.php?section=politica&article=003n1pol>>.

Jesús Ramírez Cuevas, *Policías comunitarios, grupos de autodefensa y paramilitares*, Disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2013/05/18/cam-grupos.htm>>.

Expedientes de Medidas cautelares en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

MC 455/13 - Nestora Salgado García, México.

MC 106/15 – Cruz Sánchez Lagarda y otros, México.

MC 77/15 – Defensoras E. y K. y sus familiares, México;

MC 314/13 – XYZ, México;

MC 409/14 – Estudiantes de la escuela rural “Raúl Isidro Burgos”, México.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Presupuesto de egresos de la federación para el ejercicio fiscal 2015, texto vigente a partir del 01-01-2015, Nuevo Presupuesto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de diciembre de 2014.

Ley Federal contra la delincuencia o Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional.

Instructivo para la organización, funcionamiento y empleo de los cuerpos de defensa rurales, General de División Secretario AGUSTIN OLACHEA AVILES, México D.F., a 21 de marzo de 1964.

Recuperado de

<http://www.sedena.gob.mx/pdf/otros/instruc_org_fun_empl_cpos_def_rur.pdf>.

Diario Oficial de la Federación 15 de enero de 2014, DECRETO por el que se crea la Comisión para la Seguridad y el Desarrollo Integral en el estado de Michoacán.

Diario Oficial de la Federación 15 de enero de 2014, DECRETO por el que se crea la Comisión para la Seguridad y el Desarrollo Integral en el estado de Michoacán.

IV EL *BULLYING* OCULTO: LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MENOR A TRAVÉS DEL ACOSO ESCOLAR

*Enrique Uribe Arzate
José Miguel Roldán Sánchez
Alejandra Flores Martínez*

SUMARIO: I. Introducción; II. Derechos humanos en el contexto educativo; III. Los datos de la violencia escolar; IV. El tratamiento normativo relativo a la violencia y el acoso escolar: avances y dificultades; V. El enfoque jurisprudencial y los casos de acoso escolar en los tribunales; VI. Derechos humanos y *bullying*: soluciones más allá de tribunales y la escuela; VII. Fuentes citadas.

I. Introducción

El objeto de estudio del presente capítulo lo constituye el acoso escolar y sus aspectos normativos con relación a los derechos de los menores y adolescentes. El tema es de mayor relevancia para discernir el enfoque de derechos humanos que debe prevalecer en el tratamiento a la problemática de la discriminación y violencia en los espacios educativos.

Inicialmente, debemos reconocer que el derecho no puede permanecer estático ante los conflictos escolares que se presentan en la sociedad mexicana y que remueven las fibras más sensibles de las familias, de la opinión pública y de los medios cuando escuchamos noticias relacionadas con la agresión entre menores en las escuelas. Ante ello, para los operadores jurídicos, el tema del acoso escolar es un reto mayúsculo; legisladores, jueces, profesores, académicos y personal de la administración pública tienen la responsabilidad de analizar el tema y proponer soluciones conjuntas. Por lo tanto, no se trata

de un problema de un sector, sino de la sociedad en su conjunto. Hace falta entonces promover un enfoque más amplio sobre las formas más pertinentes para afrontar y disuadir la violencia escolar.

El acoso escolar, y sus consecuencias nocivas, se dan mayormente en la primaria y secundaria, de acuerdo a las recurrentes noticias nacionales y estudios institucionales.

El Senado de la República reconoce que:

... Estadísticas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Instituto Politécnico Nacional (IPN) revelan que 60 por ciento de los alumnos de educación básica han enfrentado algún tipo de violencia en las escuelas, es decir, 18.7 millones de estudiantes han sido víctimas o testigos de este acoso. Esto confirma el reporte de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el sentido de que México registra el primer lugar de bullying a nivel internacional. La Secretaría de Educación Pública (SEP) firmó un acuerdo de coordinación con entidades federativas, para establecer 15 acciones de capacitación de maestros, así como estrategias para canalizar denuncias; además el Distrito Federal, Nayarit, Puebla, Tamaulipas y Veracruz cuentan con legislación en la materia, apuntó Gómez del Campo.¹

En este sentido, los niveles educativos en donde hay mayor incidencia de este tipo de conductas son primaria y secundaria (en la que dicho sea de paso, los menores tienen mayor vulnerabilidad). Ahora bien, el problema ha rebasado los niveles administrativos-educativos² y de cultura nacional de convivencia. El rezago en la cultura de la paz y de la *no violencia*³ se ve reflejado con el aumento de los problemas de inseguridad sistemática que se vive en todo el territorio nacional. La preocupación mayor es que afecta a toda la juventud

¹ Senado de la República, Coordinación de Comunicación, *Impulsan senadores ley que prevenga y combata acoso escolar*, Comunicado 924, 2 de junio de 2014.

² Con esto queremos afirmar que no se trata de un tema reprochable al sector educativo como tal, sino que a pesar de los esfuerzos y pautas, hacen falta mayores enfoques con objetivos y miras más amplias y con buena dosis de normatividad comparada e internacional.

³ Según las Naciones Unidas el profesor Ben Sharp, la define como: «La acción No Violenta es una técnica por medio de la cual las personas que rechazan las pasividad y la sumisión, y que ven a la lucha como algo esencial, pueden llevar adelante sus conflictos sin violencia. La acción No Violenta no es un intento por prevenir o ignorar el conflicto. Es una respuesta al problema de cómo actuar efectivamente en política, especialmente cómo ejercer los poderes de manera efectiva». < <http://www.un.org/es/events/nonviolenceday/background.shtml>>.

y que esto impide crear mecanismos pacíficos y de cultura educativa en primarias y secundarias.

De este modo, el presente capítulo parte del tema de los derechos humanos en el contexto nacional e internacional con relación a los derechos de los menores y adolescentes. La importancia cultural de esta perspectiva es incisiva para reconocer nuevas dimensiones del trato en el ámbito escolar. Enseguida se analizará la cuestión relativa a los problemas del acoso escolar y la fenomenología que representa un reto para disuadir la discriminación, la violencia, las agresiones y las sanciones que deben existir en torno a esta problemática. Finalmente, se estudiarán las normas y los procesos que han creado mecanismos de prevención para aminorar los casos de acoso escolar y el papel de las autoridades en cuanto a la promoción de una cultura del respeto a los derechos humanos.

El tipo de investigación que se pretende realizar es de corte cualitativo. La metodología se basa en estudios de casos, análisis de datos periodísticos, recopilación y análisis de leyes, documentos normativos, etcétera. Es investigación aplicada porque tiene la finalidad de elaborar un enfoque normativo para proponer soluciones de diálogo conjunto entre autoridades, organizaciones de la sociedad civil y padres de familia para favorecer la comprensión de los derechos humanos en la cultura infantil y juvenil.

Debemos advertir que la articulación de un texto sobre el acoso escolar tiene muchos tintes sociológicos. La violencia es algo instintivo del ser humano cuando se siente aturdido por un peligro o fuerza que lo ataque. Por ello, este capítulo, inicialmente, reconoce que la ciencia jurídica está limitada para dar una solución tajante al problema de la violencia escolar. Sin embargo, el capítulo expone que los componentes normativos, procesales, comunicativos y de derechos humanos son esenciales para atender este flagelo que ataca la educación básica.

II. Derechos humanos en el contexto educativo

El trato entre menores es un reflejo del trato social que, dentro de la cultura nacional, impera negativamente. Todo parece indicar que los orígenes de la sociedad mexicana han estado impregnados de estas condiciones de trato a los sectores menos favorecidos. Quizá, este problema se debe a la historia colonial y poscolonial de México:

En nuestra historia encontramos el sistema de castas, la inquisición, las encomiendas, la esclavitud, la invisibilidad de nuestra afrodescendencia,

la negación del voto femenino, intentos de etnocidio, persecución religiosa, segregación territorial, antisemitismo, intolerancia a la pluralidad política, rechazo a la diversidad, y la idea de cultura homogénea. Por largos años, en la ley, en la organización social, política y económica, en códigos de conducta formales e informales, en la distribución de los recursos, y en los mensajes mediáticos, creamos y reproducimos distinciones y exclusiones sistemáticas, desventajosas, injustas, y normalizadas.⁴

Si bien el tema del acoso no tiene que ver con estas referencias de nuestra historia, sí tiene relación con cuestiones históricas que inciden indirectamente en la forma como hemos visto los derechos humanos y de los menores; en particular, los derechos de los grupos que han sido excluidos de un reconocimiento normativo como personas con plenitud de exigencias jurídicas.

Por otra parte, en la actualidad se ha incrementado el interés por atender a estos grupos sociales que sufren de discriminación. Los derechos de las mujeres son lo que más interesa proteger desde todas las esferas de las acciones del gobierno: políticas públicas, apoyos para madres solteras, normas jurídicas civiles y penales para prevenir o sancionar la violencia en su contra, e incluso, el uso del lenguaje de género que se maneja en las instituciones públicas. Sin embargo, en estas medidas protectoras, ha hecho falta conjugar la cultura de protección hacia las mujeres con la educación de los menores y adolescentes para crear patrones de comportamiento familiar ordenado y armónico.

Dentro de estos acercamientos normativos hacia los derechos grupales, surgen los conflictos entre grupos de la misma naturaleza: los derechos de los menores en el contexto escolar que, como objeto de estudio, tienen relevancia para el gobierno porque representan el círculo de políticas públicas educativas, la cultura familiar y el microcosmos del comportamiento de la sociedad mexicana.

Por lo tanto, dentro de la escuela se da el reconocimiento de los patrones de conducta que imperan en la sociedad en general: si hay discriminación y violencia, la escuela va a reflejar esos mismos patrones; si existe paz y progreso, la escuela será el medio en que los valores más apreciados se puedan desarrollar.

No es una cuestión baladí (para los estudios sobre derechos humanos y política educativa) analizar el comportamiento de los menores. El enfoque que vamos a utilizar no sólo se basa en normas, sino en que

⁴ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), documento informativo, 19 de octubre, Día Nacional contra la Discriminación, disponible en <http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/19%20de%20octubre_INACSSS.pdf>.

existe cierta ausencia de filosofía de la educación como formación integral de los menores, y creemos que esto está relacionado con los conflictos en el ámbito educativo. Así, resulta necesario replantear esta filosofía de la educación; como bien lo expresa Morán Oviedo (Morán, s.f.):

Una buena educación y por extensión, una buena docencia, debiera crear la convicción de que la vida es para algo, oportunidad más que destino, tarea más que azar. La buena educación, la buena enseñanza se proponen que cada alumna y alumno construyan en su interior un estado de alma profundo, se conviertan en sujetos conscientes, capaces de orientarse al correr de los años en la búsqueda del sentido de las cosas y del sentido de la vida. Así transformarán la información en conocimiento y el conocimiento en *sabiduría*; habrán *aprendido a vivir*.

Lo que el autor expresa, análogamente, de forma práctica, es la conexión de los valores constitucionales que deben tener medidas reales en la impartición de educación. Pero, de acuerdo a lo dicho por Morán Oviedo, la «buena educación» no sólo necesita intervención institucional, es parte de las obligaciones familiares que se imponen desde el hogar, desde las familias. Al no existir esta forma de vislumbrar la educación, surgen los problemas de trato entre los menores, ya que la escuela se enfoca sólo en la impartición de un servicio público, sin tener en cuenta lo sustancial: la vida social.

Asimismo, en el procedimiento de la educación se pierde de vista que tiene dos objetivos: formar una sociedad dentro de los valores democráticos y formar individuos capaces de aprender un sistema cognitivo que les permita insertarse dentro de esa sociedad para participar no sólo en los procesos productivos, sino en la deliberación pública, en las decisiones del poder y el progreso económico.

En el contexto internacional se habla de la educación como un elemento dinámico y esencial para lograr el bienestar de los países. En la educación convergen temas de la mayor importancia para México. Por ejemplo, el secretario general de la ONU (Ban Ki-Moon, 2015) ha afirmado que:

La educación es un derecho fundamental y la base del progreso de cualquier país. Los padres necesitan tener conocimientos sobre salud y nutrición para poder brindar a sus hijos la infancia que se merecen. Para ser prósperos, los países necesitan trabajadores cualificados y educados. Los desafíos de la erradicación de la pobreza, la lucha contra el cambio climático y el logro de un desarrollo verdaderamente sostenible en los

próximos decenios nos conminan a actuar juntos. Con colaboración, liderazgo y unas inversiones acertadas en educación podemos transformar la vida de las personas, las economías de los países y nuestro mundo en general.

Tal como lo dice el secretario general de la ONU, la educación forma parte de un sistema de vida que los países no pueden dejar pasar desapercibido. Ahora bien, en este panorama general, vemos que la educación conecta las labores sustantivas del Estado e incluso que sirve para reconocer los avances económicos. Esta noción, sin embargo, requiere de otro estudio, pero sí es necesario apuntar que los problemas educativos necesitan mayores enfoques desde las perspectivas científicas, ya que corresponden a uno de los temas espejo del progreso o del deterioro social.

Con la reforma de 2011, la educación dentro del texto constitucional es parte del proceso humanista y democrático que ha vivido el país desde los 90, que, con altibajos, ha tenido avances y retrocesos, pero que, consideramos, se encamina hacia una fase más progresista.

En el marco constitucional, la educación está prevista en el artículo 3.º, que contempla las bases de todos los elementos del procedimiento y del derecho a la educación. Además, la educación, la cultura y la no discriminación forman un trinomio en el texto constitucional de acuerdo a criterios objetivos: promueven elementos de política pública, obligaciones a las autoridades estatales y conciben formas en que se debe llevar a cabo el proceso educativo bajo el principio de la no discriminación.

En la parte subjetiva, la Constitución otorga derecho para todas las personas a no ser discriminadas ni tratadas en forma denigrante. El último párrafo del artículo 1.º constitucional señala las bases de la no discriminación y fija los criterios de igualdad sustancial, igualdad normativa, igualdad de trato en la esfera pública y privada, de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la

materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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.

En este precepto se encuentra el sustrato de los derechos humanos y su exigibilidad. El conocimiento de estas reglas en la esfera educativa es de suma importancia para los actores de la educación: autoridades de la administración pública, profesores, alumnos y padres de familia. La difusión de la cultura de los derechos atañe a todos los involucrados. No debemos cometer el error de pensar que los derechos humanos sean sólo una cuestión normativa que sólo tengan que discutir, analizar o aplicar las autoridades, es una cuestión de cultura cívica, de comportamiento cotidiano.

Muchas de las fallas de la educación comienzan por la falta de interés en los temas normativos que le dan sentido estructural a la educación, junto con los derechos humanos como dos formas de medir el progreso de la sociedad. En el artículo 1.º de la Constitución podemos encontrar una sistematización de la educación bajo dos rutas esenciales para mejorar su concepción: los derechos humanos y su perfil internacional, así como su interdependencia con el resto de los derechos.

Como núcleo del artículo 1.º constitucional supracitado (último párrafo) se contempla la dignidad humana como bloque de los derechos humanos y de la igualdad. Esta nueva dimensión normativa permite orientar las conductas de los particulares y del poder público con base en la dignidad de las personas. Asimismo, la educación está ligada con la proyección de todos los derechos humanos, ya que es una llave de acceso al entendimiento cultural y jurídico de los derechos.

La relación normativa de la educación, desde su lectura constitucional, expresa que la Federación y el resto de las autoridades estatales y municipales, tienen obligaciones concretas para dar acceso a este derecho:

Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios—, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias. *Fe de erratas al párrafo DOF 09-03-1993. Párrafo reformado DOF 12-11-2002, 09-02-2012.*

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. *Párrafo reformado DOF 10-06-2011.*

En el segundo párrafo está inscrito el poder emancipador de la educación como la cualidad humana que se debe promover para, precisamente, emanciparlo de su ignorancia y de su estado de incivilidad.

Como veremos más adelante, el problema de la discriminación se presenta porque hay una falta de interés de los actores en dotar de fuerza normativa al trinomio de educación, cultura y respeto a derechos humanos, para que en las soluciones y enfoques que se propongan sobre el acoso escolar prevalezcan estos parámetros constitucionales; no obstante las bases diseñadas desde el derecho internacional de los derechos humanos y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO),⁵ junto con las Observaciones Generales sobre la Educación (del Comité de Derechos Económicos y Sociales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas que complementan las bases normativas de la Constitución.

En primer término, antes de reconocer los problemas de conflicto en la educación, hemos de dar cuenta de que la Observación General Número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) advierte al otorgamiento como solución para reducir la desigualdad y promover la inclusión social de la educación.⁶ El Comité DESC ha dicho que la educación debe contar con:

- *Accesibilidad.* Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
- *No discriminación.* La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (ver los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);
- *Accesibilidad material.* La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejem-

⁵ Se analizará el Informe sobre Desarrollo Humano 2014, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), New York, 2014.

⁶ Que como veremos más adelante, es uno de los problemas de la agresión entre los menores.

plo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

- *Accesibilidad económica.* La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.⁷

Cuatro son los factores que desde el plano internacional citan la importancia de la integración de todos los menores en la educación, desde los factores geográficos y materiales hasta los de alcance económico. Esto no es casual, la educación como proceso permite la cohesión social. A la sociedad debe interesarle que existan mecanismos de inclusión, ello reduce los motivos de disenso social. En el caso de México, si la sociedad está fragmentada, el mensaje que se envía a la población juvenil de la educación básica es ese sentimiento de no pertenencia, de desasosiego y temor social, de desconfianza y desunión. Por supuesto que sobre este problema influyen de muchas formas otros actores sociales, tales como los medios de comunicación; especialmente en el tema de la transmisión de mensajes con un contenido violento, amarillista o poco objetivo de la realidad.⁸

Hasta aquí hemos analizado el contexto normativo y fáctico de la educación. Aunque de forma breve, y no necesariamente exhaustiva, lo que se desprende de las referencias constitucionales e internacionales es la existencia de estándares concretos para que la educación resurja como derecho fundamental para el progreso social e individual. Esta dualidad también se ha perdido de vista. Sin embargo, la normativa internacional sí contempla estos enfoques y no debemos pasarla por alto, especialmente porque la educación, al ser un proce-

⁷ Observación General Número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC).

⁸ «Resulta apenas obvio que acontecimientos o hechos susceptibles de provocar sentimientos de miedo pueden alcanzar, gracias a los medios, una resonancia mucho más amplia y vigorosa de la que habrían tenido en ausencia de éstos. Es usual que un mismo hecho suscite temores mayores o menores dependiendo del modo como sea puesto en conocimiento de las audiencias a través de los canales informativos. En este sentido, el papel de los medios en relación con los hechos no se reduce nunca a su faceta informativa o comunicativa. Las sensaciones de miedo bien pueden estar justificadas por los riesgos, las violencias o las atrocidades que tienen lugar a diario en diferentes lugares del mundo, pero también pueden ser aumentadas o menguadas según el tratamiento que se le dé a la información (incluso cuando ésta se esfuerza por dar cuenta de los hechos “tal como ocurrieron”)). Ordoñez (2006).

so complejo, puede verse notablemente mejorado si se atienden los lineamientos de la ONU, ya que la forma es fondo; si queremos propiciar una nueva cultura educativa para aminorar la violencia en el entorno escolar y propiciar el trato amable entre los menores, es necesario organizar los procesos educativos bajo los lineamientos del derecho internacional.

Finalmente, este epígrafe expuso que la cultura de integración que se pretende lograr tiene bases jurídicas precisas y no sólo es una aspiración de la sociedad, sino que es un tema exigible a todos los que participan en el proceso. Si queremos tener una solución estructural al tema de la violencia escolar, es necesario conocer todas las aristas posibles.

III. Los datos de la violencia escolar

Las referencias sobre el acoso escolar están muy dispersas en el contexto académico y científico, la mayor información proviene de datos periodísticos. Se afirma que la violencia escolar ha ido en aumento. Un estudio de 2011 arrojaba algunas cifras alarmantes (Albores Gallo *et al.*, 2011: 220-227):

El acoso escolar o *bullying* es muy común, y así se muestra en este estudio piloto donde la frecuencia de escolares implicados fue de 24%, similar a lo reportado en el estudio del Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEE) sobre disciplina, violencia y consumo de sustancias nocivas en escuelas mexicanas de educación básica. Esta encuesta reveló que 8.8% de los estudiantes de primaria y 5.6% de los de secundaria incurrieron en actos de violencia en la escuela. Se estima que dos de cada 10 menores que asisten a la primaria han participado en peleas donde han golpeado a uno de sus pares, y 10.9% reconocen haber robado o amenazado a un compañero. En secundaria, 6.8% de los jóvenes integraron grupos de estudiantes para intimidar a otros alumnos de su escuela. En cuanto a quienes han sido víctimas de violencia, en primaria 24.2 % afirmaron que sus compañeros se burlaban de ellos constantemente; 17% dijeron haber sido lastimados físicamente por otro estudiante o grupo de compañeros, mientras que 2.5% tienen miedo de ir a la escuela. En secundaria, 13.6% señalaron que reciben burlas constantes; 14.1% fueron lastimados por otro menor, y 13.1% han sido hostigados.

Como podemos ver en la prueba del estudio citado, el acoso escolar y la conflictividad que propicia no son cuestiones de política educa-

tiva, de respeto a los derechos humanos ni de comportamiento infantil; la problemática es estructural. Esto ha propiciado la elaboración de estrategias para solventar el problema, y por otro lado, lo más preocupante es que el tema parece formar parte de las noticias cotidianas en la prensa nacional. Por ejemplo, el Observatorio de la Convivencia Escolar en el Estado de México reporta notas recurrentes sobre el acoso escolar de las que se advierte la importancia de mejorar los enfoques de las autoridades educativas, medidas para prevención, sanción y propiciar estructuras de conocimiento adecuado para solucionar el acoso escolar.⁹ Por ello, la conflictividad en el ámbito escolar muestra que hay niveles de violencia y trato indigno en diversos ámbitos de nuestra sociedad, pero hace falta atender el problema desde sus raíces educativas como parte del microcosmos cultural de la escuela.

El acoso escolar se ha definido por Castillo-Pulido (2011: 415-428) como «El carácter repetitivo, sistemático y la intencionalidad de causar daño o perjudicar a alguien que habitualmente es más débil son las principales características del acoso». La conducta parece una descripción de un tipo penal. Por ello es necesario tomar medidas positivas para evitar su propagación en la cultura infantil y de los adolescentes. La Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en 2012, realizó un estudio (“El bullying acoso escolar”) en el que estableció que el acoso tiene múltiples conductas:

1. El bullying es una forma de comportamiento violento, intencional, dañino y persistente, que se puede ejercer durante semanas o incluso meses, y supone una presión hacia las víctimas que las deja en situación de completa indefensión.
2. El bullying es un fenómeno que normalmente ocurre entre dos (o más) iguales, la semejanza más común reside en la edad. A pesar de esta coincidencia, debe existir un desequilibrio entre los participantes (de poder) con el fin de que a través del abuso se domine e intimide al otro.

⁹ Los titulares que refiere el Observatorio de diversas notas periodísticas señala: «Aumentan las denuncias por bullying en el Estado de México; Sanciona CODHEM Actitudes a SEIEM, Bullying, con más de 600 casos en el Edomex; En la entidad conforman Comités Contra Bullying; En Atizapán aplican Guardianes Escolares para detectar Bullying; El 8.5% de menores víctimas de bullying en Edomex contempla el suicidio; Concluye primer curso antibullying en Tlalnepantla; Sentidos Preventivos: proyecto de jóvenes para jóvenes; Dan de alta a menor lesionada por bullying en Neza, no cuenta con servicio médico; Niña víctima de bullying en el Estado de México podría perder una de sus piernas tras agresión». Cfr. *Observatorio de la Convivencia Escolar en el Estado de México, Noticias Estatales 2014*, disponible en <<http://www.convivenciascolar.org.mx/index.php/blog/noticias/estatales>>.

3. El bullying son actos negativos generalmente deliberados, reiterativos, persistentes y sistemáticos. Se trata de actos que pocas veces son denunciados, pues en la mayoría de los casos el agredido no puede defenderse y se generan en él muchos sentimientos encontrados que le impiden pedir ayuda.
4. En el caso del bullying puede o no haber daños físicos, pero siempre hay daño emocional, característica necesaria para definir una conducta como bullying.

De las acepciones señaladas, podemos llegar a la conclusión de que el tema del acoso escolar está relacionado con temáticas de sociología, comportamiento humano en grupos, psicología. Aun así, la agresión entre pares es una conducta que exige una respuesta del derecho. No nos vamos a detener por conocer el tipo de norma que debe tipificar las conductas, para ello ya existen, en el derecho penal, diversas clasificaciones.¹⁰ Lo que este capítulo pretende es lograr una perspectiva distinta y consensuada que coadyuve a la solución de los problemas de acoso con una perspectiva de derechos humanos en la que estén inmersos todos los actores. Nos referimos especialmente a la cultura jurídica de los derechos humanos, porque el acoso es mayormente una cuestión social. De acuerdo con Castillo-Pulido (2014: 415-428):

Lo anterior ubica la discusión y la problemática en el campo social, de manera particular en la pregunta por la función social de la agresividad y del acoso. Algunos estudios sobre el bullying muestran cómo las conductas agresivas tienen beneficios asociados a la obtención de reconocimiento y visibilidad social, al establecimiento de jerarquías sociales, hecho que implica que la agresividad y el acoso lleven a beneficios reales.

Sin embargo, la intervención del derecho es de mucha utilidad. La sociedad reclama enfoques pertinentes de la ciencia jurídica para solventar los problemas de la agresión entre menores y adolescentes. Pero tampoco podemos acudir en todo momento a las medidas punitivas del derecho procesal penal y a los elementos del castigo tradicional. Uno de los avances del derecho es que está logrando cohesionar los estudios sobre problemas sociales con herramientas no sólo normativas, sino sociológicas. Diversos estudios sobre este

¹⁰ Existen las conductas antisociales previstas en el sistema de justicia para adolescentes.

tema, llevados a cabo por la UNICEF (2011: 25), proponen ciertas pautas para lograrlo:

[...] género, educación para la paz, participación infantil y juvenil, derechos humanos, resiliencia. Estamos convencidas y convencidos: aprender a convivir en las escuelas es una tarea fundamental, que requiere del compromiso de toda la comunidad escolar. Las escuelas —lo sabemos— son microcosmos donde se reproducen las pautas de convivencia que construimos en nuestro contexto sociocultural.

Es en este punto donde vale la pena poner atención a lo que está pasando dentro del sistema educativo y que manda un mensaje a la sociedad: hay problemas en las conductas de los menores y adolescentes que reclaman mayor responsabilidad de sociedad y de autoridades para hallar soluciones construidas en *clave de derechos humanos*.

IV. El tratamiento normativo relativo a la violencia y el acoso escolar: avances y dificultades

Antes de analizar lo que las legislaciones estatales señalan sobre el tema, diremos que los problemas educativos, sociales e incluso de la democracia, son parte del tema en estudio. Pero es necesaria una delimitación sobre la concepción jurisdiccional, la pregunta obligada, desde el punto de vista jurídico, es el *cómo regular y prevenir el acoso y la violencia escolar*. Pero creemos que sería insuficiente vislumbrar los enfoques normativos sólo desde la perspectiva de un conflicto entre particulares. En primer lugar planteamos la siguiente pregunta: ¿De qué forma puede darse un tratamiento normativo a los derechos humanos en el ámbito de la educación básica sin que ello implique abordar concepciones reduccionistas (del derecho como castigo)?

La respuesta puede formularse desde la perspectiva integral del acoso escolar; que tiene matices culturales, familiares e incluso personales. En consecuencia, la solución tiene que partir desde estas perspectivas. Dentro del ámbito escolar hay mecanismos verticales de solución a los problemas. Pongamos un ejemplo: X es acosado reiteradamente por Y. El procedimiento es que X pide ayuda, o reclama ante la autoridad (en su caso al director del centro escolar) o da aviso a sus padres. El director es quien interviene y manda llamar a Y. Se entabla un diálogo, posiblemente también mandan llamar a los padres de Y. Se le pide a Y que deje de actuar en contra de X. Si hace caso, se resuelve el conflicto. En caso contrario se reanuda el procedimiento y

se le impone una sanción que normalmente consiste en la expulsión por uno o varios días. El problema de este procedimiento es que se da bajo la relación: agente activo-agente pasivo, autoridad-castigo.

Esta visión de la justicia escolar se equipara a la aplicación de la ley en los procesos civiles y penales. Pero la justicia escolar no puede ser vista con el prisma de la justicia ordinaria. En la búsqueda de la conciliación de intereses comunes, no puede haber una aplicación vertical de la ley, ya que la escuela es un ámbito público de interacción constante y cotidiana, es más cercano que el ámbito de las cuestiones civiles y penales.

Por tanto, la técnica de la justicia escolar no puede ser la misma que para jueces y operadores del contexto jurisdiccional. En la escuela se tratan cuestiones académicas propiamente dichas y se busca que los menores y adolescentes compartan valores cívicos que la sociedad comparte. De este modo, las nociones de pretensión y proceso resultan inapropiadas para resolver el tema del acoso escolar. Los acercamientos normativos que se han elaborado para resolver el problema parten del respeto integral a los menores y de la educación como proceso socializante que no puede escapar a los valores pre-dispuestos en los artículos 1, 3 y 4 constitucionales.

Aquí surge otra interrogante: ¿Cuáles son los derechos y garantías del orden nacional e internacional que se deben promover para disuadir el acoso escolar? Se trata de una cuestión que rebasa el tratamiento estrictamente jurídico, pues al ser una cuestión de cultura, se requieren herramientas más complejas.

Las entidades federativas han legislado en la materia —y a la fecha— la mayoría de ellos cuenta con cuerpos normativos para erradicar el problema de la violencia escolar. Los nombres de las leyes hacen alusión a diversos conceptos: seguridad, acoso, convivencia libre de violencia y prevención. Lo que muestra la falta de consenso definitivo, pero asimismo que las legislaturas están tomando medidas para solucionar los problemas del entorno escolar. Cronológicamente, la legislación de los estados tiene este orden:

1. Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Chihuahua (2004).
2. Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Tamaulipas (2008).
3. Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Sonora (2009).
4. Ley de Seguridad Escolar para El Estado de Baja California Sur (2009).
5. Ley de Seguridad Integral para el Estado de Nayarit (2010).

6. Ley de Seguridad Integral Escolar para el Estado Libre y Soberano de Puebla (2011).
7. Ley contra el Acoso Escolar para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave (2011).
8. Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Coahuila de Zaragoza (2011).
9. Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar en el Distrito Federal (2012).
10. Ley para la Prevención, Combate y Erradicación de la Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Yucatán (2012).
11. Ley de Seguridad Escolar del Estado de Baja California (2012).
12. Ley para la Atención de la Violencia Escolar en Michoacán (2012).
13. Ley de Prevención Escolar del Estado y Municipios en San Luis Potosí (2012).
14. Ley para la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar para el Estado de Guanajuato y sus Municipios (2013).
15. Ley para Prevenir, Atender y Erradicar el Acoso y la Violencia Escolar del Estado de Nuevo León (2013).
16. Ley para la Prevención, Protección, Atención y Erradicación de la Violencia Escolar en Hidalgo (2013).
17. Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Violencia Entre Estudiantes del Estado de Quintana Roo (2013).
18. Ley número 1256 para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Guerrero (2013).
19. Ley para la Prevención y Tratamiento del Acoso Escolar en las Instituciones Educativas del Estado de Oaxaca (2013).
20. Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Campeche (2014).
21. Ley de Seguridad Integral Escolar para Colima (2014).¹¹
22. Ley Estatal para la Convivencia y Seguridad de la Comunidad Escolar de Morelos (2014).¹²

De la lista anterior podemos clasificar las leyes conforme a los siguientes criterios:

¹¹ En ese caso, parece que el tema exige más trabajo de las autoridades pues se han descubierto patrones muy nocivos entre la violencia escolar. Ver Gómez (2013: 839-870).

¹² Esta lista de elabora de acuerdo con datos de la Secretaría de Educación Pública; al respecto, en el marco de la Reunión Nacional Programa Nacional de Convivencia Escolar SEB-SEP, puede verse Zurita (2014).

- a) Las que se refieren a la prevención integral de la violencia y acoso: Veracruz, Nuevo León, Hidalgo, Quintan Roo.
- b) Las que se refieren al tema con el enfoque de convivencia: Morelos, Guerrero, San Luis Potosí, Distrito Federal.
- c) Las que tratan el tema como cuestión de seguridad: Colima, Campeche, Chihuahua, Tamaulipas, Sonora, Nayarit, Puebla.

Como podemos ver, la mayoría de los estados tienen normas que atacan este problema. A continuación elegiremos sólo una de cada grupo para realizar algunos comentarios sobre su contenido:

Del grupo a), la Ley para la Prevención, Combate y Erradicación de la Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Yucatán en que se reconoce la relación del tema con los derechos humanos:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en el Estado de Yucatán y tiene por objeto:

I. Garantizar la integridad física y psicológica de los educandos, en un ambiente libre de violencia en las escuelas, que propicie la protección y el pleno ejercicio de los derechos humanos;

II. Establecer las bases de respeto a los Derechos Humanos, para orientar el diseño, instrumentación, seguimiento y control de las políticas públicas para prevenir, combatir y erradicar la violencia en el entorno escolar en los niveles básico y medio superior que se imparten en el Estado de Yucatán; así como promover la participación social en la instrumentación de dichas políticas;

La norma en comento pretende lograr dos objetivos: el primero consiste en generar una atmósfera de convivencia con fundamento en los derechos humanos; el segundo se dirige a la construcción de políticas públicas de la educación mediante la participación ciudadana. Sin embargo, la visión de esta norma es reducida, sólo aborda el tema desde la perspectiva escolar y de las políticas públicas en la materia. No señala alguna alusión más amplia.

Del grupo c), la Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Campeche señala:

Artículo 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden público e interés social. Asimismo, las actividades y programas relacionados con la seguridad escolar son de carácter obligatorio para las autoridades estatales y municipales, instituciones de educación en la entidad, asociaciones de padres de familia y de estudiantes y, en general, para quienes conforman la comunidad escolar.

A diferencia de la Ley de Yucatán, Campeche no hace ninguna alusión a la vinculación de los derechos humanos, máxime que se trata de una norma de 2014, año en que la reforma constitucional (de 2011) ya estaba en vía de consolidación; pero sí atiende a la comunidad escolar como parte de la vinculación y solución de este problema.

Por otra parte, del grupo b), una de las leyes más completas, que a nuestro parecer muestra los avances para mejorar los enfoques estructurales, es la de Guerrero: la Ley Número 1256 para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Guerrero. Sus primeros preceptos dan cuenta de la estructura objetiva que busca recomponer no sólo un problema escolar, sino toda una cultura de tratamiento de los problemas educativos relacionados con la discriminación y la violencia. Destacan aquí tres puntos cardinales: el enfoque de género, la cultura de paz y los derechos humanos en relación con la protección de la infancia y la juventud.

Artículo 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público, interés social y observancia general en el Estado de Guerrero y tienen por objeto:

I. Impulsar la coordinación interinstitucional para atender, contribuir a erradicar y prevenir la violencia en el entorno escolar y el maltrato escolar;

II. Establecer los principios y criterios que, desde la perspectiva de una cultura de paz,¹³ enfoque de género y de derechos humanos de la

¹³ Según la definición de las Naciones Unidas (1998, Resolución A/52/13), la cultura de paz consiste en una serie de valores, actitudes y comportamientos que rechazan la violencia y previenen los conflictos tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación entre las personas, los grupos y las naciones. La Declaración y el programa de Acción sobre una Cultura de Paz (1999, Resolución A/53/243) identifican ocho ámbitos de acción para los actores al nivel local, nacional e internacional que proponen: 1. Promover una cultura de paz por medio de la educación mediante la revisión de los planes de estudio para promover valores, actitudes y comportamientos que propicien la cultura de paz, como la solución pacífica de los conflictos, el diálogo, la búsqueda de consensos y la no violencia. Este nuevo planteamiento de la educación también debería orientarse hacia las siguientes metas: 2. Promover el desarrollo económico y social sostenible mediante la reducción de las desigualdades económicas y sociales, la erradicación de la pobreza y garantizando una seguridad alimentaria sostenible, la justicia social, las soluciones duraderas a los problemas de la deuda, el fomento de la autonomía de la mujer, medidas especiales para grupos con necesidades especiales y la sostenibilidad ambiental 3. Promover el respeto de todos los derechos humanos. Los derechos humanos y la cultura de paz son complementarios: cuando predominan la guerra y la violencia, no se pueden garantizar los derechos humanos. 4. Garantizar la igualdad entre mujeres y hombres por medio de la plena participación de las mujeres en la toma de decisiones económicas, sociales y políticas. 5. Promover la participación de-

infancia y juventud, orienten el diseño e instrumentación, evaluación y control de las políticas públicas para reconocer, atender, erradicar y prevenir la violencia en el entorno escolar, especialmente el maltrato escolar que se presenta en los niveles básico y medio superior que se imparten en el Estado de Guerrero;

III. Establecer mecanismos de participación y seguimiento en el diseño e instrumentación de las políticas públicas en materia de prevención y atención de la violencia en el entorno escolar, con la participación de instituciones públicas federales o locales, instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de padres de familia y comunidad educativa en general;

IV. Diseñar mecanismos, instrumentos y procedimientos para garantizar el derecho de las personas que integran la comunidad educativa a una vida libre de violencia en el entorno escolar promoviendo su convivencia pacífica;

V. Fomentar la corresponsabilidad social y la cohesión comunitaria para garantizar un ambiente libre de violencia en el entorno escolar del Estado de Guerrero;

VI. Promover la creación y, en su caso, la modificación de los planes y programas de estudio que contribuyan a la prevención del maltrato escolar desde un ámbito integral y multidisciplinario en coordinación con las autoridades de los distintos niveles de gobierno.

El ambicioso artículo 1.º de esta ley guerrerense, sin duda, marca un modelo de solución con muchos vértices sobre el acoso escolar. La Ley en cita no sólo trata el problema de la violencia como un hecho aislado, sino que lo relaciona con el ámbito comunitario.¹⁴ De esta perspectiva podemos obtener varias conclusiones sobre la posibilidad normativa: que se une la política y el derecho en torno a un problema social; que se toman las bases del concierto internacional, ya que la cultura de paz es un tema que en la ONU han diversificado para darle un trato en los contextos nacionales.

Destaca que la Ley busca restablecer la cohesión social y la armonía comunitaria. Esto es un tema novedoso y a nuestro parecer es el

mocrática. 6. Promover la comprensión, la tolerancia y la solidaridad. 7. Apoyar la comunicación participativa y la libre circulación de información y conocimientos. 8. Promover la paz y la seguridad internacionales. Cfr. UNESCO, ¿Qué es la cultura de Paz? Disponible en <<http://www3.unesco.org/iycp/kits/Depliant%20d%C3%A9cennie/Depliant%20esp%20def.pdf>>.

¹⁴ Cabe señalar que esta Ley es muy similar en cuanto a estructura, objetivos y principios que la Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Distrito Federal.

punto crucial de todas las acciones de la administración pública y de las legislaturas de los estados hacia una solución mayormente enfocada en las políticas públicas.

Ahora bien, la Ley en comento cuenta con mecanismos de elaboración y revisión de políticas públicas, nueva virtud de la norma porque busca que a corto y mediano plazo exista una revisión de los planes y programas que se implementen para prevenir o solucionar los problemas del acoso escolar.

El artículo siguiente expresa los conceptos e instituciones en un contexto comunitario, y dice:

Artículo 2. Para efectos de la presente Ley se entenderá por:

I. Comunidad educativa: la conformada por las y los estudiantes, así como por el personal docente, directivos escolares, personal administrativo de las escuelas, padres y madres de familia y, en su caso, tutores;

II. Cultura de la paz: el conjunto de valores, actitudes y comportamientos, modos de vida y acción que, inspirándose en ella, reflejan el respeto de la vida, de la persona humana, de su dignidad y sus derechos, el rechazo de la violencia, comprendidas todas las formas de terrorismo, y la adhesión a los principios de libertad, justicia, solidaridad, tolerancia y entendimiento tanto entre los pueblos como entre los grupos y las personas;

III. Debida diligencia: la obligación de las personas que tienen la calidad de servidores públicos en las dependencias y entidades de la Administración Pública del Estado de Guerrero, para dar respuesta eficiente, eficaz, oportuna y responsable que garantice la aplicación y respeto los derechos de las niñas, los niños, las y los jóvenes;

IV. Discriminación entre la comunidad educativa: toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas que integran la comunidad educativa;

V. Estudiante: persona que curse sus estudios en algún plantel educativo en el Estado de Guerrero que cuente con reconocimiento de validez oficial de estudios por parte de las autoridades correspondientes;

VI. Ley: Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Guerrero;

VII. Organizaciones de la Sociedad Civil: agrupaciones u organizaciones mexicanas que, estando legalmente constituidas, realicen alguna o algunas de las actividades de apoyo, promoción y defensa de los de-

rechos humanos, en materia de prevención o atención de la violencia en el entorno escolar o maltrato escolar que no persigan fines de lucro ni de proselitismo partidista, político-electoral o religioso, sin menoscabo de las obligaciones señaladas en otras disposiciones legales;

VIII. Persona generadora de maltrato escolar: estudiante o estudiantes, personal docente, directivos escolares, personal administrativo de las escuelas, padres y madres de familia o tutores que, individual o conjuntamente, infligen algún tipo de maltrato en cualquiera de sus tipos o modalidades contra otro integrante o integrantes de la comunidad educativa;

IX. Persona receptora de maltrato escolar: integrante de la comunidad educativa que sufra algún tipo de maltrato en cualquiera de sus tipos o modalidades por parte de otro integrante o integrantes de la comunidad educativa;

X. Programa: el Programa General para la Prevención y Atención de la Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Guerrero;

XI. Red: la Red Interinstitucional sobre Convivencia en el Entorno Escolar en el Estado de Guerrero;

XII. Secretaría de Educación: la Secretaría de Educación del Gobierno del Estado de Guerrero;

XIII. Receptor indirecto del maltrato escolar: familiares y, en su caso, tutores de la persona receptora del maltrato en la comunidad educativa, personas que tengan o hayan tenido relación o convivencia con aquella y que sufran, hayan sufrido o se encuentren en situación de riesgo por motivo del maltrato ejercido en el entorno escolar; se considerarán también a aquellas personas que presencien el maltrato que se ejerce contra integrantes de la comunidad educativa, en calidad de testigos, y

XIV. Observatorio: el Observatorio sobre Convivencia en el Entorno Escolar del Estado de Guerrero.

Como hemos dicho, la norma de la entidad de Guerrero une los esfuerzos institucionales y los relaciona con un ámbito comunitario, pues las organizaciones de la sociedad civil podrán participar en la revisión de las políticas públicas para disuadir el acoso escolar y la discriminación mediante el trabajo que se coordine entre la Red institucional y el Observatorio.¹⁵

Dentro de este marco, la Ley señala los principios bajo los cuales se llevarán a cabo los proyectos, planes y políticas institucionales: se trata de un marco por lo demás complejo, ya que todos estos principios deben estar inmersos en cada una de las acciones que ejerciten

¹⁵ Para un acercamiento preciso ver los artículos 22, 26, 27, 28 y 29 de la Ley, que señalan las funciones de la Red y el Observatorio.

las instituciones. Además, debemos destacar que todos ellos son parte de desarrollo legislativo que tiene su origen en lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 4 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 3. Los principios rectores de esta ley son:

- I. La no discriminación;
- II. El interés superior de la infancia;
- III. La coordinación interinstitucional;
- IV. El respeto a la dignidad humana;
- V. El enfoque de derechos humanos.
- VI. La cultura de paz;
- VII. El pluriculturalismo y reconocimiento de la diversidad;
- VIII. La cohesión comunitaria;
- IX. La perspectiva de género;
- X. Interdependencia;
- XI. La resiliencia,
- XII. La prevención de la violencia;
- XIII. Integralidad; y
- XIV. Resolución no violenta de conflictos.

Desde esta perspectiva holística, la Ley Número 1256 Para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Guerrero propone una nueva concepción en el tratamiento a un problema que, como hemos insistido a lo largo de este capítulo, requiere enfoques multidisciplinarios. Otras normas contienen normas similares¹⁶ y enfoques parecidos (como es el caso de la Ley para la Prevención, Atención y Erradicación de Violencia Escolar en el Estado de Hidalgo, que propone un marco parecido de política pública, marco de principios y soluciones coordinadas),¹⁷ pero a nuestro parecer, la ley comentada es la más completa.

Los valores normativos que conjuga la norma de Guerrero están sustentados en la interdependencia de los derechos humanos, la capacidad de las comunidades para hacer frente a los problemas, y el

¹⁶ Por ejemplo, la Ley para una Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar para el Estado de Guanajuato y sus municipios dice en su Artículo 1: «La presente ley de orden público e interés social y de observancia general en el Estado de Guanajuato, tiene por objeto, establecer las bases que permitan el establecimiento de las políticas públicas para prevenir, atender y erradicar la violencia en el entorno escolar, así como distribuir las competencias entre el Estado y los Municipios».

¹⁷ Ver los artículos 1 a 6 de dicha Ley que contienen este tipo de marco de referencia estructural.

respeto a las diferencias individuales y grupales. No obstante, se afirma que del bloque normativo que existe (en las entidades federativas) sobre el acoso escolar y la violencia en las escuelas cuenta con ciertas debilidades (SEP, 2014):

- Desconocimiento de la investigación actual realizada en México y, especialmente, en torno a las escuelas mexicanas sobre estos fenómenos.
- Falta de sintonía en el marco jurídico que regula al sistema educativo o que establece los principios sobre la protección de niños, niñas, adolescentes y jóvenes
- Imprecisión conceptual básica sobre las nociones principales: acoso entre pares o bullying y otras formas de acoso
- Concentración en ciertas manifestaciones de la violencia escolar, cierto tipo de escuelas, de niveles, modalidades y tipos de sostenimiento
- Poca difusión y conocimiento de la legislación existente no sólo entre la sociedad mexicana en su conjunto sino entre las propias autoridades educativas y las comunidades escolares de los diferentes estados de nuestra República
- Poca reflexión de los fenómenos en el marco de la reforma en curso a partir de las modificaciones, adiciones y abordaje en la CPEUM, LGE, los Acuerdos Secretariales, los Programas educativos, etc.

Las debilidades expuestas son ciertas; y los conceptos jurídicos tanto como los científicos en torno a la agresión, acoso, violencia distan de ser uniformes; también es verdad que no hay uniformidad respecto del concepto de acoso escolar o la violencia entre pares escolares, y que hace falta una mayor coordinación entre autoridades educativas. Sobre todo, la debilidad que se nota es la ausencia de una metodología clara o reglas de trabajo (hasta podríamos decir que no hay un protocolo especial) para quienes tienen el primer acercamiento con este tipo de problemas, que son el personal educativo y sus operadores. Asimismo, la falta de vinculación normativa con el eje de los derechos humanos en algunas legislaciones es notoria y por ello, su enfoque se vuelve quizá muy reducido para dar soluciones más amplias al problema.

Pero a pesar de estas deficiencias, las normas sobre el acoso escolar han ido más allá del problema de la violencia escolar y están intentando atacar las múltiples formas de discriminación y maltrato en el ámbito educativo, pero también centran su interés en lo que ocurre con las relaciones sociales y las tecnologías de la información. Por ejemplo, la Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Distrito Federal señala que el maltrato puede ser:

Artículo 33. Para efectos de esta ley, son tipos de maltrato entre escolares los siguientes:

I. Psicoemocional: toda acción u omisión dirigida a desvalorar, intimidar o controlar las acciones, comportamientos y decisiones, consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, indiferencia, chantaje, humillaciones, comparaciones destructivas, abandono o actitudes devaluatorias, o cualquier otra, que provoque en quien la recibe alteración autocognitiva y autovalorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de su estructura psíquica. También comprende actos u omisiones cuyas formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido, devaluatorias o de abandono que provoquen en la y el estudiante daño en cualquiera de sus esferas cognoscitiva, conductual, afectiva y social...

Lo que este precepto expone no es otra cosa que el derecho de los menores desde su integridad e interacción con otros para el desarrollo de su identidad (esfera espiritual, cognitiva y de la proyección de su autonomía) y de la racionalización de los actos u omisiones que pueden tener consecuencias en dichas esferas. Es decir, el acoso no sólo pueden ser actos positivos sino negativos y los agentes causantes no necesariamente son los compañeros de la escuela, sino que pueden existir agentes externos (la familia, por ejemplo). Por otra parte, el maltrato físico también cuenta con un rango amplio de actos relacionados con la libertad física, la libertad psicosexual, de expresión (y el uso de medios electrónicos de transmisión de información):

II. Físico directo: toda acción u omisión intencional que causa un daño corporal; III. Físico indirecto: toda acción u omisión que ocasiona daño o menoscabo en las pertenencias de las y los estudiantes como la sustracción, destrucción, desaparición, ocultamiento o retención de objetos u otras pertenencias; IV. Sexual: toda acción u omisión que amenaza, pone en riesgo o lesiona la libertad, seguridad, integridad y desarrollo psicosexual de las y los estudiantes, como miradas o palabras lascivas, hostigamiento, prácticas sexuales no voluntarias, acoso, violación o el uso denigrante de la imagen de las y los estudiantes; V. A través de las Tecnologías de la Información y Comunicación: toda violencia psicoemocional implementada a partir del uso de plataformas virtuales y herramientas tecnológicas, tales como chats, blogs, redes sociales, correo electrónico, mensajes de texto enviados por aparatos celulares, foros, servidores que almacenan videos o fotografías, páginas web, teléfono y otros medios tecnológicos, incluyendo la suplantación de identidad por

esa vía de comunicación. Suele ser anónima y masiva donde, por lo regular, la mayoría de integrantes de la comunidad educativa se entera de la violencia ejercida, y VI. Verbal: acciones violentas que se manifiestan a través del uso del lenguaje, como los insultos, poner sobrenombres descalificativos, humillar, desvalorizar en público, entre otras.

La Ley en cita muestra que el acoso escolar no sólo se da en el «ámbito escolar», sino que trasciende a todas las esferas de la socialización del hombre. Esto fue una consecuencia de los altos niveles de interacción entre infantes y adolescentes mediante tecnologías digitales de dispositivos móviles e internet. Nuevamente, podemos afirmar que la globalización de las comunicaciones trae como consecuencia la contextualización de elementos de discriminación. Para este caso, la Ley del DF es bastante completa. Por otra parte, no debemos olvidar que el éxito de toda norma depende de la cultura jurídica de sus operadores y en gran medida de la asimilación de la sociedad a quien está dirigida. Por más que se hagan leyes y marcos de actuación, la aprehensión de la norma es una cuestión de cultura y de asimilación de los procesos culturales para la emancipación de los derechos humanos (en la cultura juvenil) y como proceso social de progreso subjetivo y objetivo.

La afirmación de que la concientización de los derechos humanos ayudaría a fortalecer el proceso del respeto entre estudiantes debe tomar en cuenta el entorno social en que operan las normas (como factor que debe ser analizado antes de su elaboración). La naturaleza y los límites de la cultura se convierten en problemas importantes¹⁸ que, no obstante, toman la forma de oportunidades con la debida difusión y concientización de los actores del proceso educativo. Por ello, la mayoría de las normas conceden un lugar importante a la participación de los ciudadanos en este tema. Las leyes de Guerrero y del DF conceden a la sociedad civil este tipo de participación asertiva. Son parte de los procesos culturales de una sociedad para aumentar o robustecer la cultura de la legalidad en sí misma.

V. El enfoque jurisprudencial y los casos de acoso escolar en los tribunales

Después de este breve repaso normativo, vale la pena establecer que la sociedad se ha concientizado y reclama una respuesta en casos

¹⁸ Mientras que el concepto de multiculturalismo a la diversidad cultural de la población y los problemas de fragmentación, o tal vez a nuevos tipos de unidad de lo social. Sobre estas ideas, ver la obra de Cotterell (2006).

concretos. Los casos que se han presentado¹⁹ en los tribunales son el síntoma de la gravedad de la enfermedad que puede afrontar el sistema educativo —tanto del sector público como privado— sobre el acoso escolar.

El acoso escolar ha mostrado su virulencia en el contexto nacional. Muchas son las notas periodísticas que retratan la gravedad del problema. Desde lesiones menores, maltrato psicológico, hasta lesiones que ponen en peligro la vida. El tema no ha pasado desapercibido en los tribunales. Los sujetos pasivos de este problema han acudido a instancias judiciales para obtener una respuesta coherente del sistema jurídico. Normalmente, en la justicia ordinaria priva la desatención a los asuntos de maltrato entre menores, pues la única forma de lograr una coacción judicial es a través de la responsabilidad civil objetiva.

No obstante, la justicia constitucional ha emitido algunos fallos para proteger la esfera jurídica de los menores. Se trata del único remedio judicial que ha hecho posible someter a control constitucional los actos de particulares y el consentimiento de éstos por parte de las autoridades educativas: el juicio de amparo. Como tal, se trata de un medio de control que tiene por objeto regular actos y omisiones de los poderes públicos y privados. En virtud de que el acoso y maltrato físico entre menores ocurre dentro del contexto escolar, las autoridades tienen el deber de proteger a los alumnos y evitar que sufran discriminación, lesiones, o actos que pongan en riesgo su integridad física, psicológica, social o espiritual.

Se trata del amparo en contra de las omisiones de cuidado en que incurrieron las autoridades de una primaria del Distrito Federal para proteger la vida e integridad de un menor que sufría maltrato verbal, físico y psicológico por parte de otro. El juez de distrito que conoció del amparo, al conocer de la demanda, ordenó las medidas cautelares pertinentes para proteger el interés superior del menor en el contexto educativo.²⁰ Hizo valer la importancia de los derechos del niño

¹⁹ El caso que por desgracia ha causado más conmoción sobre el tema del acoso y la violencia escolar fue en Tamaulipas, en el que el menor agredido perdió la vida. CNN reportó en su momento: «Tomaron de brazos y piernas el 14 de mayo, sus cuatro compañeros lo columpiaron y lo aventaron de cabeza en dos ocasiones, los golpes le causaron muerte cerebral y su fallecimiento, informó el secretario de Educación estatal, Diódoro Guerra Rodríguez este martes, de acuerdo con un reporte de la agencia Notimex», tomado de la nota: “Maestra, que ya no me molesten, pedía joven que murió en Tamaulipas”. <<http://mexico.cnn.com/nacional/2014/05/21/maestra-que-ya-no-me-molesten-pedia-joven-que-murio-en-tamaulipas>>.

²⁰ Esta investigación no proporciona los datos del expediente ni el número de juicio de amparo, ya que se debe preservar la identidad de los menores en todo tipo de

mediante jurisprudencias relativas al interés superior del menor. Uno de esos criterios señala que:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONSTITUYE UN PRINCIPIO RECTOR DE TODAS LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS RELACIONADOS CON MENORES.

Además de su carácter tuitivo, el principio de interés superior del menor constituye un elemento hermenéutico de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos de los menores y los coloca como sujetos prevalentes de derechos. Se trata entonces de considerar la especial situación en que se encuentran ciertos derechos humanos cuando el titular es un menor, atendiendo a que el derecho básico de los menores de edad es el de ser atendidos con pleno respeto a sus derechos fundamentales. Desde esta óptica, los menores son destinatarios de un trato preferente, por su carácter jurídico de sujeto de especial protección, lo que implica que son titulares de un conjunto de derechos que deben valorarse de acuerdo con sus circunstancias específicas. De ahí que el interés superior del menor constituye un principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con menores.

En primer lugar, este criterio nos ayuda a entender la cualidad esencial que tienen los derechos de los menores en el entorno educativo y a la plenitud de ellos como principio rector. No obstante, cuando se trata de menores, las circunstancias a valorar son aquéllas que permitan proteger de forma integral a los menores. En este sentido, la tesis citada es un criterio orientador para todos los jueces, ya que no sólo se presentan casos en materia civil, familiar o penal. El interés superior en relación con el acoso escolar es un tema trascendental en la esfera administrativa, porque recordemos que las autoridades educativas tienen procedimientos internos que agotar. Ahora bien, cuando está en riesgo la vida del menor, los actos pueden combatirse vía amparo indirecto, como en el caso en mención. Por ello es necesario precisar qué tipo de acto u omisión es la que se ataca. Lo anterior, a efecto de lograr la mayor efectividad de las medidas jurisdiccionales que se quieran emplear para proteger este interés superior de los menores.

En el amparo para proteger la vida e integridad del menor, el Juez de Distrito hizo valorar el derecho convencional interamericano y todo el rango de normas que protegen a los menores. Junto a la De-

asuntos. Por lo demás, la información puede consultarse en el sistema de revisión de expedientes del Consejo de la Judicatura Federal.

claración Universal de los Derechos Humanos, se han creado resoluciones que intentan atender todo el espectro de derechos a favor de los menores, como una especie de bloque *in favor debilis* que en su caso es una derivación del principio *pro persona*.²¹

Por otra parte, en diversos juicios de amparo, derivados de juicio civil, ya que se reclamó el pago de daños y perjuicios (en especial el daño moral provocado por la falta de cuidados adecuados y omisiones a los actos discriminatorios que sufrió un menor), la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo y protección de la justicia de la Unión. como es el caso de un menor que había sufrido acoso en una escuela primaria. *Excélsior* (2015) recogió la nota en estos términos:

De acuerdo con el ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, la sentencia dictada ayer es una invitación a las escuelas, particulares y públicas, del país a prestar atención a los casos de acoso escolar en los planteles, y evitar así se provoquen daños psicológicos y físicos contra los menores.

“Más que una advertencia es una invitación para que entiendan que este fenómeno no puede seguir siendo tolerado y, en caso de que no se tomen las medidas por las instituciones y escuelas, que sepan que puede haber una responsabilidad y una consecuencia”, expuso.

Para los cinco ministros que integran la Primera Sala de la SCJN es imperativo contar con deberes claros y definidos para quienes tienen bajo su cuidado a menores de edad, por lo que la sentencia dictada ayer establece recomendaciones específicas para el Estado, para que sea posible identificar, prevenir y combatir el fenómeno del bullying en todo el territorio nacional.

El amparo en mención reconoció la responsabilidad del centro educativo donde el menor estudiaba y la ausencia de límites impuestos por las autoridades del mismo hacia los menores. En este aspecto, precisó que los centros educativos tienen el deber de cuidado de los menores cuando están dentro de sus instalaciones, máxime que la labor educativa es un servicio público concesionado a los particulares por ministerio constitucional. Es decir, el servicio de educación pública no solamente atiende una dimensión normativa sino, como derecho subjetivo, debe respetarse con las garantías administrativas que en forma de reglamentos tienen los operadores privados. La resolución, tal como lo expuso el ministro Zaldívar Lelo de Larrea, es

²¹ Para una explicación de este principio y su integración ver Castilla (2010: 65-83).

una llamada de atención a los centros educativos que tienen concesi-
onado el servicio de educación pública para que implementen pro-
tocolos de detección y cuidado de los menores.

Para el Estado de México la falta de una norma que regule estas
conductas representa una laguna que tiene que ser llenada con las
disposiciones federales que hay en la materia. La administración pú-
blica del Estado de México sólo cuenta con cuatro redes de apoyo
institucional.²² Sin embargo, si analizamos con objetividad el tema
de la responsabilidad de los centros educativos, en la esfera civil hay
normas que pueden ser de utilidad para declarar la existencia de obli-
gaciones a favor de los usuarios de los servicios educativos, a través
de la responsabilidad civil objetiva, ya que el que obra ilícitamente
está obligado a reparar el daño, a menos de que demuestre que el
daño fue a causa o por consecuencia inexcusable de la víctima.

En otra tesis emitida se reconoce la constante evolutiva en el tra-
tamiento a interés superior: se le relaciona con mayores virtudes so-
ciales en el contexto educativo. Esto no es sino una respuesta
coherente desde la reforma de derechos humanos de 2011 que ahora
enlaza los derechos en mayores dimensiones. De este modo, se pue-
de establecer la conexión que existe entre los derechos sociales de
salud, educación, medio ambiente sano y bajo los criterios de la no
discriminación que están previstos desde el artículo 1.º constitu-
cional. La tesis señala:

DERECHO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A UNA EDUCA- CIÓN LIBRE DE VIOLENCIA EN EL CENTRO ESCOLAR.

Conforme a los artículos 1o., 3o., párrafos primero, segundo, tercero,
fracción II, inciso c) y 4o., párrafos cuarto, octavo, noveno y décimo, de
la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7o., fraccio-
nes VI y XVI, 8o., fracción III y 30 de la Ley General de Educación; 3,
puntos A y E, de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas,
Niños y Adolescentes; 5 de la Ley General de Víctimas y 20, fracción
III, de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, los
niños y adolescentes tienen derecho a una educación libre de violencia
en el centro escolar, como expresión o resultado del derecho a la educa-

²² Se trata, de acuerdo a la información de la Secretaría de Educación del Gobier-
no del Estado, de las siguientes: «RED INTERINSTITUCIONAL, RED ACADÉ-
MICA DE INVESTIGACIÓN, RED DE DOCENTES MEXIQUENSES, RED DE
ESTUDIANTES MEXIQUENSES, RED FAMILIAR MEXIQUENSE». Según la
información disponible en <[http://portal2.edomex.gob.mx/bullying/red_interstitu-
cional/index](http://portal2.edomex.gob.mx/bullying/red_interinstitu-
cional/index)>.

ción, a la salud, al respeto a su dignidad humana y al principio del interés superior de la niñez. El citado derecho implica que en los centros escolares públicos o privados no se ejerza en contra de niños y adolescentes violencia física, sexual, psicoemocional o verbal, ya sea directa o indirectamente, o a través de las tecnologías de la información y comunicación, generada por otros alumnos, docentes o personal directivo. Como consecuencia de lo anterior, todos los órganos del Estado tienen la obligación ineludible de promover, respetar, proteger y garantizar ese derecho a través de las acciones que sean necesarias para reconocerlo, atenderlo, erradicarlo y prevenirlo, con la debida diligencia, esto es, con respuestas eficientes, eficaces, oportunas y responsables.

La tesis en consulta expresa diversas posiciones normativas en las que se puede encontrar una sola base: los derechos humanos en el ámbito educativo y la influencia de la cultura constitucional. Por tanto, las soluciones que busca la jurisprudencia indican que el camino a seguir no es por una sola ruta, son varias las soluciones que poco a poco pueden recomponer el trato que existe entre derechos de los menores, convivencia bajo valores culturales de respeto y tolerancia; asimismo, un trabajo legislativo y de divulgación que movilice a la sociedad a comprender el fenómeno y colaborar en la solución.

VI. Derechos humanos y *bullying*: soluciones más allá de tribunales y la escuela

Como hemos visto, el tema de los derechos humanos no compete solamente a los jueces constitucionales, a las autoridades educativas y a los menores. El problema de los derechos humanos rebasa el contexto escolar, y tiene que ver con la familia, con las estructuras de comunicación, con las políticas públicas. Hacemos un paréntesis sobre las comunicaciones porque mediante las tecnologías de la información también se generan actos de discriminación, o, posiblemente comisión de delitos contra la libertad psicosexual. Desde 2013, la Cámara ya se ha ocupado de esta temática al decir:

Las Comisiones de Educación Pública y Servicios Educativos y de Derechos de la Niñez analizan una iniciativa de reformas para impulsar la enseñanza de convivencia sin violencia física, psicológica ni emocional, incluyendo la que se presenta en medios electrónicos como *cyberbullying* y *sexting*. Señalaron que datos de la Alianza por la Seguridad

en Internet revelaron que en México ocho por ciento de los jóvenes de secundaria ha enviado imágenes propias, desnudos y semidesnudos a conocidos o extraños a través de un teléfono celular o una computadora.²³

El texto da cuenta de la gravedad de los hechos y de la urgencia de normar estas conductas para hallar una solución que concilie el derecho a la información, a la recreación y la cultura de los medios, con el respeto a las personas que intervienen en las redes sociales, con especial protección para los menores y adolescentes. En un punto de acuerdo de mayo de 2015 la Cámara de Diputados expresó que:

presidente de la Comisión de Ciencia y Tecnología, diputado Rubén Benjamín Félix Hays (NA), manifestó su preocupación por la gran cantidad de casos de cyberbullying en las redes sociales, lo que ha causado un gran impacto en la sociedad, y por lo cual propuso que la campaña #yoloborro no termine con la Legislatura el 31 de agosto próximo.

Subrayó el compromiso compartido que deben tener todos los actores sociales para combatir este fenómeno. “Es una responsabilidad no sólo de los padres, sino también de las autoridades, de los maestros y de la sociedad”.

El diputado Juan Pablo Adame Alemán (PAN), secretario de la Comisión, dijo que está pendiente legislar para establecer el valor probatorio a las manifestaciones de la voluntad que se vierten en Internet, la certificación de documentos digitales públicos y privados, además de la responsabilidad de la información que se sube a la “nube”. “Debemos trabajar para que los ciudadanos cuenten con la certeza de que los actos que realizan en Internet se encuentren protegidos por el Estado mexicano (Cámara de Diputados, 2015).

La multiplicidad de variantes sobre el acoso en internet y a través de la información que se comparte en la telefonía celular es una barrera difícil de derribar si no se unen los esfuerzos de padres de familia y de las acciones en los tres niveles de gobierno y de las tres funciones: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Vemos también que el acoso escolar (o al menos el originado por la cercanía y el trato de la escuela) nos compete atenderlo a todos, especialmente porque es un problema nuevo debido al uso y acceso

²³ Con información de Notimex, la Cámara de Diputados reconoce esta circunstancia en: “Analizan diputados reformas para impulsar convivencia sin violencia”, disponible en <http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/c_monitoreo_de_medios/01_2013/03_marzo/09_09/14_14_00>.

de las telecomunicaciones por telefonía celular e internet, que ha venido en aumento desde 2010²⁴ y al que las autoridades y familias no han puesto un interés suficiente; por el contrario, se alienta sin medida el uso de las tabletas para los niños de quinto año de primaria. No quiere decir que no estemos de acuerdo con estas medidas a favor del conocimiento digital y el acceso a la información para los menores, incluso como modo de aprendizaje: lo que queremos exponer es la necesidad de poner mayor cuidado en estas medidas para que no se conviertan en actos de demagogia y que se vean y valoren los riesgos del acceso ilimitado a las redes sociales o información nociva para su desarrollo. Aquí juegan un rol muy importante los profesores y padres de familia, pues no se trata de obligaciones que se le pueden atribuir exclusivamente al Gobierno; se trata de que todas las personas tengan un conocimiento pleno y conciencia jurídica dentro de sus aptitudes.

Muchas veces, y en afán de defender sin cortapisas los derechos de la infancia, se olvida que también tienen obligaciones jurídicas, que muchas de estas obligaciones se basan en normas propiamente dichas y en el derecho a corregir que tienen a su cargo los padres. Aquí bien vale mencionar que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014) establece:

Artículo 46. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que se resguarde su integridad personal, a fin de lograr las mejores condiciones de bienestar y el libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 47. Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a tomar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos en que niñas, niños o adolescentes se vean afectados...²⁵

²⁴ Se dice que: «A pesar de su gravedad, el acoso cibernético (ciberbullying) es un fenómeno muy poco atendido en México, en gran medida porque los maestros, autoridades y padres de familia piensan que se trata simplemente de un juego, no prestan atención a las necesidades de sus hijos y no saben utilizar nuevas tecnologías de la información, lo cual provoca que uno de cada seis víctimas de dicha práctica en México terminen suicidándose. Así lo advirtieron diversos especialistas en el tema, quienes subrayaron que para resolver este problema de salud pública, es necesario atender tanto a los menores agredidos como a los agresores —quienes no pueden ser criminalizados—, y desarrollar mecanismos de investigación más eficientes para identificar y castigar los llamados delitos cibernéticos». Tomado de *La Jornada* (2012).

²⁵ Ver *Diario Oficial de la Federación* 04/12/2014.

Las normas citadas son la clave para exigir mayores esfuerzos en el ámbito de toda la administración pública sobre la implementación de medidas a favor de la infancia. Los datos normativos y las preocupaciones que ha mostrado el Poder Legislativo muestran que existen pasos objetivos para lograr combatir este nuevo problema que, desde nuestra muy particular opinión, es un problema de la cultura moderna que nos obliga a estudiar con mayor fuerza los medios que puede aportar la ciencia jurídica para ayudar a resolverlo.

También resulta primordial que se realice más investigación sobre estos temas, tanto desde la perspectiva de la justicia constitucional, como desde la teoría del derecho, pues como lo hemos visto, las tesis de amparo no tendrán fuerza en los ámbitos legislativos y de las políticas públicas sin la comprensión horizontal en la cultura jurídica de los operadores mexicanos.

Consideramos que los elementos normativos ya están puestos en la mesa. Ahora, hace falta emprender una lucha sistemática para que en las políticas públicas educativas se fomenten estos buenos hábitos que las leyes nacionales y las internacionales prescriben.

Sin duda alguna, para llegar a buen puerto y mejorar la convivencia escolar, la cultura familiar juega un rol clave: en el hogar comienza y acaba toda forma de expresión social. La vida privada familiar es una de las bases de las que surgen la anomia o la virtud social. Entonces, es necesario promover la cultura de la Constitución como parte de la cultura familiar. Parece un tema disperso y aparentemente sin ninguna relación, pero como juristas debemos tener en cuenta que las leyes y la obediencia civil, así como las normas que permiten la armonía de la sociedad, se enseñan en los hogares. Ante este panorama, el acoso escolar es un reto social e institucional que está poniendo a prueba todas nuestras estructuras civilizadas: la tolerancia, el respeto, la comunicación e incluso a los tribunales. Dependería, en este sentido, de los tribunales y de los operadores difundir con todas nuestras fuerzas la cultura del respeto a los derechos humanos, los derechos de los niños, sus deberes y la articulación de la acción estatal y privada para favorecer entornos de convivencia sana.

VII. Fuentes citadas

ALBORES-GALLO, Lilia, Juan Manuel Saucedo-García, Silvia Ruiz-Velasco, Eduardo Roque-Santiago (2011), “El acoso escolar (bullying) y su asociación con trastornos psiquiátricos en una muestra de esco-

- lares en México”, en *Salud Pública*, Vol. 53(3), México, versión online <<http://bvs.insp.mx/rsp/articulos/articulo.php?id=002588>>.
- CASTILLA, Karlos (2010), “El principio pro persona en la Administración de Justicia”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, México, No. 20, enero-junio.
- CASTILLO-PULIDO, Luis Evelio, “El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores”, en *Magis. Revista Internacional de Investigación en Educación*, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), documento Informativo, 19 de octubre, Día Nacional contra la Discriminación, disponible en <http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/19%20de%20octubre_INACCSS.pdf>.
- COTERREL, Roger (2006), *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, London.
- GÓMEZ NASHIKI, Antonio (2013), *Bullying: El poder de la violencia. Una perspectiva cualitativa sobre acosadores y víctimas en escuelas primarias de Colima. RMIE* [online]. Vol. 18, n. 58, ISSN 1405-6666.
- MORÁN OVIEDO, Porfirio, “Pablo Latapí Sarre: estudioso, crítico e impulsor de la educación contemporánea”, *Red de Investigadores Educativos Chihuahua*, REDIECH. <<http://www.rediech.org/inicio/images/k2/Red3-01>>.
- ORDÓÑEZ, Leonardo, “La globalización del miedo”, *Revista de Estudios Sociales*, número 25, edición en línea, Universidad de los Andes, Colombia. Tomado de <<http://res.uniandes.edu.co/view.php/284/view.php>>.
- Observatorio de la Convivencia Escolar en el Estado de México, Noticias Estatales 2014*, disponible en <<http://www.convivenciaescolar.org.mx/index.php/blog/noticias/estatales>>.
- ZURITA RIVERA, Úrsula (2014), *La legislación en materia de convivencias, seguridad y violencia escolar en México*, FLACSO Reunión Nacional Programa Nacional de Convivencia Escolar SEB-SEP, México. Disponible en <<http://basica.sep.gob.mx/conv4.pdf>>.

Legislativas

- Cámara de Diputados: *Analizan diputados reformas para impulsar convivencia sin violencia*”. Disponible en <http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/c_monitoreo_de_medios/01_2013/03_marzo/09_09/14_14_00>.

- _____, *Comunicación Social*, 18 de mayo de 2015, Boletín N°. 5641 tomado de <<http://www5.diputados.gob.mx/index.php/es/Comunicacion/Boletines/2015/Mayo/18/5641-Aun-pendiente-legislar-contracyberbullying-y-sobre-derechos-en-la-red-virtual-diputados>>.
- _____, “EL BULLYING O ACOSO ESCOLAR” *Estudio Teórico conceptual, de Derecho Comparado, e Iniciativas presentadas en el Tema*. Junio de 2012. Disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-16-12.pdf>>.
- Senado de la República, Coordinación de Comunicación, *Impulsan senadores ley que prevenga y combata acoso escolar, Comunicado 924*, 2 de junio de 2014.
- ONU, *No violencia* <<http://www.un.org/es/events/nonviolenceday/background.shtml>>.
- _____, *Cómo puede contribuir la educación a los objetivos propuestos para después de 2015*, © UNESCO/Karel Prinsloo/ARETE, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002305/230508s.pdf>>.
- _____, *Informe sobre Desarrollo Humano 2014*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), New, York, 2014.
- _____, Observación General Número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales (Comité DESC).
- _____, UNESCO, ¿Qué es la cultura de Paz? Disponible en <<http://www3.unesco.org/iycp/kits/Depliant%20d%C3%A9cennie/Depliant%20esp%20def.pdf>>.
- _____, UNICEF, “Somos comunidad educativa: hagamos equipo”. Una propuesta de intervención integral educativa contra el acoso escolar (bullying). 2011, p. 25. <http://www.unicef.org/mexico/spanish/Proyecto_Somos_comunidad_educativa.pdf>.
- Ley para una Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar para el Estado de Guanajuato.
- Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Distrito Federal.
- Ley número 1256 para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Guerrero.
- Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Campeche.
- La Ley para la Prevención, Combate y Erradicación de la Violencia en el Entorno Escolar del Estado de Yucatán.

Mesografía: agencias de noticias

Excélsior: “Corte ordena indemnizar por ‘bullying’; falla contra escuela privada”. Nota recuperada de <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/05/16/1024350>>, 6/05/2015 07:01 Juan Pablo Reyes.

CNN “Maestra, que ya no me molesten”, pedía joven que murió en Tamaulipas”. <<http://mexico.cnn.com/nacional/2014/05/21/maestra-que-ya-no-me-molesten-pedia-joven-que-murio-en-tamaulipas>>.

La Jornada, 28 de octubre de 2012: <<http://www.jornada.unam.mx/2012/10/28/sociedad/033n1soc#sthash.S2hHfa6b.dpuf>>.

V
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR:
DIRECTRIZ INSUPERABLE PARA LOS JUZGADORES

Enrique Uribe Arzate
Edgar Mirafuentes
Alejandra Flores Martínez

«Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres»
Pitágoras

SUMARIO: I. El objeto de estudio y su vinculación con los derechos humanos; II. Las referencias objetivas del interés superior: más allá de los derechos en el plano subjetivo, derechos en el plano objetivo; III. Ejes metodológicos para la protección de los menores y el interés superior; IV. Casos relevantes en materia de interés superior; V. Propuesta metodológica para identificar el núcleo del interés superior del menor; VI. Fuentes citadas.

I. El objeto de estudio y su vinculación con los derechos humanos

El presente capítulo tiene por *objeto establecer la relación entre el concepto de interés superior* como norma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de derecho internacional. Con este enfoque, pretendemos analizar los elementos normativos que nos permitan reconocer los alcances del interés superior; en este sentido, haremos cita de algunos casos paradigmáticos sobre este concepto y su evolución en la jurisprudencia mexicana, con las necesarias referencias al sistema interamericano de derechos humanos. Es oportuno señalar que el tema se relaciona estrechamente con la justicia constitucional y los derechos humanos, aunque los avances de

las interpretaciones existentes se han dado sobre todo en materia de derecho familiar.

Inicialmente, es necesario reconocer que los derechos de los menores han estado en boga en nuestro país a partir de la década de los 90, después de que México ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Adolescente.¹ Desde entonces, la niñez, sus derechos y los problemas jurídicos vinculados a su ejercicio son, para México, uno de los temas más importantes que desborda el estudio de todas las disciplinas de las humanidades y las ciencias sociales. La ciencia jurídica no puede quedar rezagada en este gran tema para solucionar muchas cuestiones sobre la cultura jurídica de los jueces, los abogados y demás personas que intervienen en el trato de los menores.

En la práctica, no es sencillo para los jueces dar un tratamiento adecuado a los intereses y pretensiones de las partes en el juicio cuando se presenta un caso de guarda y custodia, de alimentos, pérdida de la patria potestad o de identidad de los menores. En materia penal también hay dificultades para el tratamiento de la información, de los derechos de los menores como sujetos pasivos y como activos en un hecho considerado como conducta antisocial. Asimismo, en materia de amparo hay diversas situaciones procesales que exigen un tratamiento más amplio y distinto del derecho de los menores, particularmente cuando se trata de la suspensión provisional del acto reclamado y se tiene que analizar la apariencia del buen derecho en conjunción con el orden público para proteger sus derechos en forma inmediata. El presente capítulo estudia el interés superior con referencia a las materias antes mencionadas de la jurisprudencia nacional, interamericana e internacional.

De inmediato advertimos la necesidad de que los abogados y jueces nos apropiemos de un lenguaje científico y jurídicamente útil para el estudio de casos sobre menores; esta exigencia ha sido un factor positivo y detonante de las reformas de derechos humanos. En vía de ejemplo, podemos decir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha difundido el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*,

¹ A sabiendas de que muchos autores contemporáneos e instituciones públicas usan la distinción de sustantivo «los niños y las niñas, hombre y mujeres, señoras y señores...» este capítulo se aparta de esta calificación sexista (o de género si se le puede llamar de esa forma), porque consideramos que no aporta ningún valor objetivo a la igualdad sustancial entre personas de distinto sexo. Por ello, si se usa el sustantivo «niños» nos referimos a la «infancia» como una pluralidad, y no únicamente a los varones que son menores de edad. Sobre estas pautas racionales del lenguaje y el uso neutral de los nombres genéricos, ver UNESCO (1990).

en el que expone las bases para proteger mejor los derechos de los menores en la actividad jurisdiccional.

En la liga que vincula los derechos de los menores en los planos nacional e internacional, no debemos pasar por alto la utilidad de los indicadores sobre los temas que inciden en la deficiente atención de los derechos de los niños; asimismo, es pertinente referir los casos relevantes en la justicia ordinaria y constitucional para propender el interés superior de los menores; de esta forma podremos reconocer el grado cualitativo del interés superior del menor en la función jurisdiccional.

En este orden de ideas, tampoco sobra resaltar que la infancia es parte esencial de las principales preocupaciones de la Organización de las Naciones Unidas. Numerosos organismos hacen hincapié en las medidas que se deben adoptar desde distintas áreas para promover y respetar los derechos de la niñez, para combatir la pobreza y el analfabetismo, para proteger su integridad en los conflictos bélicos (ya sea como desplazados o como víctimas directas), para proteger su derechos socioeconómicos y su libertad e integridad y psico-sexual. Los menores tienen un tratamiento especial por ser un grupo que a la sociedad y a todas las instituciones les interesa salvaguardar.

En la jurisprudencia mexicana existen numerosas referencias a los derechos de los menores y, de igual forma, en la jurisprudencia internacional, tanto en la formada con motivo de los conflictos bélicos en África y la denominada *justicia transicional*, como en la Corte Europea de Derechos Humanos; así, es evidente la constante relación de los derechos de libertad y laicidad, del derecho a la educación en casa (*homeschooling*) y que demuestra dos cosas: el interés institucional (global) de proteger los derechos de los menores en todos los ámbitos jurisdiccionales y el desarrollo de jurisprudencia que analiza los problemas en que se ven inmersos sus pretensiones, problemas, derechos, etcétera.

II. Las referencias objetivas del interés superior: más allá de los derechos en el plano subjetivo, derechos en el plano objetivo

La Organización de las Naciones Unidas, a través de su Fondo para la Infancia (UNICEF) señala con recia prospectiva la importancia objetiva de los derechos de los niños y el desarrollo; esto significa que los derechos subjetivos de los menores tienen una estrecha conexión con el desarrollo de sus aptitudes en el futuro cercano. A través de la

equidad, el acceso a recursos y la no discriminación, el contexto internacional es la base del desarrollo de los niños. En su visión para 2017, UNICEF ha señalado:

Equidad significa que todos los niños tienen una oportunidad de sobrevivir, desarrollar y alcanzar su máximo potencial, sin discriminación, prejuicios o favoritismos. En la medida en que un niño no tenga las mismas oportunidades en la vida en sus dimensiones social, política, económica, cívica y cultural, se están violando sus derechos. Cada vez resulta más evidente que invertir en la salud, la educación y la protección de los ciudadanos más desfavorecidos de una sociedad, luchando contra la desigualdad, no solamente ofrece a todos los niños la oportunidad de alcanzar su máximo potencial, sino que también conduce al crecimiento sostenido y a la estabilidad de los países.²

Si bien se afirma que los menores tienen derechos, éstos comienzan con el acceso integral a los marcos que les permiten desarrollar sus aptitudes, sus habilidades escolares, vivir sin miedo, en condiciones más allá de la pobreza, sin la privación de recursos, con acceso a la salud. Por ello, el *interés superior* no es un tema estrictamente para el estudio dentro de un caso concreto o de una materia en particular. El interés superior de los menores comienza con los enfoques económicos de los Gobiernos para proteger, desde todos los flancos de la administración pública y de las medidas legislativas, el núcleo de los derechos de la niñez. Al respecto, los ejes del trabajo de UNICEF para mejorar sistemáticamente la aplicación de los derechos de la niñez son los siguientes:

- a) utilizar un nuevo enfoque de la equidad y de su contribución esencial a la realización de los derechos del niño;
- b) acelerar los esfuerzos encaminados a lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio y continuar la programación pertinente después de 2015, con un enfoque más sólido de la gestión basada en los resultados que se ajuste a la estructura institucional de la mayoría de los gobiernos;
- c) intensificar las intervenciones de eficacia demostrada, mejorar la rendición de cuentas de las instituciones nacionales para adoptar políticas eficaces, fortalecer de manera sistemática la utilización de los servi-

² E/ICEF/2013/21, *Plan Estratégico del UNICEF para 2014-2017*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Junta Ejecutiva Segundo período ordinario de sesiones de 2013, 3 a 6 de septiembre de 2013. Consejo Económico y Social.

cios y alentar la modificación adecuada de las conductas y la participación de los niños, incluidos los adolescentes, y de las comunidades.

De los tres incisos citados, se corrobora el hecho de que la visión de los derechos del niño no puede estar aislada de las políticas nacionales en torno al desarrollo de los derechos esenciales de educación, vivienda, alimentación, ambiente limpio. Para lograr estos objetivos, UNICEF propone la elaboración de indicadores precisos para medir el avance de los derechos de la niñez. Estas formas de medición tienen que ver con la democracia participativa y la rendición de cuentas, ya que muchas veces los programas que se implementan son discursos ocasionales sin respuesta objetiva a las demandas y necesidades de los menores. Bajo una visión de conjunto con otros organismos de la ONU, se afirma que:

Los organismos también se comprometen a compartir en la medida de lo posible los resultados relativos a las esferas temáticas en las que operan varios organismos [...] El UNICEF y los otros programas y fondos han adoptado medidas para la convergencia de la planificación estratégica, mediante acciones que incluyen: a) Una mayor atención al fortalecimiento de los sistemas de seguimiento en tiempo real del gobierno y los asociados, según el enfoque del Sistema de Supervisión de Resultados para la Equidad, con especial hincapié en los obstáculos y atolladeros a los que se enfrentan las familias y los niños más desfavorecidos...³

Con estas líneas de trabajo que propone la ONU, pueden aplicarse planes, políticas, agendas legislativas y participación de las entidades privadas en torno al mejoramiento sustantivo del interés superior del menor. En junio de 2015, México dio cuenta de los avances del desarrollo de los derechos de los menores en relación con la Convención de los Derechos del Niño.⁴ Es claro que la importancia sistemática de las políticas económicas, productivas, de salud, de seguridad ali-

³ *Idem.*

⁴ Durante mayo de 2015, tuvo lugar «la revisión de cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de México, frente al Comité de los Derechos del Niño en Ginebra. Las sesiones de diálogo entre representantes del Estado Mexicano y miembros del Comité, se realizaron los días 19 y 20 de mayo de 2015. Como país firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), México debe presentar ante el Comité informes periódicos en los que se describen los avances realizados para dar seguimiento a la aplicación de la CDN en el país, y a partir de esa presentación, el Comité examina la documentación y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”, que serán dadas a conocer en el mes de junio». *México dialoga sobre avances y desafíos para*

mentaria y de trabajo impacta necesariamente en todas las esferas de los menores; por ello, el tratamiento del interés superior rebasa los ámbitos judiciales. Se trata de un concepto de naturaleza política, económica y jurídica (contextualizado si se quiere).

Ahora bien, por desgracia, el interés superior es un tema que ha surgido en México en la arena judicial. La justicia siempre va un paso adelante de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para hacer respetar y proteger los derechos de los menores. En este tenor, se trata de un problema de sistematización y comprensión de las normas jurídicas por parte de los operadores legislativos y administrativos. La influencia internacional también ha sido un factor favorable al desarrollo de los menores; las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron tajantes para ordenar la creación de nuevas políticas y capacitación en derechos humanos de todos los operadores. En este mismo sentido, hacen falta decisiones que impulsen los derechos de los niños. En el *Caso Niños de la Calle vs. Guatemala*, la Corte Interamericana dijo que:

... A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.⁵

De acuerdo con esta sentencia, el interés superior de los menores es una clave de la política de Estado. En este caso, la situación era por lo demás grave, se trataba de menores en situación de calle. En

la niñez ante el Comité de los Derechos del Niño. Recuperado de UNICEF: <http://www.unicef.org/lac/media_29849.htm>.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Fondo. Párrafo 191.

México no estamos exentos de esta situación; el gobierno y sus políticas públicas deben tener cuidado con lo que la realidad expone cotidianamente en casi cualquier cruce de las ciudades más pobladas.⁶ Hoy, dadas las condiciones económicas es evidente que hay un incremento en el número de niños que padecen en la calle. Con estos datos, podemos afirmar que no basta el contexto jurídico para proponer soluciones al problema del goce efectivo de los derechos de la niñez. Como lo expone la Corte Interamericana, el problema es la omisión de los Estados en tomar medidas que reconstruyan los derechos de la infancia; de nada sirve contar con un marco normativo de alto diseño técnico-jurídico, si no logramos enderezar las políticas económicas que favorezcan ese interés superior.

En esta vertiente, el marco normativo nacional de los derechos de los menores parte de su acepción prevista en la Constitución. El artículo 4 marca los cánones de los derechos de la infancia; es parte del derecho a integrar una familia y tiene estrecha relación con otros derechos sociales: el derecho a la salud, el derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; el derecho al agua potable y el derecho a un medio ambiente limpio. No es ninguna casualidad que estos derechos tengan la sistematización constitucional prevista en los artículos 1, 4 y 5. Su conformación en bloque pretende robustecer la integración de los derechos que son esenciales para el desarrollo de la vida en sociedad: la niñez, la salud, la nutrición y el ambiente.

De la lectura del precepto constitucional de referencia, se desprende el bloque de derechos humanos que en su mayor parte conforma las bases normativas del interés superior del menor. Sin embargo, el artículo 1 constitucional establece que todas las personas tienen los derechos humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales, y que los derechos humanos se interpretan bajo el principio *pro persona*. Este criterio interpretativo también forma parte del bloque de los derechos de la infancia; su importancia es sistemática, pues a partir de esta norma, se va a conformar el concepto de interés superior de los menores.

⁶ Tan sólo en la ciudad de Toluca, hace 10 años, un estudio logró contar 106 menores en situación de calle: «La distribución territorial que muestra esta población está definida en 40 lugares de Toluca donde la aglomeración de personas y tránsito de vehículos es constante, condición que favorece las actividades económicas de los menores en situación de calle. Entre los lugares donde se concentra el mayor porcentaje de menores que realizan actividades en la calle sobresalen el mercado 16 de septiembre; el mercado Juárez; los cruces del Paseo Tollocan con la calles Jesús Carranza». Montoya (2006).

Otras de las nuevas acepciones para favorecer la construcción de soluciones normativas y jurisprudenciales, tanto como de políticas a favor de los menores, son la progresividad e interdependencia de los derechos humanos, previstas en el artículo 1, que señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

La importancia de este precepto constitucional es irrefutable. Constituye la piedra angular del sistema de generación, reconocimiento y garantía de los derechos humanos. En los casos de orden procesal, sirve como referencia última para el estudio constitucional y legal encaminado a la solución de controversias en las que se tratan asuntos de menores no sólo en el ámbito civil o familiar, sino en los asuntos penales, laborales y administrativos, ya que el artículo 1 proporciona dos bases: la aplicación de normas más favorable a los menores y la interpretación que mejor convenga a sus intereses. En eso radica el principio pro persona que desde ahora nosotros podríamos decir que configura un nuevo anclaje para la garantía del derecho de los menores: el principio pro infancia.

En seguimiento de esta idea, cabe señalar que en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes no existe un concepto del interés superior de la niñez; únicamente se hace referencia al artículo 1 constitucional y a los principios generales del derecho.⁷

⁷ La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala: «Artículo 6. Para efectos del artículo 2 de esta Ley, son principios rectores, los siguientes: I. El interés superior de la niñez; II. La universalidad, interdependencia, indivisibi-

Es dentro del derecho internacional donde se hallan las restantes bases normativas que sostienen el referido principio. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Con estas prescripciones, la convención expone que el cuidado y protección a los derechos de los niños atañe en toda su amplitud al poder público y no a un órgano concreto del Estado; esto es, la protección de los derechos de los menores es una obligación del Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo. Aún más, hace hincapié en el deber de cuidado de los padres. Con esta conjunción entre sujetos obligados, se pretende lograr la vida digna del menor, su desarrollo emocional, educativo, espiritual y económico. En este sentido, la convención ordena a los Estados especial cuidado sobre los derechos sociales y económicos de los menores:

Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos re-

alidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales;...» y en su Artículo 9 dice: «A falta de disposición expresa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales, en esta Ley o en las demás disposiciones aplicables, se estará a los principios generales que deriven de dichos ordenamientos y a falta de éstos, a los principios generales del derecho, privilegian-do en todo momento los principios rectores de esta Ley».

conocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Este marco normativo representa las bases para crear mayores exigencias legislativas y políticas sobre el gasto en educación, salud, deporte, recreación y cultura para los niños. En adición a la convención, tenemos el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados*⁸ y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*.⁹ Este último tiene una connotación muy importante para facilitar la creación de normas y procedimientos a favor de la protección de la integridad psicosexual de los menores en los procedimientos judiciales.¹⁰

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño¹¹ ha elaborado las Observaciones Generales que sirven como ejes de trabajo para

⁸ Que tiene que leerse en coordinación con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales que son la piedra angular del derecho internacional humanitario, es decir el conjunto de normas jurídicas que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos de éstos. Protegen a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades. Ver Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra>>.

⁹ «Los artículos 34 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño dicen que los gobiernos deben proteger a los niños y niñas de todas las formas de explotación y abusos sexuales y tomar todas las medidas posibles para asegurar que no se les secuestra, se les vende o se trafica con ellos. El Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía sirve de complemento a la Convención al exigir a los Estados una serie de requisitos precisos para poner fin a la explotación y el abuso sexuales de la infancia. También protege a los niños y niñas de la venta con objetivos no sexuales, como por ejemplo otras formas de trabajo forzado, adopciones ilegales o donación de órganos». UNICEF. Recuperado de <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30204.html>.

¹⁰ En el Estado de México se cuenta con normas penales que tipifican y agravan la comisión de estos delitos. Ver en el Código Penal «CAPITULO II Utilización de imágenes y/o voz de personas menores de edad o personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho para la pornografía. Artículo 206.- Comete el delito de utilización de imágenes y/o voz de personas menores de edad o personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho para la pornografía, el que realice las siguientes conductas...».

¹¹ Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: «El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del

los Estados Parte de la Convención de los Derechos del Niño. Las observaciones generales que han tratado el tema, entre otras, destacan las siguientes:

- Observación General número 5: Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
- Observación General número 8: El derecho del niño a la protección de castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros).
- Observación General número 9: Los derechos de los niños con discapacidad.
- Observación General número 10: Los derechos del niño en la justicia de menores.
- Observación General número: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.
- Observación General número 12: El derecho del niño a ser escuchado.
- Observación General número 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.
- Observación General número 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Observación General número 15: Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).
- Observación General número 16: Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.
- Observación General número 17: Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.

Niño por sus Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. Recuperado de <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>>.

La revisión llevada a cabo en páginas anteriores, nos muestra la amplia gama de normas internacionales que existen para proteger el interés superior del menor. Asimismo permite su inclusión en el ordenamiento jurídico nacional a través de la conformación del bloque de convencionalidad a partir de la reforma constitucional de 2011. Las observaciones generales, si bien no son normas vinculantes, sí forman parte de las obligaciones diplomáticas de los Estados y de la seriedad con que deben tratarse los temas de la infancia en los niveles internacional y doméstico.

III. Ejes metodológicos para la protección de los menores y el interés superior

En atención a la complejidad de los derechos de los menores se han creado marcos de actuación con diversas intenciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado algunos conceptos relacionados con el interés superior del menor en los siguientes términos:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹²

Es de suma importancia mencionar que la Comisión Interamericana une el concepto de interés superior con el de dignidad humana; son conceptos ligados e indisolubles: no se podría hablar de uno u otro sin tener en cuenta que van de la mano. De la misma forma, la Corte enlaza el deber estatal de protección con el deber familiar de cuidar a los menores:

[t]odo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias ex-

¹² Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

cepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.¹³

Del ejemplo citado se pueden identificar algunas cuestiones como la referencia a los factores económicos que propician el desarrollo de los niños. Por lo tanto, corresponde tanto a la sociedad como al Estado unir esfuerzos para promover la creación de condiciones a favor de desarrollo de los menores. Por ello, es importante crear nuevas formas de difusión de los derechos, de discusión de las soluciones y de creación de políticas de Estado encaminadas a solventar el rezago en el acceso a los derechos de los niños.

Aunque las garantías que se han creado a favor de los derechos de los niños no son suficientes, debemos reconocer que el ámbito judicial va a la vanguardia en el cuidado de los derechos de la infancia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho grandes esfuerzos institucionales en la creación de condiciones jurisprudenciales y académicas para que se conozca la metodología de tratamiento a los derechos de los menores; en consecuencia, los marcos de trabajo para juzgadores tienen una concepción más amplia de los derechos de la infancia dentro del contexto del Poder Judicial Federal. En este esfuerzo, hay una importante convergencia con los nuevos enfoques y esquemas de los organismos y cortes internacionales. Se pueden enumerar de la siguiente forma:

- a. Difundir la cultura de trato diferenciado pero equitativo a los derechos de menores.
- b. Crear un marco de trabajo común para jueces y magistrados que tratan asuntos de menores.
- c. Difundir la cultura de los derechos de los menores.
- d. Homologar criterios y enfoques para reconocer derechos subjetivos de los menores.
- e. Generar criterios y homologación procesal para la recepción de pruebas y celebración de actos procesales relativos a derechos de menores.
- f. Crear una política normativa común para la jurisdicción iberoamericana.¹⁴

¹³ *Ibidem*, párrafo 62.

¹⁴ Se dice que el «*Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, ado-*

En el contexto señalado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación difunde el *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*, como norma de trabajo para los juzgadores que recoge diversos principios del ámbito iberoamericano y es fruto de las reuniones de trabajo de los tribunales de justicia del continente. Además, el documento citado establece un sistema de conceptos y principios; un sistema de actuación general y un sistema de actuación particular. De esta manera, la justicia constitucional adquiere gran relevancia para tratar un tema muy delicado como es el de los menores y la protección de su dignidad. Por ello es necesario que los jueces y los abogados estemos pendientes de cada nuevo caso sobre derechos de los menores, para establecer herramientas cognoscitivas que nos ayuden a resolver los problemas jurídicos de la niñez.

Por fortuna, las normas sobre menores van adquiriendo una sólida tradición científica y sociológica que busca atender este bloque para facilitar la aplicación del principio *pro persona* previsto en el artículo 1 constitucional. Por ejemplo, en la tesis de rubro *Derechos humanos. El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es vinculante, al reflejar los compromisos firmados por el estado mexicano en aquella materia, toda vez que refleja los compromisos firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos en relación con el trato que se debe dispensar a los menores que se enfrentan a un proceso judicial de cualquier índole; por ejemplo, cuando éstos tengan que declarar ante un juez o en un juicio en donde se dirima su guarda y custodia deberán aplicarse, en lo conducente, las reglas contenidas en el capítulo III en sus numerales del uno al siete del protocolo en cita.¹⁵

Asimismo, en materia civil distintas tesis han destacado el interés superior para favorecer su desarrollo y para optar por una solución en las controversias entre sus progenitores, siempre buscando un equilibrio entre las pretensión de ambos y para facilitar el desarrollo integral de la educación, cultura, cuidado familiar y sano desarrollo físico

lescentes, comunidades y pueblos indígenas, es producto de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, 2002) y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a las Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008)». Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 9.

¹⁵ Cfr., Tesis: VII.2o.C.36 C (10a.), 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 3; p. 1994.

de los menores.¹⁶ Sobre este punto, el *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas* (SCJN, 2014: 26) menciona en su primer apartado los principios de actuación judicial bajo el siguiente esquema:

1. Interés superior del niño.
2. No discriminación.
3. El derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones.
4. El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

En cuanto a la no discriminación podemos afirmar que desde el último párrafo del artículo 1 constitucional y los valores previstos en los artículos 2 (derechos de los pueblos indígenas) y 3 (valores de la educación), las normas de no discriminación le son enteramente aplicables a los menores. No obstante, el *Protocolo* señala que aunada a la no discriminación, la acción jurisdiccional debe tener en cuenta el interés contextualizado de los menores: Juzgar con perspectiva de infancia implica que cualquier decisión adoptada en el ámbito jurisdiccional, que afecte de manera directa o indirecta los intereses de un niño, niña o adolescente, debe tomarse con base en el reconocimiento de sus características propias. Esto necesariamente debe llevar a plantear la necesidad de ciertas adecuaciones en los procedimientos en los que los niños participan, como son los procesos judiciales.¹⁷

Sabemos que no será fácil implementar el principio señalado por el *Protocolo*, pues en la cotidianidad de los juzgados, el personal opera bajo criterios formalistas a la vieja usanza del positivismo y de la rigidez en la aplicación de la ley (*dura lex sed lex*); con esto y a pesar del éxito de la reforma constitucional de 2011, la realidad de

¹⁶ INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. NO DEBE INTERPRETARSE AL GRADO DE TENER POR ACREDITADO UN DELITO QUE NO SATISFACE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL RESPECTIVO, Tesis: I.9o.P.76 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 17, abril de 2015, Tomo II, Página: 1737; ALIMENTOS. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR PARA CALCULAR EL QUÁNTUM DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA CUANDO LA OBLIGACIÓN DEBA RETROTRAERSE AL MOMENTO DEL NACIMIENTO DEL MENOR, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, Página: 1380; DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES DE EDAD, Tesis: 1a. CC-CLXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, página: 600, entre muchas otras.

¹⁷ *Ibidem*, p. 32

los juzgados del fuero común es que (en general y con la debida medida cuantitativa, sin que ello implique desconocer jueces de excelencia y buenas prácticas en el proceso civil-familiar) su conocimiento normativo no sobrepasa los niveles técnicos y procesales.¹⁸

Por otra parte, una de las cuestiones que podría ser un talón de Aquiles en todo el sistema jurídico mexicano es la formalidad en las peticiones de los menores, ya que por sí mismos no pueden tener representación en los asuntos que les concierne la ley, y en todo caso, deben actuar siempre bajo la tutela de un representante, ya sean sus padres, otros familiares o cualquier otro adulto. En este sentido, ni la Ley de Amparo les reconoce personalidad por sí mismos. El *Protocolo* (SCJN, 2014: 33) en estudio señala: «En particular debe tenerse en cuenta que el niño requiere mediación adulta para ejercer sus derechos, la cual variará dependiendo de su grado de desarrollo y madurez. Si por la razón que sea carece de esta, se encontrará en condiciones de exclusión e imposibilitado para ejercer sus derechos».

El apartado que interesa discutir aquí es el del interés superior del menor. En su mayor parte el documento de trabajo menciona que este concepto proviene del bloque internacional de los derechos humanos a favor de los menores. A pesar de que no establece un concepto determinado, sí marca tres rutas que deben seguir todas las autoridades del Estado para aplicar los derechos de los menores. La obligación reforzada y prioritaria para el Estado en materia de infancia implica lo siguiente:

1. Actuación oficiosa para la protección integral de niñas y niños;
2. Obligación de exhaustividad para atender la causa de pedir, y
3. Brindar la asistencia y la representación necesarias para el ejercicio de sus derechos.¹⁹

Para dar mayor énfasis a estos puntos, resulta importante señalar las tres rutas:

1. Porque la actuación oficiosa implica analizar en abstracto los derechos de los menores, antes de estudiar el contexto del caso

¹⁸ Por ejemplo, al grado de que algunos juzgadores no llevan a cabo la citación al Ministerio Público cuando se trata de la escucha de los menores para decidir el otorgamiento de la guarda y custodia o de que, para favorecer a las mamás, reconocen su *cualidad natural para cuidar a los hijos*. Sobre este punto, más adelante veremos algunas cuestiones jurisprudenciales relacionadas con los estereotipos de género.

¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

concreto, el deber de cuidado de todas las autoridades es una máxima *sine qua non* de su actuación. Asimismo, la actuación de oficio es sinónimo de proteger, escuchar, aplicar, favorecer, cuidar, interpretar y aplicar todas las normas relacionadas con los intereses jurídicos de los menores. Significa que sin que ninguna de las partes lo pida, sin que haya una expresión o manifestación de la voluntad el juez, automáticamente, aplicará todas las directivas nacionales e internacionales a favor del menor, bajo dos vértices: el de la búsqueda del mayor beneficio y el menor perjuicio a dicho interés.

2. En cuanto a la exhaustividad de la causa de pedir, los jueces y las autoridades tratarán de escuchar con cuidado y precisión el derecho involucrado en la pretensión de los menores y actuar en consecuencia. Es decir, el estudio de un asunto de los menores debe tener en cuenta todos los contextos y posibilidades para favorecer de forma sustantiva el derecho del menor de forma sustantiva y no meramente procesalista. Para ello es necesario que el juez no pierda de vista el contexto familiar, económico, comunitario y personal del menor. Sobre todo en materia familiar, en la que se busca una solución de los derechos de los padres en conjunción con los del menor.
3. La asistencia necesaria para los derechos de los menores opera a través de los mecanismos institucionales como garantías orgánicas y administrativas para proteger los derechos de los menores. Esto es: fiscalías, defensorías públicas, organismos del poder ejecutivo para proteger los derechos de los menores, instituciones procesales que favorecen sus derechos (medidas probatorias para estudios periciales, instalaciones adecuadas, etcétera).

De las tres nociones referidas, se obtiene una metodología más adecuada para lograr un estudio óptimo sobre los derechos de los menores que, como grupo vulnerable, requieren atención especial por parte de los órganos jurisdiccionales y a quienes no se les debe aplicar, de ninguna manera, el trato que se les otorga a las partes procesales cuando se trata de adultos.

Más adelante, el Protocolo define varias reglas operativas para los mecanismos de intervención de los menores en un procedimiento. Es de resaltar que no son optativas, sino que tienen vinculación y fundamento normativo. Así se afirma lo siguiente:

V. Reglas y consideraciones generales para las y los juzgadores

Lo anterior supone que la realización de aquellas no obedece a “buenas intenciones”, es consecuencia de los principios abordados, representando vías para su concreción.

Cada una de las reglas mencionadas se desdobra en una serie de consideraciones para las y los juzgadores. Las reglas de actuación deben aplicarse en toda ocasión en la que un niño, una niña o un adolescente estén involucrados en un procedimiento judicial, sin importar la calidad en la que participa ni la materia que se trate. Se trata de previsiones que deben ser tomadas antes de que éste inicie (tales como informar y preparar la niña), durante el mismo (asistencia, acompañamiento de una persona de apoyo, toma de testimonio, privacidad y medidas para proteger la intimidad, evitar el contacto con adultos que puedan afectar emocionalmente al niño, medidas de protección, entre otras) y después (relacionadas con la valoración del dicho infantil o tratándose de un asunto que afecta a un niño, niña o adolescente con posterioridad al juicio) (*Ibidem*: 39).

El Protocolo no distingue en qué tipo de procesos han de aplicarse las reglas; por lo tanto, no cabe hacer distinciones que excluyan la fuerza de estas directrices. Deben aplicarse en todos los procesos, pues al ser normas operativas, no riñen con las normas procesales. En caso de que así fuera, todas estas normas tienen prevalencia, en primer lugar porque son expresiones interpretativas de los artículos 1, 4 y 133 de la Constitución Federal y, en segundo, porque provienen de los tratados internacionales; por ello, en caso de conflicto con alguna regla legal, prevalecen la norma e interpretación constitucional. Esto significa que la aplicación de los criterios metodológicos tiene cierta dosis de control difuso de la Constitución, y esto es posible si, por otra parte, los juzgadores reconocen las posibilidades normativas y jurisprudenciales del artículo 1 constitucional en interpretación armónica con los artículos 217 al 225 siguientes de la Ley de Amparo, para aplicar las jurisprudencias de la SCJN junto con la Jurisprudencia Interamericana (especialmente siguiendo los lineamientos de la Contradicción de Tesis 293/2011 del 3 de septiembre de 2013 del pleno de la SCJN).

Retomando el hilo de los ejes metodológicos, el Protocolo de marras señala en qué consisten los principios de:

1. Informar a las niñas, niños y adolescentes

Brindar información sobre el procedimiento judicial y su papel en el mismo, es un primer requisito para la participación idónea del niño, niña o adolescente, en la medida en que la anticipación de lo que ocurrirá disminuye el estrés.

2. Asistencia al menor de edad

Durante la participación de la niña, niño o adolescente es muy importante brindarle asistencia, a fin de evitar, prevenir o mitigar las consecuencias del proceso en la medida de lo posible, favoreciendo su desarrollo. Para lograrlo existen tres formas de apoyo: asistencia legal, canalización con personal especializado y medidas especiales de asistencia.

3. Verificación de que una persona de apoyo acompaña al menor de edad en el desarrollo de todas las diligencias que involucra el juicio

Durante el desarrollo del proceso judicial el niño o adolescente deberá estar acompañado, además de por sus padres o tutor y su abogado, por una persona designada para prestarle asistencia.

4. Sobre el testimonio de la niña, el niño o el adolescente

La relevancia del testimonio infantil en los asuntos que le competen, involucra la garantía de una serie de condiciones con la finalidad de evitar sufrimientos a los niños y de que éste se recoja de manera óptima.

5. Medidas de protección

De estimarse que la seguridad del niño, niña o adolescente está en riesgo deberán tomarse medidas de protección.

6. Privacidad

El Juez debe en la mayor medida posible resguardar la privacidad de toda participación infantil. Esta regla tiene dos implicaciones prácticas: el resguardo de la identidad del niño y la privacidad de las diligencias en las que se encuentra presente el niño.

7. Medidas para proteger la intimidad y el bienestar de niñas, niños y adolescentes

A petición del niño, sus padres o tutor, su abogado, la persona de apoyo, cualquier otra persona pertinente designada para prestar asistencia, o de oficio, el tribunal podrá dictar, teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas para proteger la intimidad y el bienestar físico y mental del niño o adolescente, y evitar todo sufrimiento injustificado y victimización secundaria.

8. Evitar el contacto con adultos que pueden influir en el comportamiento o estabilidad emocional del niño. En toda actuación infantil, el Magistrado o Juez deberá evitar que el niño tenga contacto con cualquier adulto que pueda alterar su integridad emocional y afectar su actuación en el juicio. Este resguardo debe contemplar tanto quienes están presentes en el momento del desarrollo de la diligencia, como a quienes el niño tiene a la vista o por quien él mismo se sabe visto.

9. Espacios de espera y juzgados idóneos

Los espacios físicos en los que se encuentra un niño, niña o adolescente son de suma importancia si se considera las características de la infancia y cómo aquellos le afectan.

10. Temporalidad y duración de la participación infantil

En toda actuación o diligencia que implique la participación de un niño, el Magistrado o Juez deberá tomar las medidas para que éstas duren lo menos posible.

11. Las periciales infantiles

Sobre las pruebas periciales que se practiquen a niñas, niños o adolescentes, existen algunas directrices relacionadas con su registro, no repetición y valoración que deben considerarse.²⁰

Cabe señalar que estas normas del Protocolo tienen sus pares dentro de la legislación procesal civil, penal y familiar, por lo que insistimos en que no existe ningún quebrantamiento a las normas y reglas probatorias; antes bien, se trata de una complementación del tratamiento normativo que se otorga a los menores en cuanto al desahogo de pruebas o a la implementación de diligencias para favorecer esa esfera del menor cuando interviene en procesos judiciales. El objetivo de estas reglas es que el menor no resienta el daño que le podría causar la participación o su involucramiento en los procesos de prueba, ya que la sola comparecencia y la atmósfera judicial es difícil de sobrellevar. Por lo tanto, el rol de los operadores judiciales toma un nuevo rumbo, no sólo aplicarán normas, sino que facilitarán la participación de los menores en los procesos bajo normas de un trato diferente y especializado a favor de aquéllos.

En suma, la justicia está siendo imbuida por diversas perspectivas procesales cuando se trata de menores. La intención de todo este caudal normativo es que se quiere lograr un enfoque más humanista del menor como objeto y como parte del proceso. Estas reglas tienen su correlativo en diversos ámbitos procesales, mayormente en el civil y penal, pero eso no implica que sean exclusivos de unos u otros, sino que son aplicables incluso en los procedimientos administrativos.

Por lo demás, el interés superior no es definido en el Protocolo en estudio; sin embargo, las interpretaciones del Poder Judicial han reconstruido este concepto a partir de varias connotaciones. Así, la suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.

²⁰ *Ibidem*: pp. 40-53. Cada uno de estos puntos tiene mecanismos y ejes precisos de protección para los menores. Lo que queremos exponer es tan sólo la existencia de lineamientos que el Protocolo describe con amplitud.

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas (Semana Judicial de la Federación, 2013).

Desde luego, las dificultades de este concepto estriban en que no se trata de una mera interpretación doctrinal o normativa; se trata del corazón mismo de los derechos de la niñez, y, como veremos, dentro de él confluyen cuestiones culturales, científicas, educativas, psicosociales, etcétera. Las zonas que identifica la Primera Sala de la SCJN son:

Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones.

En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos —en la indeterminación del concepto— del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa zona intermedia, haciendo uso de valores o criterios racionales (*Idem*).

De la tercera zona identificada por la SCJN resulta que el interés superior ha de tener una interpretación casuística para reconocer en qué circunstancias se va a aplicar. Podríamos decir que se trata de una zona bastante gris del concepto de interés superior; en todo caso, lo que resulta muy cierto es que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del concepto. Dicho de otra forma, sería mejor si decimos que «los límites del derecho positivo se visualizan desde y hasta donde termina el interés superior», y es que en materia de menores, lo que ante alguna controversia jurídica se busca, es que prevalezca la protección de la esfera personal, económica, espiritual o física de la infancia.

Y esto, en la mayoría de las ocasiones, rompe con el esquema formal del derecho. Pensemos en el ya típico caso del derecho de los padres a la guarda y custodia de los menores; por ejemplo, en el artículo 2.228 del Código Civil del Estado de México se fijan las reglas para su otorgamiento, de acuerdo a la edad, y (a menor edad) se privilegiaba a la mamá (para tener la guarda y custodia²¹). Aquí se impone el interés superior del menor que proviene de los artículos 1, 4 y 133 constitucionales, en relación con la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En lo subsecuente, la tesis de la Primera Sala de la SCJN dice:

En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes:

- a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales;
- b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y
- c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.

Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional (*Idem*).

²¹ Así estaba previsto en el Código Civil desde 2002, pero en 2012, la H. LVII Legislatura del Estado de México, mediante su Decreto 472 de 10 de agosto de 2012 aprobó nuevas reglas para el otorgamiento de la guarda y custodia, de modo que, actualmente, el artículo 4.228 último párrafo dice: «En la resolución que ordene cuál de los padres ejercerá la guarda y custodia, se sujetará al interés superior del menor, velando en todo momento por la integridad física y mental de los hijos, atendiendo las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los menores. En todo caso, deberá practicarse la pericial en psicología familiar a las parejas de los padres, con el fin de verificar la seguridad del menor de la guarda, custodia y aún de la convivencia».

La tesis en cuestión apunta principalmente a que el interés superior tiene como objetivos: las necesidades materiales, las emocionales y la solución contextual. Esto para evitar que no se tome en cuenta el interés superior del menor ni su contexto. Por otro lado, la tesis refiere que pueden existir intereses contrapuestos, pero aquí no debemos soslayar la valoración de las pruebas que puede ayudar a solventar la aparente conflictividad de los derechos; por ello, el estudio sobre los casos en que surge el interés superior del menor no es sencillo, pero sí es posible adecuar la decisión a lo que mejor favorece el desarrollo integral de los menores.

IV. Casos relevantes en materia de interés superior

El Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han proporcionado las bases para la interpretación y aplicación del interés superior de los menores. La jurisprudencia es muy amplia y no cabría aquí un estudio profundo. Nos limitaremos a la existente en materia de proceso familiar y civil.

La primera referencia demuestra la unión del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional. Asimismo, el bloque constitucional protege a la niñez y sirve como directriz interpretativa:

Amparo directo en revisión 2479/2012

INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4o. PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES.

El interés superior de la infancia, reconocido expresamente en el artículo 4o., párrafo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011, exige la “garantía plena” de los derechos de niñas y niños. Ahora bien, aun cuando el significado de la expresión “los derechos” puede parecer vaga, resulta importante destacar que el texto del que deriva es similar al del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en la parte que reconoce el derecho de los menores de edad a ciertas “medidas de protección” que, al igual que en la Constitución General de la República, no se enuncian. En este sentido, la aparente vaguedad en los términos empleados obedece a que ninguno de

los dos cuerpos normativos antes citados constituye un instrumento especializado en la protección de los derechos de la niñez; sin embargo, ambos reconocen la importancia de establecer expresamente una fórmula que dé entrada a los distintos derechos o medidas previstas en los ordenamientos que sí se especializan en la materia; de ahí que la falta de una regulación específica del catálogo de los derechos que conforman el corpus iuris de protección de la niñez a nivel constitucional y convencional no implica su desconocimiento, sino, por el contrario, constituye una remisión expresa a los instrumentos que en forma especializada cumplen con dicha misión. Consecuentemente, el citado artículo 4o., párrafo octavo, representa un punto de convergencia con los derechos de los menores de edad reconocidos en tratados internacionales y constituye un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez, como el que establece el artículo 1o., párrafo segundo de la Constitución General de la República respecto de los derechos humanos en general.

Esta tesis ilustra la ausencia de especialización de las normas constitucionales sobre el tema jurídico de la niñez, pero también es cierto que no alude al principio *pro persona* (previsto en el artículo 1 constitucional). Aunque la tesis en cuestión remite expresamente a las normas internacionales que sí reconocen diversos principios que favorecen esta protección integral. El punto de convergencia que reconoce esta tesis está en el artículo 4, que puede servir como la norma de reenvío hacia el contexto internacional y con ello se puede lograr la ampliación del catálogo normativo a que hicimos referencia en páginas anteriores de este capítulo, pero no sólo eso, sino lograr la aplicación de las observaciones generales en lo que sea de utilidad.

Una de las tesis que consideramos más importantes es la de la guarda y custodia compartida. Su importancia es tal que va a favorecer tanto el cuidado de los menores y la equidad en los gastos de los padres cuando se han separado, como la formación del menor con ambos padres.

El problema que sistemáticamente se presentaba era el desarraigo (normalmente de papá) hacia los hijos y viceversa. Asimismo, recaía en la mujer la carga de la educación, la formación, el cuidado diario, la atención en caso de enfermedades, y todas las cargas que implican el trabajo doméstico del cuidado de los hijos. En este contexto surgió la guarda y custodia compartida, que a su vez representa un punto de encuentro de los cónyuges para que ambos colaboren equitativamente en la protección de los menores.

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA SU FIJACIÓN.

Para determinar la procedencia de la guarda y custodia compartida, los juzgadores deben considerar las circunstancias particulares del caso, tomando en cuenta sus factores propios y las pruebas desahogadas, para pronunciarse respecto de la posibilidad de que los hijos permanezcan bajo esa figura de manera plena e ilimitada con ambos padres, pues ésta no constituye una regla general, sino una forma de la custodia; lo que puede ser factible cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas, es decir, que los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo y desesperanza no se presentan o son superados con ayuda multidisciplinaria a corto plazo, y no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres. Así, una vez que se determinó la inexistencia de algún impedimento para que los padres puedan conservar la guarda y custodia compartida, el órgano jurisdiccional del conocimiento debe establecer fundada y motivadamente con quién de los progenitores cohabitarán los menores la mayor parte del tiempo, debiendo permanecer siempre juntos los infantes, destacando los días en que cada uno de los padres los deberá atender y asistir, tomando en cuenta los días y horas en que éstos laboran procurando, en la medida de lo posible, que dicha distribución pueda ser equilibrada, sin que ello deba decretarse como un régimen de visitas o convivencia, sino consecuencia de la guarda y custodia compartida, pues la naturaleza de ésta no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos progenitores, pero sí con los demás elementos inherentes a la custodia, como son la participación de éstos en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos, así como en la satisfacción conjunta de la totalidad de las necesidades de éstos, todo ello aunado al derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, de estar al corriente de su vida y educación y, sobre todo, de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo, relativas a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas.

La tesis explica que cuando se busca el interés superior del menor, incluso se puede lograr la cohesión familiar y no necesariamente la de pareja. Esta visión reconstructiva de la guarda y custodia con base en el interés superior del menor puede ser una nueva forma para que tanto padres como hijos recuperen la confianza perdida por la separación de pareja y se vean como núcleo familiar en el que no

es necesario que ambos padres vivan juntos, sino que mediante la colaboración de ambos se logre el desarrollo educativo, espiritual y material de los menores.

Otra perspectiva jurisprudencial del interés superior del menor es la que protege su derecho social a la educación. En este sentido, el interés superior tiene dos vertientes: una que sirve como garantía para reclamar el acto de autoridad mediante el juicio de amparo indirecto, y la subjetiva que le da el derecho a no ser privado de su educación. Veamos:

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO INDIRECTO. LO TIENE EL QUEJOSO MENOR DE EDAD CUANDO RECLAMA QUE LO PRIVARON DE CONTINUAR CON SU EDUCACIÓN BÁSICA (PRIMARIA), SIN QUE LA INSTITUCIÓN CORRESPONDIENTE (AUTORIDAD RESPONSABLE) LE EXPRESARA LAS RAZONES Y LOS FUNDAMENTOS POR LOS CUALES OBSTACULIZÓ EL EJERCICIO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL.

El derecho de un menor de edad a recibir educación básica se hace presente al llevar a cabo las gestiones conducentes para acceder a ese servicio que brinda el Estado, de manera que, al obtener respuesta negativa a su pretensión, surge la lesión a su esfera jurídica, ya que la educación atañe a un derecho fundamental, así reconocido por el derecho supranacional y el Máximo Ordenamiento Legal del País, que comprende no sólo una prerrogativa del menor, sino una obligación también a cargo del Estado. Esta consideración se fortalece si se toman en cuenta las reflexiones que sobre el tema del interés superior del menor sustentó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9a.), de rubro: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.”, conforme a las cuales el “interés superior de la niñez” implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones en esta etapa de la vida humana tendrán que realizarse de modo tal que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidas, y luego que, ante ese principio, las instituciones de bienestar social públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos converjan en corresponder a ese interés superior del menor, por lo que deben procurar en todo momento alcanzar el objetivo fundamental de esa protección, para lo cual es menester asegurar la oportunidad para que los niños, niñas y adolescentes se desarrollen en condiciones idóneas en todos los aspectos de su vida. Ante esa perspectiva, si el quejoso menor de edad acudió ante la institución correspondiente a efecto de que le permitiera continuar con su instrucción de educación básica, que es un derecho funda-

mental reconocido constitucional y convencionalmente, pero aquélla le privó el acceso a ser educado, sin que le expresaran las razones y los fundamentos por los cuales obstaculizó el ejercicio de ese derecho fundamental, es evidente que se afectó su interés jurídico, porque la obstrucción a la educación atenta contra el desarrollo óptimo de sus condiciones de vida elementales; de ahí que pueda acudir al juicio de amparo indirecto.

De la tesis en mención se desprenden dos ejes interpretativos para el interés superior y uno procesal.

El primero tiene que ver con la supremacía de las normas constitucionales e internacionales que adscriben directamente derechos de la esfera socioeconómica a los gobernados, y especialmente a los menores de edad, ya que son una clase protegida con mayor jerarquía dentro de la Constitución y los tratados.

El segundo se refiere a esta visión objetiva y estructurada mediante todas las acciones de gobierno posibles a favor de los derechos de la infancia. Es decir, que el interés superior no sólo es un derecho subjetivo, sino que tiene rango más amplio para reconocer la exigencia de políticas pública y actos legislativos que favorezcan su desarrollo, y, en consecuencia, el acceso a los menores de edad.

El tercero tiene que ver con los medios de defensa constitucional. Cuando se afecta el derecho de educación, el amparo sirve para reclamar esa transgresión y así se evita su violación. Al respecto, la Ley de Amparo tiene suficientes mecanismos procesales para permitir el acceso y el cuidado del derecho invocado a través de la legitimación amplia, la suplencia de la queja²² y la apariencia del buen derecho,²³ a efecto de que se logre un efecto preventivo y protector.

Otra de las resoluciones importantes relativas al interés superior, es el reconocimiento de que en materia de los derechos de la infancia —especialmente de su identidad—, no prevalece la cosa juzgada. Es decir, los derechos humanos de los menores no pueden tener barreras cronológicas o formalistas para su reconocimiento o análisis jurisdiccional. A continuación mostramos esta jurisprudencia, obligatoria

²² La Ley de Amparo establece: «Artículo 79. La autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, en los casos siguientes: II. En favor de los menores o incapaces, o en aquellos casos en que se afecte el orden y desarrollo de la familia».

²³ La Ley de Amparo dice en el «Artículo 138. Promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social».

—para todas las autoridades— en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo.

RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DEBE PREVALECCER EN EL JUICIO RELATIVO FRENTE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA.

Cuando en un segundo juicio de reconocimiento de paternidad, el presunto progenitor opone la excepción de cosa juzgada bajo el argumento de que en un primer juicio ya fue absuelto, pero ello obedece a que en éste se omitió desahogar la prueba pericial en genética, la cual resulta ser la idónea para el esclarecimiento de la verdad, esa excepción no debe prosperar pues la cosa juzgada presupone que el juicio del cual deriva, “cumplió con las formalidades esenciales del procedimiento”, lo que no puede considerarse satisfecho cuando en el primer juicio, pasando por alto el interés superior del menor, se omite ordenar el desahogo, ampliación o perfeccionamiento de esa prueba, ya que esa omisión no sólo infringe la formalidad relacionada con la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, sino que además transgrede el derecho de acceso efectivo a la justicia del menor, pues aunque no le niega acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva la controversia, este derecho se vuelve ineficaz si dentro del procedimiento no se reconoce que por su propia condición requiere de una protección legal reforzada, la cual obliga a ordenar, incluso de oficio, su desahogo. Así, aun cuando se podría considerar que opera la excepción de la cosa juzgada formal, en tanto que cualquier violación cometida en perjuicio del menor pudo impugnarse oportunamente a través de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa derivados del primer juicio, no opera la cosa juzgada material, pues el interés superior del menor en un juicio de reconocimiento de paternidad debe prevalecer al enfrentarse con dicha institución procesal, por ser el que resulta de mayor entidad, pues si bien es cierto que la cosa juzgada implica la imposibilidad de volver a discutir lo decidido en un juicio, porque la rigidez e inmutabilidad de la sentencia descansa en los principios de seguridad y certeza jurídica, consagrados en los artículos 14 y 17 de la Constitución Federal, también lo es que esos principios no pueden prevalecer frente al derecho del menor de indagar y conocer la verdad sobre su origen, ya que derivado de esa investigación podrá establecerse si existe o no una filiación entre él y el presunto progenitor; y de ser así, no sólo podrá acceder a llevar su apellido como parte del derecho a la identidad que le permite tener un nombre y una filiación, sino que, en conexión con tal derecho, se beneficiará el relativo a la salud; además, preferir el derecho derivado de la cosa juzgada, implicaría pasar por alto la obligación que el artículo 4o. de la

Carta Magna impuso al Estado de propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el pleno ejercicio de sus derechos, lo cual podría anular la obligación que el propio precepto impone a los progenitores, en el sentido de satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, sobre todo cuando la cosa juzgada que se pretende oponer frente al derecho del menor, deriva de un procedimiento en el que resulta evidente que se pasaron por alto sus derechos.

La tesis en estudio deja bien claro que en materia de menores no aplican las reglas y formalidades que puede haber en otras materias, ya que la protección de la infancia es una obligación para todas las autoridades y se realiza aun de oficio. Al respecto, el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes* (SCJN, 2014: 94) señala:

a. Protección de la infancia ex officio La protección de la infancia es una cuestión que no debe estar sujeta a la voluntad de persona alguna, ni siquiera de la de las personas afectadas. *El operador jurídico que conozca de un hecho que pueda ser resuelto mediante la intervención jurisdiccional, debe de actuar con fundamento en el interés superior del niño para proteger a la persona menor de edad que se encuentre en riesgo. *El juez no puede dejar a la voluntad de las partes, ni mucho menos a la capacidad de los abogados postulantes, la correcta iniciación y substanciación de un procedimiento jurisdiccional requerido para garantizar los derechos de personas menores de 18 años. *El juez tampoco puede dejar a la voluntad de las partes las condiciones para que los niños se encuentren en un plano de igualdad en donde se garantice su integridad psicoemocional. *Dicha situación deberá de ser aplicable para los casos de mujeres cuando la afectación de sus derechos converjan con los de las personas menores de edad.

Ahora bien, si la pretensión de una de las partes es desconocer el derecho de los menores, ya sea que se trate de su identidad o de otro de igual jerarquía (como podría ser el caso de alimentos), la autoridad de la cosa juzgada no tiene razón de ser. Pues como lo señala la jurisprudencia mencionada, la obligación de respetar los derechos humanos es para los particulares y los Estados, por ello no se pueden oponer excepciones tendientes a transgredir los derechos de los menores, pues ello significaría que no tienen importancia ni supremacía en el sistema jurídico. Por ello, el protocolo expone que aun de oficio los jueces siempre deben actuar para proteger los derechos de los menores en forma horizontal.

Uno de los temas que siempre deben acompañar el estudio de los derechos de los niños es el de los deberes que tienen. No olvidemos que somos seres gregarios y que desde el momento en que nacemos contamos con la familia que nos inculca muchas de las bases con las que luego nos relacionamos en la sociedad.

Por otro lado, aunque la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes no tiene ninguna referencia a los deberes de los niños, sí las hallamos en algunas normas locales. Por ejemplo la Ley de los Derechos y Deberes de las Niñas, los Niños y los Adolescentes del Estado de Colima²⁴ señala:

Artículo 50.- Las disposiciones contenidas en este título, tienen por objeto establecer de manera enunciativa los deberes que las niñas, los niños y los adolescentes observarán durante su desarrollo físico, psicológico y emocional, para crear en ellos como parte de su formación personal el sentido de responsabilidad, el ánimo de convivencia, su integración y desarrollo social, el sentimiento de solidaridad, así como fomentar en ellos una cultura de respeto y legalidad, que permitan fortalecer los valores familiares y cívicos que nos dan identidad nacional.

Esto es muy importante porque sería muy irresponsable decir que sólo se habla de derecho y no de obligaciones de los menores. En el ámbito público, la cultura del respeto a la ley y a los derechos de los otros es necesaria para lograr una sociedad más justa. No se llegará a buen puerto si no se fomentan las actitudes de cohesión entre los menores: en su ámbito y nivel de entendimiento, deben tener la noción del respeto a la ley.

La Ley de Colima contempla un catálogo de estos deberes, que a nuestro modo de ver están ligados con el interés superior, porque buscar la formación de una conciencia social en el niño es buscar su mejor desarrollo:

Capítulo II

De los deberes de obediencia

Artículo 52.- Las niñas, los niños y los adolescentes tienen en todo momento el deber de obedecer las instrucciones que reciban de sus padres,

²⁴ Es una Ley que ya tiene más de 10 años. Esta Ley fue publicada mediante Decreto número 89, el 19 de junio de 2004 y ha sido reformada en tres ocasiones: La primera, mediante Decreto número 319, publicado el 31 de mayo de 2008; la segunda reforma, mediante Decreto número 292, publicado el 05 de marzo de 2011 y la tercera mediante Decreto número 520, de 12 de mayo de 2012.

tutores, maestros y de todas aquellas personas que sean responsables de su cuidado, siempre que las órdenes que reciban no lesionen sus derechos o contravengan las leyes y que sean necesarias para su formación como personas o para el cuidado de su salud.

Artículo 53.- Las niñas, los niños y los adolescentes tienen el deber de obedecer las indicaciones que reciban de las autoridades para el cumplimiento de las leyes; así como también a obedecer todas las prescripciones contenidas en los ordenamientos jurídicos y cualquier otra disposición tendiente a regular la convivencia en sociedad.

La categorización de las obligaciones sigue un patrón benéfico y coherente con el discurso de los derechos. Si se busca un interés superior, éste no puede estar desconectado de las obligaciones. En su siguiente capítulo, la norma de Colima señala el respeto en todos los ámbitos:

De los deberes de respeto

Artículo 54.- Las niñas, los niños y los adolescentes deberán respetar a sus padres, tutores, a quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad y a todas aquellas personas que sean responsables de su cuidado, guardando en todo momento el decoro y la cordialidad en el trato.

Artículo 55.- Las niñas, los niños y los adolescentes tienen siempre el deber de respetar a las personas que representen una autoridad, como maestros, integrantes de corporaciones de seguridad pública y de protección civil, especialmente cuando reciban de ellos instrucciones para su formación como personas.

Artículo 56.- Con el fin de fomentar una cultura de la paz, la legalidad y la convivencia armónica en la sociedad, las niñas, los niños y los adolescentes deberán respetar los derechos de las demás personas y abstenerse de realizar actos o incurrir en omisiones que atenten contra ellos, así como en contra de sus tradiciones, ideas, creencias y formas de vida. Para hacer efectivo este precepto las niñas, los niños y los adolescentes, deberán educarse en los principios de la tolerancia y la solidaridad.

Artículo 57.- A fin de crear en el ánimo de las niñas, los niños y los adolescentes un sentimiento de amor a la patria, a los valores cívicos y a la convivencia internacional, deberán en todo momento respetar la historia nacional, los héroes y símbolos patrios, las tradiciones, y las leyes e instituciones del país.

Luego, la norma cita describe pautas para la responsabilidad social de los menores, de tal modo que les impone deberes cívicos, ambientales y personales.

Capítulo IV

De los deberes de cuidado

Artículo 58.- En la medida de sus posibilidades las niñas, los niños y los adolescentes tienen el ineludible deber de practicar cuando menos un deporte y actividades que les procuren mantenerse en condiciones físicas de salud.

Artículo 59.- Las niñas, los niños y los adolescentes deben de abstenerse de utilizar los medios de comunicación escrita y electrónica para acceder a información, imágenes, publicaciones, escritos o cualquier otra forma de literatura que perjudique y dañe su desarrollo emocional y sexual.

Artículo 60.- Es deber de las niñas, los niños y los adolescentes cuidar el medio ambiente y utilizar de manera responsable los recursos naturales, por lo que deberán abstenerse de realizar acciones o incurrir en omisiones que dañen o atenten contra la naturaleza y los ecosistemas que en ella subsistan.

Artículo 61.- En la medida de sus posibilidades, las niñas, los niños y los adolescentes tienen el deber de apoyar a sus ascendientes, hermanos, tutores y personas que estén encargadas de su cuidado y custodia, cuando éstos por alguna imposibilidad física o mental no puedan hacerlo por sí solos.

De este modo, la norma colimense representa la nueva dimensión del trato a los derechos humanos de los menores. No sólo se trata de hablar de derechos, sino de crear normas culturales. Finalmente, la Ley de Colima señala la responsabilidad educativa que consigo mismo tienen los menores, así como su colaboración en las labores del hogar:

Capítulo V

De los deberes de cumplir con sus responsabilidades

Artículo 62.- Las niñas, los niños y los adolescentes deben estudiar y cumplir con sus labores educativas, preparándose en los adelantos de la ciencia y en la formación de los valores éticos y cívicos, con la finalidad de crecer como mujeres y hombres de bien, así como ciudadanos honrados y comprometidos con el desarrollo de su comunidad.

Artículo 63.- Las niñas, los niños y los adolescentes deberán colaborar en las labores del hogar, de acuerdo a sus condiciones y posibilidades físicas, fomentando un sentimiento de solidaridad en familia.

Artículo 64.- Las niñas, los niños y los adolescentes tienen el deber de ayudar en las labores de apoyo a la comunidad.

Hasta aquí terminamos el análisis normativo y conceptual del interés superior; como podemos ver, no se puede hablar de conceptos jurídicos plenamente homogéneos, pues mientras la Federación con-

templa normas del tipo que sólo conceden derechos, la normatividad estatal ha dado pasos firmes para reconocer otras nociones del interés superior.

Al final, lo más importante es crear bases para que este concepto tenga eco en las resoluciones judiciales, en la elaboración de leyes reglamentarias (tanto en los congresos estatales como en el Congreso de la Unión), asimismo en las políticas públicas del ejecutivo federal, de los Estados y de los municipios. Enfrentar la problemática de los menores es un tema que abarca todas las esferas del gobierno. Pero más vale invertir todos nuestros recursos económicos, jurídicos y políticos para preparar a nuestra infancia.

V. Propuesta metodológica para identificar el núcleo del interés superior del menor

Una propuesta metodológica para reconocer el derecho de los menores y su «interés superior»:

Algunos pasos que proponemos para reconocer si está inmerso y cómo se debe aplicar el interés superior partiría de lo siguiente:

Si se trata de un conflicto jurisdiccional:

- a) Reconocer la naturaleza de las pretensiones.
- b) Determinar que la resolución debe buscar el mayor beneficio para el menor y reconocer cuál sería el menor perjuicio.
- c) Elaborar un estudio de la dignidad humana y sus implicaciones en el caso.
- d) Reconocer el núcleo de derechos a favor del menor.
- e) Establecer las obligaciones del menor para con ambos padres (si se trata de juicios familiares).

Si se trata de un conflicto no jurisdiccional:

- a) Reconocer el núcleo de derecho del menor.
- b) Establecer el menor perjuicio y el mayor beneficio del acto.
- c) Reconocer los principios *in favor debilis* y *pro persona*.
- d) Estudiar las obligaciones del menor en el ámbito público y privado.
- e) Esclarecer si se fomenta o deteriora la dignidad humana en el caso en estudio.

La propuesta anterior tiene sustento en varias cuestiones de orden sustancial: el estudio de las cuestiones normativas que provienen de las exigencias constitucionales debe prevalecer sobre cualquier otra cuestión procesal o de orden formal. Como ya lo contemplan los protocolos mencionados, la norma constitucional debe operar bajo la máxima eficacia, sin necesidad de ulteriores problemas procesalistas; en todo caso, el juez cuenta con los principios de mejor proveer, *pro persona*, *in favor debilis*, dignidad humana,²⁵ suplencia de la queja, el propio interés superior. Con estos principios se puede superar la fase declarativa del interés superior y pasar a una más pragmática, que es lo que se requiere en la realidad de la justicia local y federal.

VI. Fuentes citadas

Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, disponibles en <<https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra>>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999), *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre. Fondo. Párr. 191.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

MONTOYA ARCE, Jaciel (2006), “Menores en situación de calle en la ciudad de Toluca”, *Papeles de Población* [en línea], 12 (abril-junio). [Fecha de consulta: 1 de junio de 2015]. Disponible en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11204812>> ISSN 1405-7425.

²⁵ Puede ser de utilidad la tesis: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA, que señala: «La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien, jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica [...] sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona...», *Semanario Judicial...* (2014: 602).

ONU (1999), *Recomendaciones para un Uso No Sexista Del Lenguaje*, UNESCO.

_____, documento, E/ICEF/2013/21, *Plan Estratégico del UNICEF para 2014-2017*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

_____, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos: “observaciones finales”. Recuperado de <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>>.

UNICEF, México dialoga sobre avances y desafíos para la niñez ante el Comité de los Derechos del Niño. Recuperado de <http://www.unicef.org/lac/media_29849.htm>.

_____, recuperado de <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30204.html>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014). *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*. SCJN, México.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). En vigor desde el 18 de julio de 1978.

Ley de los Derechos y Deberes de las Niñas, los Niños y los Adolescentes del Estado de Colima.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Código Civil del Estado de México.

Código Penal del Estado de México.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La Ley de Amparo.

VI

LA VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS DE LOS INDÍGENAS, EN EL CASO DE LA LEY FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

Enrique Uribe Arzate
José Godínez Argüello
Joaquín Ordóñez Sedeño

SUMARIO: I. Introducción; II. Los derechos humanos: una serie de reglas estrictas; III. Los derechos indígenas como un mínimo jurídico; IV. Los derechos humanos también son de los indígenas; V. Ley relativa a recursos de procedencia ilícita: un caso de violación por omisión a los derechos humanos de los indígenas; VI. Conclusiones; VII. Fuentes citadas.

I. Introducción

En la actualidad los derechos fundamentales y su regulación estatal, así como los pronunciamientos y pactos en el ámbito internacional al respecto, son un tema trascendental que incide en la actividad no solamente de los órganos de Gobierno, sino también de toda la población o incluso la perteneciente a los pueblos indígenas. Es por ello que en el presente capítulo se analizan los derechos humanos en términos de reglas y se revisa la necesidad de que se puedan considerar como un mínimo fundamental al que debe atender la actividad del legislador; asimismo, se revisan los derechos indígenas en contraste con el principio de igualdad para determinar si los grupos de personas o de individuos unidos por circunstancias comunes son o no titulares de los derechos fundamentales.

Lo anterior da pauta también para una revisión a la actividad del Estado y sus deberes con relación al cumplimiento de esos derechos, considerados como una serie de reglas estrictas. Haciendo referencia concretamente a la actividad estatal, se analiza si los cuerpos legales de un sistema jurídico, en su contenido textual, se deben o no ajustar a los derechos mínimos de los pueblos indígenas y sus derechos humanos. Todo ello para contestar a las interrogantes que son eje del planteamiento del problema en este capítulo: ¿Cuándo estamos ante una norma discriminatoria y, por tanto, atentatoria de los derechos humanos de los indígenas? Y, en todo caso, ¿la omisión de los órganos legislativos en la elaboración de las leyes puede ser constitutiva de infracción a los derechos humanos de los indígenas?

Todo lo anterior con la finalidad de poder revisar si la Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita es o no congruente con la necesaria protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

II. Los derechos humanos: una serie de reglas estrictas

Los derechos humanos han sido teóricamente considerados como aquel sector del derecho que regula la conducta de los seres humanos en sociedad desde el punto de vista fundamental, es decir, desde una perspectiva que se encuentra soportada por determinadas reglas inherentes a la naturaleza del hombre. Dos vertientes han sido históricamente estudiadas en relación con lo anterior: la que considera la fuente de los derechos del hombre como producto de una entidad divina y la que, por el contrario, se basa en el pensamiento, análisis y reflexión de la razón. Ese binomio ha traído como consecuencia la codificación y positivización de ciertas reglas jurídicas que regulan y, sobre todo, protegen esa naturaleza humana, al punto en el que en la actualidad se han ido legislando cada vez más reglas de esta índole.

Los derechos humanos también han sido considerados como un mínimo, es decir, como la base o el elemento irreductible que son reguladores de la conducta humana y protectores de su naturaleza. Se trata de un mínimo ya indivisible que se encuentra en el nivel primigenio de análisis y reflexión acerca de la naturaleza humana (los de la vertiente divina dirían que es el primer producto de la expresión de los dioses) y que establece los puntos de partida sobre los cuales se debe sustentar el resto de la regulación humana traducida en derechos vaciados en las leyes producto de los órganos estatales.

Ese aspecto fundamental de esos derechos también fundamentales y mínimos conduce necesariamente a considerarlos como estrictos, con la necesidad de una escrupulosa observación y aplicación que obliga a quienes por virtud de sus funciones aplican el derecho, a llevar sus actuaciones y decisiones a ese extremo mínimo. Por ello, los derechos humanos son una serie de reglas estrictas que no deben ignorarse ni modificarse, salvo el caso en el que se trate, como ya se dijo, de ampliar la protección.

Ahora bien, el aspecto principal de esas reglas soportadas por la razón (haciendo a un lado para efectos de este capítulo, la vertiente teológica) es que las mismas gozan de universalidad y permanencia, de tal manera que no deben estar supeditadas a otras entidades de carácter regulatorio, salvo el caso en el que se trate de aumentar la protección a esos derechos fundamentales y humanos. Ello provoca que el legislador (y más allá, el constituyente) se convierta en un verdadero productor cuidadoso de las leyes, ya que el contenido de las mismas debe estar acorde con aquellos derechos humanos, con la finalidad de que su efecto al momento de aplicarlas sea el de salvaguardar siempre esos derechos mínimos.

Todo lo anterior nos lleva a la inevitable conclusión de que el producto de los órganos legislativos debe ser al menos acorde con esos mínimos fundamentales que procuran y protegen al ser humano; es decir, las leyes deben contener preceptos congruentes con los derechos humanos, ya sean estos nacionales o derivados de alguna convención internacional en la que el Estado mexicano sea parte.

III. Los derechos indígenas como un mínimo jurídico

En este punto es posible plantear el cuestionamiento acerca de la aplicación de esos derechos humanos y de quiénes son los destinatarios de los mismos. Inicialmente parece ser que la obviedad invade este planteamiento: ¿quiénes son los destinatarios de los derechos humanos? Pues todos los seres humanos, indiscutiblemente; sin embargo, es posible dudar de la aseveración anterior, ya que es bien sabido que los diferentes sectores que conforman a los seres humanos requieren, por su propia naturaleza y circunstancias específicas, de protección adicional o especial que debe ser traducida en codificaciones legales que establezcan reglas —estrictas y mínimas, para ser acordes con las características de los derechos básicos en cuestión— también adicionales y especiales. De esta manera se ha podido fundamentar la regulación especial de ciertos grupos vulnerables de la

sociedad, por ejemplo, los niños, las mujeres, los trabajadores, etcétera, y los grupos étnicos no son la excepción. Por ello, los derechos indígenas y las diversas regulaciones que han sido producidas por los órganos estatales deben ser acordes con esos mínimos y con ello lograr que también sus derechos estén considerados como un mínimo.

Asimismo, algunos de esos grupos o sectores de la población, considerados como destinatarios de los derechos humanos, tienen la característica de que están agrupados y organizados en cuerpos sociales fácilmente detectables que los hacen diferentes de aquellos sectores que no lo están; en esa clasificación se encuentran los grupos indígenas, por ello se les ha llamado pueblos o, incluso, naciones, que agrupan a todos los seres humanos con esas características étnicas.

Esas características de los pueblos o naciones indígenas y sus derechos ya establecidos y considerados han quebrantado con un principio que fue considerado por mucho tiempo central sobre los derechos humanos, y que fue elaborado desde el siglo XIV en Europa, cobrando auge en América Latina con la independencia de las colonias españolas y portuguesas; dicho principio expresa que sólo las personas —los humanos— individualmente considerados pueden ser titulares de derechos humanos; sin embargo, como producto de la reflexión y del análisis a lo anterior se ha llegado a la conclusión de que además de los individuos, ciertos grupos de personas con características propias, como las minorías y los pueblos indígenas, requieren del reconocimiento de derechos específicos para que puedan gozar de los derechos individuales en igualdad de circunstancias que los demás miembros de una sociedad (López, 2002: 13).

Las etnias organizadas han reclamado históricamente que el Estado reconozca su derecho a la autonomía y pacte con ellos la forma de ejercerla, lo cual coincide con la crisis por la cual atraviesa el modelo actual del Estado: un poder formado por una sola nación sobre una población culturalmente homogénea.

La globalización de la economía, el avance de la ciencia y el desarrollo del conocimiento técnico y los medios de comunicación, así como el surgimiento de problemas que rebasan las fronteras estatales convirtiéndose en asuntos de interés mundial (contaminación, calentamiento de la tierra, narcotráfico, etcétera) son algunas de las causas de esta crisis (López, 2002: 14). En efecto, un Estado no solamente se debe considerar (en cuanto a la población que lo habita) a sus miembros estatales, sino que aquí es necesario también considerar la existencia, desde la doctrina de la teoría del Estado y de la sociología, de varias naciones consideradas como grupos de personas que

comparten una misma lengua, costumbres, raza, religión, etcétera, y que en un mismo territorio pueden coexistir ligadas jurídicamente a un mismo ente estatal.

No hay duda, es muy claro que los titulares de los derechos humanos son las personas en lo individual, pero también lo son los grupos de personas o de individuos unidos por alguna misma causa o por alguna circunstancia común y, en ambos casos, la contraparte que tiene la carga de cumplir o de hacer cumplir y respetar esos derechos, es el Estado.

Hoy día no existe duda, ni teórica ni jurídicamente, de que la violación a cualquiera de las reglas incluidas en el catálogo legislado de los derechos humanos disminuye la calidad humana de las personas, sean pertenecientes o no a un grupo determinado, como el étnico.

Tal vez el problema lo sea al momento de observar o de aplicar determinados derechos humanos, ya que las condiciones en concreto que se pueden presentar hacen una diferencia en su aplicación e influyen en el resultado esperado, es decir, existe diferencia cuando ciertos derechos son reclamados en sistemas jurídicos que cuentan con los instrumentos adecuados para hacerlos efectivos, que cuando lo son en otros que no cuentan con dichas reglas adjetivas; además, otras circunstancias influyen en lo anterior (economía, medio ambiente, educación, etcétera).

No es ningún secreto el hecho de que los sistemas jurídicos en ciertas ocasiones —óptimas— cuentan con los medios necesarios para garantizar la observancia de determinadas reglas jurídicas, por ejemplo, las referidas a los derechos humanos, y en ciertas otras no, lo que conlleva a su potencial violación impune, ya que la sola voluntad de respetarlos vaciada en la Constitución y leyes, no es suficiente.

Hay quien considera que lo anterior produce discriminación:

En este documento es claro que los titulares de derecho son los individuos en lo particular, mientras los obligados son los Estados. En el siglo XXI nadie pone en duda que la violación de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos disminuye la calidad humana de las personas. El problema se presenta a la hora de su observancia ya que las condiciones concretas en que se ejecutan influyen en los resultados de ello. No es lo mismo reclamarlos en países ricos, en donde cuentan con recursos y pueden crear condiciones para su ejercicio, que en países pobres donde sólo se cuenta con la voluntad de respetarlo (...) tratar de hacerlo de esa manera produce discriminación, la discriminación violenta la igualdad y esto viola los derechos humanos. En otras palabras, tratar de manera igual a los desiguales y de manera desigual a los igua-

les violenta los derechos que se pretenden proteger. De ahí que junto con los derechos humanos individuales se hayan considerado también los de las minorías (*Idem*: 17).

El primer problema que teóricamente se tuvo que salvar, fue el relativo a la definición de «minoría», ya que la aceptación de que el ejercicio de tales derechos fuera sin establecer distinciones entre la población común y aquélla perteneciente a alguna etnia constituyó un paso importante en la lucha de la vigencia de los derechos humanos; por ello, es importante la siguiente definición:

Un grupo de ciudadanos de un Estado, en minoría numérica y en posición no dominante en ese Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, solidarios los unos de los otros, animados, aunque sea implícitamente, de una voluntad colectiva de supervivencia y que tienden a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría (Capotori, 1997: 181).

La Organización de las Naciones Unidas (documento E/CN.4/Sub.2/1985/31) tomó como soporte la mencionada definición para una parte de la *Declaración sobre los Derechos de la Minorías Pertenecientes a Minorías Nacionales; Étnicas, Religiosas o Lingüísticas*. De tal manera que se empezaba a perfilar el reconocimiento de los derechos de las minorías en los Estados nacionales y la protección de sus derechos. Lo que sucedió después fue que se puso en relieve la insuficiencia para garantizar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo en aquellos casos donde la mayoría eran tratados como minorías por estar sometidos al poder y la voluntad de una minoría social. Lo que siguió fue un salto cualitativo con el que se empezó a hablar de derechos colectivos, diferentes a los de los Estados pero también a los de los individuos que integran su población, y surgió así un nuevo sujeto de derecho: el pueblo indígena (López Bárcenas, 2002: 21).

Existe un estudio sumamente interesante sobre el derecho a la autodeterminación, que traza una ruta interesante para la conceptualización de los pueblos (en términos generales) como sujetos de derechos, en el que se establece en resumen lo siguiente (Stavenhagen, 1988: 127).

1. El término pueblo designa una entidad social que posee una identidad evidente y tiene características propias;

2. Implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población;
3. El pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La anterior conceptualización lo fue en referencia a la generalidad del vocablo «pueblo», sin que se le agregara el adjetivo que es de interés en este capítulo, es decir, sin aludir al aspecto indígena, sobre todo en el ámbito de los derechos internacionales. Sin embargo, dicha especificación fue de suma utilidad para las posteriores definiciones y especificaciones concretamente referidas a los pueblos indígenas.

Por otro lado, el derecho y la legislación deben servir al ser humano como una de las finalidades últimas de la creación artificial de lo jurídico, del tal manera que en el caso de los grupos indígenas debe haber una finalidad y aplicación que sea de utilidad a los mismos, que sea para mejorar su situación o para preservar sus características o derechos ya adquiridos. Al respecto, uno de los factores que más sensibles existen en términos del bienestar de los grupos indígenas es el referido a su autodeterminación, es decir, la libertad que tienen para determinar los destinos de su agrupación; lo anterior, desde luego, bajo los parámetros fundamentales —los mínimos de los que al inicio de este capítulo se habla— de los derechos humanos, lo cual implica que no se deben soslayar ni evitar para que no sean lesionados ni vulnerados.

Así, el respeto a la vida, a la autonomía, a la igualdad de condiciones y a la posibilidad de perseguir sin coacción los propios fines son principios reconocidos por el derecho, público y privado, los cuales se traducen como la personalidad y capacidad de las personas para contratar; en tal sentido no son resultado sino condición del pacto que lleguen a realizar, y si no lo son en cualquier tipo de pacto, no existe razón para que lo sean tratándose de un pacto político. Ése es el fundamento del derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas: reconocerles personalidad y capacidad para proveer a su existencia y futuro (López, 2002: 41).

La libre determinación, de manera general, sin pretender aquí profundizar en las diversas posturas existentes al respecto, es análoga para los pueblos como para los individuos. Se trata, desde luego, de un derecho de carácter fundamental para su existencia y para su adecuado desarrollo; la afectación a esa libertad de autodetermina-

ción traería como consecuencia una afectación obvia en los derechos básicos y fundamentales de dicho pueblos.

Por su parte, la doctrina sugiere una definición para la libre determinación en los siguientes términos:

Generalmente se entiende por autodeterminación o autodecisión la capacidad que poblaciones suficientemente definidas desde el punto de vista étnico o cultural tienen para disponer de sí mismas y el derecho que un pueblo tiene en un estado de elegirse la forma de gobierno (Baldi, 1987: 124-128).

El autor habla de una capacidad de las poblaciones, lo cual nos lleva a reflexionar acerca de las posibilidades de desarrollo de los mismos, las cuales deben estar necesariamente sustentadas por el derecho y por las normas jurídicas legisladas. Hablando en términos de la teoría general del derecho, se puede bifurcar esa capacidad de goce y de ejercicio, sin dejar de lado los consecuentes deberes o cargas jurídicas que como contrapartida deben tener dichos pueblos.

En el presente tema importa, desde luego, la capacidad referida al ejercicio, que tengan la posibilidad de ejercitar sus propias determinaciones o decisiones que atañen al interior de los mismos, que se relacionan con la vida interna de ellos y que se refieren a sus destinos como nación. Eso significa disponer de sí mismas, que las poblaciones étnicas tengan la posibilidad de decidir y determinar sus destinos y su forma de administrarse y gobernarse y todo lo inherente a su forma de vida. En un extremo refinado de lo anterior, se llega a la situación en la que puedan regir también por determinación y decisión propia su forma de gobierno.

En la misma línea de ideas, la doctrina se refiere a los elementos de la autodeterminación en los términos siguientes:

La autoafirmación es la capacidad exclusiva que tiene un pueblo de proclamarse existente, con base en una realidad sociológica que contenga un elemento objetivo (la etnia) unido a otro subjetivo (la conciencia étnica). Mediante el derecho de autodefinición el pueblo determina por sí mismo quiénes son las personas que los constituyen (...) la autodelimitación es el derecho que tiene todo pueblo para determinar por sí mismo los límites de su territorio. Por último, la autodisposición es el derecho de todo pueblo para organizarse de la manera que más le convenga. En su manifestación interna se traduce en la facultad de darse el tipo de gobierno que quiera, mientras la externa consiste en la facultad de determinar su

status político y su futuro colectivo, junto con el resto de la población y el Estado al que pertenece (De Objeta Chalbaud, 1993: 63-101).

De lo anterior se pueden extraer los siguientes conceptos:

- a) Proclamación de existencia;
- b) Elemento objetivo (etnia);
- c) Elemento subjetivo (conciencia étnica);
- d) Integrantes;
- e) Territorio; y
- f) Organización.
 - a. Tipo de gobierno;
 - b. Estatus político; y
 - c. Futuro colectivo.

Todos esos elementos hablan de un conjunto de directrices mínimas que deben ser salvaguardadas a los pueblos indígenas; se trata de los mínimos que deben ser inherentes a su vida. Al hablar de la proclamación de su existencia en realidad se habla de un reconocimiento principal, básico, porque no se puede exigir la observancia de ciertos derechos para un determinado ente social si dicho ente no existe en la realidad. Una vez habiendo proclamado la existencia del ente, se puede partir para que se exijan los derechos y demás circunstancias al mismo.

El elemento objetivo etnia parte de la comprobación tangible del primer elemento, es decir, habiendo proclamado la existencia de los pueblos indígenas, se continúa con la comprobación material e incluso física de la misma, lo cual nos lleva al tercer elemento subjetivo, la conciencia, que no significa otra cosa más que saber que existe, tener el conocimiento de su existencia y, por lo mismo, de que ocupa un espacio en las relaciones sociales integrales y que requiere del respeto a determinados derechos.

Integrantes y territorio son otros de los elementos que se pueden observar en la cita realizada, y tiene un símil inevitable a los elementos del Estado, población, territorio y gobierno; este último constituye el final de los elementos, y tiene la característica de que los pueblos pueden decidir su tipo de gobierno, su estatus político y su futuro colectivo. Tal vez esto último sea lo más impactante en cuanto a autodeterminación de los pueblos indígenas se trata, ya que puede existir una variación con respecto a lo establecido legalmente o incluso constitucionalmente. En conclusión, ésas son las caracterís-

ticas que se deben respetar a los pueblos indígenas y que se deben observar o al menos tomar en consideración al momento de legislar.

En efecto, un derecho fundamental de los pueblos indígenas para ser sujetos de derecho es existir y que el sistema jurídico reconozca esta existencia. Ésta es una afirmación tan elemental que ni siquiera merecería ser enunciada, pero adquiere gran importancia en el derecho porque todo sistema jurídico pertenece al mundo del deber ser y no al del ser. Para cualquier persona que carezca de una cultura jurídica le parecerá un absurdo que determinadas personas o grupo de ellas existan sin tener derechos porque la lógica indica que los tienen por el simple hecho de existir; sin embargo, para el derecho no es suficiente su existencia real, material, se necesita que el derecho reconozca esa existencia, aunque realmente no existan, como es el caso de las personas jurídicas o morales, como el Estado, los sindicatos, ejidos, sociedades comerciales, etcétera (López, 2002: 47-48).

Los territorios indígenas son especializados bajo su influencia y control, donde pueden libremente practicar y desarrollar su vida colectiva sin que nadie pueda interferir ni prohibírsele, salvo el caso en que no se respeten normas de convivencia que se comprometan a respetar al pactar libremente con el Estado. Los territorios indígenas no son grandes extensiones de tierra de su propiedad, por lo que no pueden disponer de ellos ni prohibir la intervención del Estado federal en asuntos de su competencia, ni limitar su uso por los no indígenas mientras aquéllos respeten los valores en que sustentan su unidad. Este derecho es fundamental porque los pueblos indígenas lo poseen; pero al no existir norma jurídica que los garantice no pueden defender sus tierras de la intervención de personas ajenas que violan constantemente de manera impune. En segundo lugar, porque para los indígenas sus espacios territoriales son fuente de identidad y parte de su ser; más que los territorios pertenezcan a los indígenas son éstos los que forman parte de aquéllos; la tierra es el lugar de origen, fuente de creencias, sustento de una cosmovisión de prácticas socioculturales peculiares y asiento de un pasado común (López, 2002: 50-51).

La impartición de justicia es otro de los temas que deben ser considerados, ya que no es posible que solamente se les otorgue el ejercicio de derechos políticos, sino que también se debe reconocer la facultad de las autoridades indígenas para administrar la justicia a través de sus propios sistemas normativos o derecho indígena, lo que conduce a reconocer que los pueblos indígenas pueden incluso tener sus propios sistemas jurídicos.

Lo anterior tiene sustento en la conceptualización general que se tiene de sistema jurídico (Caracciolo, 1994: 69), como un conjunto

de normas o reglas cuya existencia o vigencia puede verificarse empíricamente a través de:

- a) La presencia de un tipo de conducta reiterada;
- b) La presión social a favor de la permanencia de esa conducta;
- c) La reacción desfavorable contra el individuo que en las circunstancias adecuadas se aparte de esa conducta. Si se trata de una norma jurídica, su violación traerá aparejada, como una reacción típica, la aplicación de sanciones físicas;
- d) La convicción por parte de los miembros de un grupo de que aquella conducta es «correcta», que tiene que ser seguida como modelo o pauta de comportamiento.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, también el derecho al desarrollo es un derecho humano fundamental, que tiene una naturaleza individual y colectiva, y que sus titulares son tanto las personas en lo individual como los colectivos de los que forman parte, en este caso a los pueblos indígenas (López, 2011: 15). De lo anterior se continúa para abordar el tema en combinación con la línea de investigación de este capítulo, es decir, el desarrollo étnico, mismo que para la cabal comprensión se debe auxiliar del concepto de capacidad autónoma de una sociedad diferenciada para guiar su propio desarrollo; esa capacidad autónoma, en macrosociedades complejas y plurales como las que integran la América Latina de hoy, sólo puede alcanzarse si los pueblos indígenas constituyen unidades políticas con posibilidad real y factible de autodeterminación, es decir, de gobernarse a sí mismos y de tomar sus propias decisiones, en una serie de asuntos que constituyen el ámbito de su etnodesarrollo o, lo que es lo mismo, la ampliación de su cultura propia en su modalidad autónoma. Dice la doctrina que el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que se considere, implica alguna forma de organización del poder, lo que significa la constitución de un grupo étnico con unidad político-administrativa con la autoridad sobre un territorio definido y con capacidades de decisión en los ámbitos que constituyen su propio desarrollo (Bonfil, 1995: 457).

De esta forma se empiezan a configurar los derechos autonómicos, entre los cuales se encuentran aquéllos que los pueblos indígenas pueden ejercer por ellos mismos, sin que un ente superior —llamado Estado— intervenga. Lo anterior es la refinación de la autodeterminación, es la cúspide del respeto a los derechos de dichos pueblos, con la conciencia de que tienen la plena capacidad (no solamente reconocida por la ley o por la Constitución) para decidir y determinar los

destinos de su pueblo y de configurar territorio, población, estructura gubernamental, etcétera, haciendo alusión a que de manera separada del ente estatal establecido constitucionalmente puedan ellos continuar con su propio desarrollo y su particular historia.

Ha habido un desarrollo de la legislación en la actualidad, que establece en sus contenidos la protección a los grupos socialmente vulnerables, y como resultado de las reformas constitucionales recientes, varios países latinoamericanos (México no es la excepción) se han autodefinido como naciones de carácter multiétnico y pluricultural. En algunos casos, las Constituciones reconocen a los indígenas como sujetos de derechos especiales a título individual o colectivo, incluyendo el acceso a programas de educación bilingüe-intercultural y a proyectos de desarrollo que respetan sus especificidades culturales (Grey, 2005: 12).

Al hablar de la cuestión indígena, se hace referencia al estatuto ciudadano de las poblaciones nativas; es decir, al conjunto específico de derechos y obligaciones que definirá su inclusión como miembros de la comunidad política. Definida de esta manera, la cuestión indígena se conecta con el proceso más amplio de democratización que está teniendo lugar en América Latina. En los países en donde existen poblaciones que han caracterizado socioeconómica y políticamente las relaciones entre los indígenas y el Estado habrá una ciudadanía plena y robusta. La problemática que se plantea es: ¿Cuáles serán los contenidos de esa ciudadanía? ¿Tendrán los indígenas los mismos derechos que los demás ciudadanos, o tendrán derechos especiales como descendientes de los pueblos originarios de América? Y si reciben un fuero especial, ¿cuáles serán sus prerrogativas específicas, de qué manera se harán vigentes y qué cambios implican en la estructura institucional del Estado? Planteada de esta manera, la cuestión indígena es parte de una cuestión nacional que, en América Latina, carece de significaciones irredentistas. Aunque algunos grupos indígenas se autodefinen como naciones y expresan aspiraciones de autonomía, sus demandas se refieren a distintos grados de autogobierno local o regional dentro de los Estados existentes (Grey, 2005: 17).

El reconocimiento de derechos especiales para los pueblos indígenas implica un desafío a dos nociones fundamentales asociadas con la tradición liberal occidental del Estado moderno: la homogeneidad cultural y la universalidad de los derechos ciudadanos. En el modelo universalista de ciudadanía que se describió más arriba, la aceptación de la diversidad cultural se contradice con la idea de derechos universales. Frente a eso, la propuesta de otorgar derechos especiales a los indígenas puede generar resistencia porque se plantea como una vio-

lación del principio de que todos los ciudadanos deben tener las mismas prerrogativas (Grey, 2005: 19).

Es evidente, entonces, que a pesar de los avances recientes hacia la democracia, queda mucho camino por recorrer para alcanzar una igualdad efectiva. En los últimos años las Constituciones de varios países latinoamericanos han reconocido el carácter multicultural de sus sociedades. Para que ese reconocimiento sea más que simple retórica, sin embargo, las declaraciones constitucionales deben implementarse a través de reformas institucionales y cambios reales en la práctica de la acción estatal. La educación bilingüe intercultural debe contar con presupuestos suficientes y maestros que tengan una formación profesional adecuada. También sería necesario reformar la manera en que se está estructurando la representación política (Grey, 2005: 35). Todo ello son algunas cuestiones que deben quedar establecidas al momento en el que los órganos legislativos del Estado emiten el producto de su actividad; que las leyes sancionadas y puestas en vigencia tengan en su contenido sustantivo la consideración de que los derechos de los indígenas son en realidad un mínimo jurídico que no debe ser soslayado ni vulnerado por ningún miembro de la estructura estatal, menos aún por el Poder Legislativo en consideración del producto de su actividad.

IV. Los derechos humanos también son de los indígenas

Partiendo de la idea de que los derechos humanos constituyen en la realidad social y en la legislación propia de un Estado una serie de reglas estrictas, y también tomando en cuenta que los derechos de los pueblos indígenas son un mínimo al que se tienen que ajustar los demás cuerpos legales de un sistema jurídico, se llega a la conclusión de que los derechos humanos también lo son de los indígenas. Lo anterior es así, ya que la categoría de seres humanos no distingue entre los diferentes grupos sociales ni entre los diversos sectores de la población, aunque su característica sea la vulnerabilidad. Al respecto es pertinente la cita del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá res-

tringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En ese precepto constitucional se resalta el aspecto de los derechos humanos que debe imperar y también se puede verificar el hecho de que los derechos humanos también son de los grupos indígenas, independientemente de que sean un grupo constituido por la unión de varias personas. También ha sido muy importante la positivización de esos derechos en las codificaciones jurídicas fundamentales en los diversos países del mundo que al menos tengan como característica mínima la de ser democráticos. En México no es la excepción, ya que los derechos humanos han sido tratados —sobre todo los últimos años— de una manera especial que ha traído como consecuencia el refinamiento de las reglas que en la materia se tenían.

De tal manera que la materia indígena en la Constitución estaba contenida en el artículo 4.º.¹ En éste se establecía que la nación mexicana era pluricultural con base en la existencia de los pueblos indígenas y mandataba la reglamentación de su organización interna, del acceso a la justicia del Estado, y se le reconoce la aplicación del derecho indígena en materia agraria (Aragón, 2008: 152).

¹ Decreto por el que se reforma el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992.

Asimismo, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas modifica el modelo constitucional concebido desde el siglo XIX. Este modelo estableció las bases de un proyecto de sociedad, Estado y derecho monoculturales, es decir, sin distinciones de raza, origen o pertenencia étnica. El siglo XXI en México rompe con esta tradición e incorpora el principio de la diferencia cultural como uno de los pilares, por ello la sociedad, el Estado y el derecho deben ser ahora pluriculturales (Aragón, 2008: 153). Con ello se comienza a notar que en el sistema jurídico mexicano se le da mayor atención a ese aspecto antes descuidado.

En esas modificaciones sustanciales a la Constitución, de acuerdo a la doctrina (Aragón, 2008: 154), el sujeto de los derechos reconocidos es el pueblo indígena, el cual está compuesto de comunidades. Ambos se definen, el primero como el género y el segundo como especie. Se considera a los pueblos indígenas como poblaciones originarias que sufrieron un poco de colonización y que conservan parte o todas las instituciones. Esta definición tiene elementos en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (a partir de aquí: Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT). Este Convenio fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la OIT y entró en vigor en México desde el 5 de septiembre de 1991; el Gobierno mexicano ratificó ante la OIT este Convenio el 5 de septiembre de 1990, el Senado lo aprobó el 11 de julio de 1990 (*Diario Oficial*, 1990) y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991. Es el producto de la revisión del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (número 107), adoptado por la OIT el 26 de junio de 1957 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de julio de 1960.

Ahora bien, existen, de acuerdo a la doctrina (Aragón, 2008: 155-156), diversos principios que deben ser incluidos en el análisis y estudio de los temas de derechos humanos referidos a los grupos y pueblos indígenas, los cuales son del tenor siguiente:

1. *El Principio de la Soberanía de Estado* debe entenderse que incluye además de las autonomías de las entidades federativas a las autonomías de los pueblos indígenas.
2. *El Principio del Sistema Representativo* federal y local deberá entenderse que en su formación y ejercicio tienen que participar los pueblos con representantes propias elegidas con base en sus procedimientos electorales.
3. *El Principio de los derechos humanos* tiene que ser entendido (tanto por la sociedad mestiza como por la indígena) en el sen-

tido que lo son tanto los derechos de las personas en lo individual, como los derechos de los pueblos en general.

Ciertos datos de carácter histórico debieron ser considerados para dilucidar la relación que existe o que debe existir entre el derecho y los pueblos indígenas, lo cual podría marcar la pauta para en adelante empezar a legislar en apego a los criterios generados:

1. Que el derecho no existe, es una invención del humano. El grupo humano ha intuido, históricamente, diferentes maneras de organizar su orden respecto a las relaciones entre sí y su entorno. El derecho indígena concibe su orden conjuntando relaciones humanas y medio ambiente.
2. Que el colonialismo jurídico no es una fatalidad, es histórico.
3. Que el derecho indígena no siempre fue no escrito, es verbal y consuetudinario por obligación.
4. Que el discurso del mestizaje justificó, de hecho, la desaparición de la cultura indígena.
5. Que los espacios legislativos han sido el monopolio de la cultura jurídica no indígena.
6. Que el sistema federal de gobierno no incorporó los territorios y gobiernos indígenas.
7. Que la libre determinación es a los pueblos indígenas lo que la libertad es a los individuos: su razón de ser y estar sobre la tierra.
8. Que los operadores en los espacios jurisdiccionales han sido formados son el conocimiento de la historia y actualidad de las culturas jurídicas indígenas.

Hace apenas algunos años que la doctrina considera (Aragón, 2008: 258) que, en materia de derechos humanos indígenas en la actividad legislativa mexicana, se sufre de cierta precariedad, ya que, a pesar de la discusión sobre el tema, las propuestas realizadas por los propios indígenas, la academia, las organizaciones, las instituciones, naturalmente los legisladores y la implementación de algunos mecanismos para el cumplimiento y operativización de los derechos en diferentes niveles de Gobierno, no se han reconocido los derechos indígenas en su correcta amplitud y los que se han integrado al marco jurídico nacional no se ejercen plenamente por falta de mecanismos institucionales. Para lograrlo hoy día, nos encontramos en un espacio incipiente.

La ley establece ciertas limitaciones a la función jurisdiccional de los jueces auxiliares, tales como (Aragón, 2008: 257):

- Que no se contravenga ninguna norma constitucional, ni se transgredan derechos humanos de las partes o de terceros.
- Que se garantice a los justiciables el respeto de las garantías individuales y derechos humanos.

La tradición dominante en los estudios del derecho ha concebido que dentro de un espacio geopolítico (Estado) sólo existe un sistema jurídico que regula las conductas y relaciones de todos los individuos, es decir, el derecho producido por el Estado. De esta forma tenemos que la gran mayoría de los estudios jurídicos que se desarrollan en las facultades, posgrados y centros de investigación se han dedicado al análisis del derecho constitucional, civil, familiar penal, laboral, agrario, etcétera; esto es, que giran todos ellos en torno al conjunto de leyes que crea el Estado. Incluso otras disciplinas jurídicas de corte más humanista como la historia y la filosofía del derecho del sistema normativo producido por el Estado. El pluralismo jurídico, noción que analizaremos en este capítulo, se opone radicalmente a la idea «monista» del derecho y la acusa de reduccionista. Los seguidores del pluralismo, con diferentes enfoques y matices, consideran que la realidad jurídica es mucho más compleja. Postulan que en el mundo social interactúan varios órdenes normativos que participan en el fenómeno de «lo jurídico» (Aragón, 2008: 341).

En este orden de ideas, la doctrina ha considerado que el Estado es el único ente creador del derecho y lo que está fuera de él puede ser cualquier cosa (usos y costumbres, convencionalismo normas morales, actos de fuerza) menos derechos. La anterior aseveración constituye una afrenta para los que intentan dilucidar la existencia de otros derechos, diferentes a los positivizados (por ejemplo, los de los grupos indígenas); de considerar lo anterior, las prácticas jurídicas de las comunidades indígenas no podrían ser consideradas como derecho, sino solamente como se les han denominado en la jerga jurídica: «usos y costumbres».

Sin embargo, el derecho puede ser una particularidad concebida por cada entidad humana, que puede ser congruente con sus necesidades específicas; por ello, cada pueblo puede darse su propio derecho con un contenido particular acorde con su propia realidad y congruente con su singular historia y devenir. De esa manera, la doctrina ha intentado superar la dificultad de que las características de la concepción hegemónica de derecho no concuerden con el derecho

que practican los pueblos indígenas. Dentro de esta literatura existe un consenso de que la justicia que se aplica en las comunidades indígenas es un sistema normativo al igual que el derecho estatal; por supuesto, cada uno con sus particularidades (Aragón, 2008: 357-358).

V. Ley relativa a recursos de procedencia ilícita: un caso de violación por omisión a los derechos humanos de los indígenas

Con relación al tema de los derechos de los pueblos indígenas, en el ámbito internacional es necesario mencionar el *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, que fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, el cual establece en su artículo 7.º, entre otras cosas, que dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Lo anterior significa que esos pueblos tienen el derecho de involucrarse en las actividades de planeación que sean realizadas por los entes estatales, en virtud de que la afectación o beneficio que se podría obtener lo es no solamente para la comunidad en general, sino también para aquéllas que pertenecen a alguna etnia.

También el artículo 9 del mencionado cuerpo normativo ordena que, en la medida en que exista compatibilidad con el sistema jurídico nacional en el que se encuentren inmersos los grupos indígenas y con los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, se deberán respetar los métodos a los que dichos pueblos recurren de manera tradicional para la represión de los delitos cometidos por sus miembros y las autoridades, y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Lo anterior es una circunstancia que le otorga un carácter especial para el tratamiento que se le debe dar a las personas que pertenecen a alguna etnia, tratándose de delitos; es otro derecho el que se le está otorgando para que en caso de actualizarse alguna hipótesis normativa en materia penal, sean sus costumbres tomadas en cuenta por los tribunales estatales para resolverlos.

En el artículo 10 se habla del supuesto en el que se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, en cuyo caso deberán tenerse en cuenta sus características

económicas, sociales y culturales y deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento. Esto es un complemento al artículo 9 mencionado antes, y es también una confirmación de que para el caso en el que miembros de comunidades indígenas sean sujetos jurídicos en materia penal se les deberá dar un tratamiento específico en consideración con sus circunstancias particulares.

Por otro lado, se debe tener en cuenta para el análisis adecuado de esta temática, que la libertad es un concepto importante para abordar el tema de los derechos de los pueblos indígenas. Como ya se mencionó al principio de este capítulo, los derechos para esos grupos constituyen un mínimo, y dentro de ese mínimo se encuentran ciertos derechos básicos, por ejemplo, el de igualdad.

Las agrupaciones étnicas requieren, por sus propias características, de ciertas ventajas jurídicas que les permitan gozar de un equilibrio en la interacción social con otras entidades e, incluso, en la interacción con los entes de gobierno o los órganos estatales. Ésa es la razón primordial de que ciertos cuerpos normativos como el revisado líneas antes (*Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*), establezcan la preferencia de los usos y costumbres de esos pueblos para el caso de que deban ser juzgados por órganos estatales: establecer una igualdad entre esos pueblos y las demás entidades con las que interactúan. La razón: evitar la obstaculización de su libre y adecuado desarrollo sustentado por los principios de los derechos humanos de los que, como se dijo antes, los pueblos indígenas son también sus destinatarios.

La igualdad es uno de los principios de estructura de nuestro sistema jurídico, lo cual significa que tiene que ser considerado como uno de los principios básicos y fundamentales para la producción normativa y su posterior interpretación y eventual aplicación. Lo anterior es de suma importancia, ya que, como se dejará establecido más adelante en el presente capítulo, la ley que es motivo de análisis en el tema de este capítulo no es congruente con ese criterio armonizador de la igualdad para el caso de esos grupos étnicos.

Congruente con lo anterior, se han elevado a rango constitucional los diferentes elementos que constituyen o al menos deben constituir la igualdad, refiriéndose a los mismos en ocasiones de manera expresa y específica y en otras de forma general. En efecto, el primer párrafo del artículo 1.º de nuestra Constitución contiene la afirmación genérica del derecho a la igualdad —que en este caso se trata de un verdadero principio por su carácter fundamental— y lo refiere para el caso de gozar de las garantías e instrumentos que la propia Constitución otorga. Más adelante, en el párrafo quinto de ese mismo artículo

lo, está plasmada la prohibición de discriminación y establece ahí mismo un catálogo de motivos por los cuales se puede considerar como discriminación, pero además agrega un motivo genérico: cualquier otro modo que implique un menoscabo para la dignidad humana o para los diversos derechos y libertades de las personas.

El artículo 2.º de nuestra Constitución en su apartado B establece un deber para los diferentes niveles del poder público, el cual consiste en fijar los órganos e instituciones así como las directrices traducidas en políticas que sean necesarias para garantizar los derechos y el desarrollo de las diferentes etnias; lo anterior con la finalidad de que sea impulsada la igualdad en materia de oportunidades y obstaculizar cualquier caso de discriminación.

En el artículo 4.º de la Constitución se encuentra la expresión fundamental de que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Expresión que resulta acorde con la preocupación del constituyente de establecer o, al menos impulsar, un equilibrio entre los diversos sectores de la población que por sus características y situación específicas así lo requieran.

Los artículos 13, 14 y 17 también de la Constitución regulan para garantizar de varias maneras la igualdad de las personas, en este caso cuando se encuentren sujetas a un proceso jurisdiccional; y la fracción IV de su artículo 31 impone la obligación a todos los mexicanos de contribuir a los gastos públicos de forma proporcional y equitativa.

De los artículos y porciones constitucionales mencionados se desprende de manera general que en nuestro sistema jurídico la igualdad es un fundamento amplio que proporciona a todas las personas no solamente la posibilidad de que tendrán tratos igualitarios en la ley, sino de que existen determinados mecanismos que pueden ser utilizados para hacer efectiva esa igualdad, sobre todo tratándose de sujetos cuya actuación está regulada por el contenido de las leyes y de que son, en última instancia, destinatarios de las normas y usuarios de las mismas. Por ello, la ley y los diversos cuerpos normativos tendrán que ajustarse a las regulaciones constitucionales que sobre igualdad se establecen para que sean consideradas acordes con la propia Constitución.

Para verificar la congruencia con la Constitución de una determinada ley en algunos casos en los que esté involucrada una situación relacionada con la igualdad (como en el caso de los pueblos indígenas), se deben establecer los criterios sobre los cuales se deba establecer esa congruencia y, también, las finalidades que persiguen las distintas regulaciones a las diversas situaciones involucradas; lo anterior para que se esté en la posibilidad de establecer la diferencia entre las dis-

tinciones que son constitucionalmente legítimas y las que no lo son y que, por tanto, podrían coincidir en el supuesto que la propia Constitución regula en su primer artículo.

Lo anterior es importante ya que se podría establecer la existencia o no de una posible «discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas».

La legislación y todo el producto de la actividad estatal del Poder Legislativo (y también de aquella que produzcan reglas que afecten a la esfera de derechos de las personas) deben sujetarse a las regulaciones constitucionales en materia de igualdad, de lo contrario se podría considerar como una norma discriminatoria. Para lo anterior es necesario establecer primero si la legislación sancionada y puesta en vigencia por el legislador se ajusta u obedece a lo establecido constitucionalmente relativo a la igualdad. En el caso que nos ocupa, el análisis debe orientarse a determinar si en la legislación sancionada se incluye la mención de un tratamiento específico para el caso en el que los miembros de los grupos indígenas sean los involucrados en las hipótesis normativas que contenga, independientemente de que la norma tenga como destinatarios *ex profeso* a esos miembros de las comunidades étnicas. Considerando lo establecido en el instrumento internacional y en la propia Constitución acerca de la protección específica de los pueblos indígenas, es necesario que el legislador haga congruente el producto de su actividad (ley) con esa protección a los pueblos mencionados, ya que de lo contrario se estaría ante un caso de discriminación por omisión en la regulación de la aplicación de determinadas normas jurídicas.

Ahora bien, el 17 de octubre de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, la cual es de orden e interés público y de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto proteger el sistema financiero y la economía nacional, estableciendo medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, lo anterior a través de una coordinación interinstitucional cuyos fines son recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, así como los delitos relacionados y las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para

su financiamiento. Dicha ley no contiene referencia alguna a los grupos indígenas ni al procedimiento adecuado que se debe observar para el caso en el que sean sus miembros los sujetos involucrados de la misma, lo cual constituye una omisión del legislador que atenta contra el principio de igualdad de esos grupos vulnerables.

VI. Conclusiones

Primera. Los derechos humanos constituyen una serie de reglas de carácter estricto que son un mínimo fundamental al que debe atender la actividad del legislador, con la finalidad de que las leyes producidas sean acordes con ellas.

Segunda. Los derechos indígenas coinciden en la categoría de los mínimos jurídicos como el principio de igualdad, ya que los titulares de los derechos humanos, no obstante ser de las personas en lo individual, también lo son de los grupos de personas o de individuos unidos por circunstancias comunes.

Tercera. En cualquier caso, el Estado, a través de sus órganos y en específico el Legislativo, tiene la carga de cumplir, hacer cumplir y respetar esos mínimos; por lo tanto, la ley y los diversos cuerpos normativos tendrán que ajustarse a las regulaciones constitucionales que sobre igualdad se establecen para que sean consideradas acordes con los derechos humanos.

Cuarta. En virtud de que los derechos humanos son una serie de reglas estrictas y considerando que los derechos de los pueblos indígenas son un mínimo al que se deben ajustar los demás cuerpos legales de un sistema jurídico, los derechos humanos también pertenecen a la esfera de derechos de los pueblos indígenas.

Quinta. La legislación y todo el producto de la actividad estatal del Poder Legislativo, y de aquella que produzca reglas que afecten a la esfera de derechos de las personas, deben sujetarse a las regulaciones constitucionales en materia de igualdad, de lo contrario se estaría ante una norma discriminatoria.

Sexta. La Ley para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita no es congruente con la necesaria protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, por tanto, es discriminatoria por omisión en la regulación de su aplicación.

VII. Fuentes citadas

- Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*; 27 de junio de 1989, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.
- ARAGÓN ANDRADE, Orlando (2008), *Los derechos de los pueblos indígenas en México*, Morelia, Michoacán, Secretaría de Cultura del Estado de Michoacán, México.
- BALDI, Carlo (1987), en *Diccionario de Política*, tomo a-j, Siglo XXI, 5.ª ed., México.
- BONFIL BATALLA, Guillermo (1995), *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas políticas y de organización*, en *Obras Escogidas*, Tomo 2, México, INI-CIESAS-INAH-Dirección de Culturas Populares-sra-fifonafe, México.
- CAPOTORI, Francesco (1977), *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas; serie de estudios No. 5 de las Naciones Unidas*.
- CARACCILO, Ricardo (1994), *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Distribuciones Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), México.
- DE OBJETA CHALBAUD, José A. (1993), *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, Madrid.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (1997), “Una filosofía del derecho indígena: desde una historia presente de las mentalidades jurídicas” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 89, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- GREY POSTERO, Nancy *et al.* (2005), *La lucha por los Derechos indígenas en América Latina*, Ediciones Abya-Yala, Quito.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (2002), *Autonomía y derechos indígenas en México*, 1ª edición, CONACULTA, Dirección General de Culturas Populares e Indígenas, México.
- _____ (2011), *Los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo rural*”, 1.ª edición, Ed. Mc. Editores, México.
- STAVENHAGEN, Rodolfo (1988), *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, COLMEX-IIDH, México.

VII
EL IMPACTO DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN EL ESTADO DE MÉXICO

*Enrique Uribe Arzate
Eufrosina Arévalo Zamora
Joaquín Ordóñez Sedeño*

SUMARIO: I. Introducción; II. La tutela jurisdiccional efectiva de los derechos humanos: un objetivo institucional de la ciencia del derecho; III. La actividad jurisdiccional local e internacional en materia de derechos humanos; IV. Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su impacto en el Estado de México; V. Conclusiones; VI. Fuentes citadas.

I. Introducción

La importancia que los derechos humanos han tenido en los últimos años no solamente a nivel internacional, sino también en México, obliga a realizar análisis y reflexión acerca de su eficacia y su aplicación a las personas en casos particulares; de ahí deriva la necesidad de revisar la efectividad que tiene la tutela del Estado mexicano para salvaguardar ese catálogo de derechos. Los mecanismos reales para garantizar su observancia se vuelven entonces un objetivo de revisión junto con los diversos criterios que han surgido de la actividad jurisdiccional internacional.

Por ello, en este capítulo se realiza un análisis del impacto que tienen las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la tutela efectiva de los mismos en el Estado mexicano y, por ende, en el Estado de México. Para ello se hace una revisión

sobre los algunos aspectos teóricos acerca del significado que el derecho como ciencia tiene en el actuar cotidiano no solamente de las personas, sino también de los entes del Estado, para determinar su importancia en la observación y aplicación de esos derechos fundamentales.

Se plantea la cuestión acerca de quiénes son los encargados, dentro del ente estatal, de que se observen esos derechos fundamentales junto con sus respectivos mecanismos garantizadores que constituyen la efectividad en su tutela, haciendo la reflexión acerca del producto de la actividad de los poderes del Estado, para lograr ese objetivo de tutela real y efectiva. Lo que finalmente lleva en este capítulo a considerar que esa salvaguarda estatal deriva no solamente de la organización interna y formal de ciertas políticas públicas o de determinados elementos del sistema jurídico, sino que además proviene de los diversos criterios surgidos de casos de violación a los derechos humanos, resueltos por organismos jurisdiccionales en el ámbito internacional.

II. La tutela jurisdiccional efectiva de los derechos humanos: un objetivo institucional de la ciencia del derecho

El derecho es la rama del conocimiento humano cuyo principal objetivo es la regulación de la actividad de los hombres a través de la instauración de diversos medios, los cuales son llamados instituciones. Para lograr esa meta se vale también del establecimiento de un contenido sustantivo que otorga derechos a todas las personas, pero también impone obligaciones o deberes (incluso, o más aún, a aquéllos que detentan una función pública); aunado a esto, surgen algunos insumos de carácter adjetivo o instrumental, en los cuales la ciencia del derecho se apoya para lograr sus objetivos: los procedimientos positivizados en el andamiaje y estructura gubernamental de un Estado. Y aquí es donde se encuentra ese elemento importante llamado institución, ya que el ente estatal opera a través de personas que ejercen determinada función de gobierno y que lo hacen al interior de una institución establecida constitucional o legalmente.

El Estado entonces es el ente que tiene una carga institucional de suma importancia: tutelar los derechos de las personas. Ésa es una de sus principales funciones, que se traduce en una protección, en una salvaguarda, pero no se agota solamente en la mención de esa actividad defensora, sino que además es necesario que sea efectiva, es decir, que sea una función verdadera y objetiva, que se pueda verifi-

car e incluso medir o evaluar, lo cual obliga al ente estatal a ejecutar ciertos actos, más allá de tener a su alcance ciertos insumos de carácter político o social; son necesarios los del tipo jurídico, los cuales contienen todo lo relacionado con el acceso a la actividad jurisdiccional y con la obtención de una resolución a cada caso concreto. Lo anterior lo convierte en una tutela judicial efectiva.

Bajo estas premisas, ya hace algunas décadas que en México se ha considerado que la tutela judicial efectiva constituye uno de los derechos básicos y fundamentales consistente en la posibilidad real y cierta de acceder a la función jurisdiccional con la finalidad de que todas las personas puedan resolver sus conflictos a través de los órganos que llevan a cabo esa función; lo anterior bajo un procedimiento previamente y legalmente establecido que goce de ciertas garantías sustantivas y adjetivas. En realidad lo que todo ello significa es la legalización del derecho subjetivo a la acción dentro de un proceso.

El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

El derecho que tiene toda persona a ser oída en público y con justicia significa que se deben dejar atrás las prácticas judiciales oscurantistas. También, al mencionar que debe existir un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones, hace alusión a que la justicia que le sea impartida o las determinaciones que los jueces adopten en la resolución de los casos particulares deben ser las mismas para cualquier persona, sirviendo de distinción para ello solamente la levedad o gravedad del caso específico, lo cual se corrobora al mencionar las condiciones de plena igualdad. Todo lo anterior significa que toda persona tiene derecho a una tutela judicial efectiva.

También, en el artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, se señala:

«Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

Como se puede ver, en el citado instrumento internacional se hace una referencia más precisa acerca de lo que es la tutela judicial efec-

tiva. En México, en el artículo 17, segundo párrafo, de nuestra Constitución se establece el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

En este párrafo citado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentran varios elementos importantes y relevantes para el tema de la tutela judicial efectiva, entre otros:

- Acceso a la justicia;
- Seguridad jurídica en el proceso;
- Razonabilidad en los plazos;
- Independencia e imparcialidad de los jueces;
- Derecho a la defensa o asistencia jurídica; y
- Congruencia y motivación de las resoluciones judiciales.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido el alcance de la tutela judicial efectiva, a través del criterio jurisprudencial *Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, de la siguiente manera:

...el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión...

En términos similares pero de forma más específica, la siguiente tesis de un Tribunal Colegiado de Circuito:

PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO. Los órganos judiciales están obligados: a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formulismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cual-

quier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo (favorecimiento de la acción); a apreciar, conforme al principio de proporcionalidad que impone un distinto tratamiento a los diversos grados de defectuosidad de los actos, los vicios en que pudieran incurrir las partes y a partir de las circunstancias concurrentes, la trascendencia práctica e incluso a la voluntad del autor, dar la oportunidad de corregirlos o inclusive, suplir de oficio los defectos advertidos, cuando ello sea necesario para preservar el derecho fundamental en cita, con la única limitante de afectar las garantías procesales de la parte contraria (subsanción de los defectos procesales) y, a imponer la conservación de aquellos actos procesales que no se ven afectados por una decisión posterior, en aras de evitar repeticiones inútiles que nada añadirían y sí, en cambio, afectarían el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el principio de economía procesal (conservación de actuaciones).

Se habla de una tutela efectiva en todos los procedimientos jurisdiccionales a los que se vea sometido o involucrado el justiciable, en cualquiera de las áreas o ramas del derecho, tal como se menciona en el numeral de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos mencionado antes. Esa protección en cualquier ámbito del derecho es necesaria por las razones a implicaciones mencionadas en los criterios, pero no es el único caso en el que debe poner atención el Estado, ya que hay otros aspectos de los derechos que son de suma importancia e interés para la ciencia jurídica: los derechos humanos.

Se trata de atributos que son inherentes a la dignidad del hombre y que son también de carácter superior al poder del Estado, ya que esa dignidad es el origen de los derechos humanos y es también su esencia y su fin, no solamente de ellos, sino también de otros que sean necesarios para lograr que las personas desarrollen integralmente su personalidad. Existe también un aspecto de universalidad en los derechos humanos, ya que son pertenecientes a todas las personas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional; por ello, la protección de esos derechos ha sido en las últimas décadas un interés de organismos e instrumentos de carácter internacional. Lo anterior trae como consecuencia que la protección a los derechos humanos constituya, como contrapartida, una restricción al ejercicio del poder público del Estado y de sus integrantes.

Ahora bien, se debe distinguir entre dos acepciones o vocablos que han sido usados de forma tradicional en la Constitución mexicana y que a últimas fechas han sufrido una transformación, se trata de los términos *Derechos fundamentales* y el de *garantías individuales*. El pri-

mero de ellos se refiere a los derechos humanos reconocidos en el documento constitucional y en instrumentos jurídicos internacionales, como los tratados, pactos y convenciones en los que México es parte; el segundo hace referencia a los mecanismos y medios que, de manera formal, existen para la protección de esos derechos fundamentales de las personas; en este punto es necesario especificar que se trata de personas tanto físicas como morales, pero que tratándose de los mecanismos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, solamente las personas físicas pueden recurrir a los mismos (Ferrer, 2013: 5-6).

Con las últimas reformas constitucionales en materia de derechos humanos se han incluido algunos principios, como el de interpretación conforme y el de *pro persona*; ambos representan una carga para el Estado y las personas encargadas de llevar a cabo procesamientos intelectuales hermenéuticos tratándose de derechos incluidos en instrumentos internacionales de derechos humanos; es decir, la ley no se debe declarar nula en caso de que pueda interpretarse de manera congruente con la Constitución y con esos tratados internacionales, lo cual habla de una constitucionalidad y convencionalidad. Por su parte, el principio *pro persona* es aquel criterio que obliga a realizar interpretación extensiva de la norma cuando sea el caso de proteger derechos y, cuando se trate de limitaciones a los mismos, la obligación interpretativa debe ser de carácter restrictivo. Puede darse el caso en el que haya una diferencia entre el alcance o la protección de las normas y deberá predominar la que tenga como efecto una mayor protección para la persona o la que implique una menor restricción a sus derechos. En este punto es necesaria una aclaración en cuanto a la prelación de los instrumentos de protección, es decir, la Constitución y las convenciones internacionales, ya que por regla no es necesario que sean aplicadas esas últimas si para salvaguardar los derechos humanos de la persona es suficiente lo previsto en la Constitución. También existe la obligación de los jueces y órganos de administración de justicia en todos los niveles de realizar *ex officio* el control de la convencionalidad entre las normas nacionales y aquellas contenidas en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿qué es lo que deben hacer los juzgadores nacionales con esas cargas y obligaciones de aplicar los contenidos convencionales? El parámetro es que su control deberá estar soportado por las reglas sustantivas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (de acuerdo a lo establecido en sus artículos 1.º y 133), por la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y por el catálogo de los dere-

chos humanos contenidos en los tratados y pactos internacionales en los que México es y sea parte. En este aspecto vale aclarar que en caso de que México no sea parte de algún instrumento internacional no se considerarán vinculantes los criterios derivados de su aplicación, sino solamente orientadores.

Ahora bien, existen tres momentos dentro de los cuales los juzgadores deben regir su actuación al momento de emitir sentencias:

- a) Interpretación de las normas jurídicas de acuerdo a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, otorgando a las personas la protección más amplia. (Llamado interpretación conforme en sentido amplio.)
- b) En caso de existir varias interpretaciones válidas el juzgador debe partir de que las normas son constitucionales y darle preferencia a la interpretación que produce concordancia de la ley con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, con la finalidad de evitar una violación al contenido esencial de esos derechos. (Llamado interpretación conforme en sentido estricto.)
- c) En caso de que las dos opciones anteriores no sean posibles, el juzgador debe inaplicar la ley, ya que debe preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales aunque existan disposiciones legales contrarias.

De lo anterior se desprende que el Estado tiene ciertas obligaciones ineludibles respecto a la aplicación y observación de los derechos humanos, como son la de respeto y garantía y la de observar sus principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Parte de esto se encuentra establecido en la propia Constitución, en específico en su artículo 1.º y es acorde con lo establecido por los instrumentos internacionales en la materia. Asimismo, los Estados tienen el deber de organizar toda la estructura gubernamental y aquéllas por las cuales sea manifiesto el poder público, para que pueda asegurar el libre y pleno ejercicio del catálogo de derechos humanos, por lo que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar cualquier violación a esos derechos. Otro de los deberes estatales es el de prevención, el cual comprende algunas medidas de carácter jurídico y político para promover la protección de los derechos humanos y asegurar que cualquier violación a los mismos sea tratada como un ilícito susceptible de traer sanciones para quien las cometa. También el de investigar y eventualmente sancionar es otra de las medidas que el

Estado debe adoptar para que los derechos humanos sean garantizados, lo cual no solamente se desprende de las normas convencionales internacionales, sino que además tiene su fundamento en la legislación nacional. La sanción como obligación de procesar es cuando haya sido determinada la responsabilidad de posibles infracciones a derechos humanos que va ligada a la obligación de reparar, y esto a su vez lleva a las medidas de satisfacción que pretenden el reconocimiento de la dignidad de las víctimas al difundir mensajes reprobatorios de la conducta que conlleva violaciones de los derechos humanos para evitar que las mismas se repitan (Ferrer, 2013: 7).

Por otro lado, el principio de interdependencia significa que el catálogo de derechos humanos debe ser entendido sin jerarquía entre sí y exigible en todos los casos ante autoridades que sean competentes; la universalidad de los derechos humanos hace referencia a que son inherentes a todos e involucran a la comunidad internacional en su totalidad. La interdependencia y la indivisibilidad plantean una relación entre los diversos derechos, ya que no puede haber una separación ni una jerarquización de mayor o menor importancia entre ellos; en suma, deben tenerse en cuenta como un todo, con base en una interpretación holística, sistemática, y no de manera aislada. La progresividad es la posibilidad de ir avanzando de forma gradual y constante hacia una completa y cabal realización y observación de los derechos humanos, en función de las posibilidades y circunstancias específicas de los gobiernos y de las estructuras estatales. Todos los anteriores principios son representativos de criterios que benefician y optimizan la interpretación de los derechos humanos fundamentales y su eventual aplicación en términos de un beneficio a favor de la persona. La premisa general es que los derechos fundamentales deben ser respetados en beneficio de todo ser humano sin ningún tipo de distinción (Ferrer: 2013: 10).

La doctrina ha analizado también algunos casos significativos para soportar algunos de los principios que son de mayor importancia para los derechos humanos y su aplicación y observación en el actuar cotidiano de las autoridades estatales. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el análisis de un tribunal en referencia al contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que establece el derecho fundamental de un recurso judicial efectivo, breve y sencillo; con relación a ello, indicó que se trata del conocido derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del sistema jurídico mexicano, al ubicarse en un referente constitucional del artículo 17, referido al inicio del presente capítulo. Lo anterior analizado con motivo de una decisión que denegaba el acceso a la

jurisdicción, por lo que el tribunal de alzada estableció que en virtud de la trascendencia que tienen las decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción para la tutela judicial, su revisión debe ser especialmente intensa más allá de la rutinaria verificación que se debe hacer de que no se trata de resoluciones arbitrarias, irrazonables o erróneas. Por tal razón, dicho control procede por medio de algunos criterios proporcionados por el principio pro acción, que rige preponderantemente en la interpretación que se realiza para asegurar el acceso a la justicia (Ver “La tutela judicial efectiva...”, en *Diálogo jurisprudencial*, 2010).

Otros autores han considerado la importancia de que los derechos humanos permanezcan bajo la tutela efectiva del Estado y las normas jurídicas, que sean respetados y que cuenten con mecanismos efectivos para protegerlos sin importar otras circunstancias de carácter jurisdiccional, ya que los derechos humanos son un producto cultural y de la madurez política del pueblo, pues aparecen y se tutelan de manera efectiva en el desarrollo de la sociedad y en la medida en la que evolucionan lo derechos fundamentales se universalizan; aunado a lo anterior, deben también contar con los instrumentos y las garantías que obliguen a los individuos y a las autoridades a respetarlos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional (Gil, 2011: 1). Es decir, la tendencia de los criterios no solamente jurisdiccionales sino también estatales, es hacia la perfección de los llamados derechos fundamentales, que se hagan más básicos, más importantes en la vida de un Estado y de sus integrantes, para que exista cada vez una mayor protección a los derechos de los mismos y haya la posibilidad de observarlos y aplicarlos, con lo que se estaría frente a una verdadera garantía de los mismos, por virtud del establecimiento de los mecanismos e instrumentos adecuados.

Luigi Ferrajoli (2001: 2) establece como uno de los problemas de los derechos fundamentales el hecho de existir diversos puntos de vista y varios discursos sobre ellos, siendo lo importante determinar con cierta precisión el alcance de los mismos y los supuestos bajo los cuales deben operar. El autor propone un concepto y una tipología clasificatoria para así reconocer un ordenamiento y un criterio axiológico, también para volver a construir los procesos históricos y culturales; no deja de mencionar lo que son los derechos fundamentales y dice que son aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico le atribuyen de manera universal a todas las personas. Finalmente, no menos importante sobre lo analizado por este autor, lo es su clasificación realizada:

- a) Igualdad jurídica;
- b) Democracia constitucional;
- c) Paz; y
- d) Tutela del más débil.

Éste es un criterio axiológico que da idea sobre la importancia que tienen los instrumentos de derechos humanos, basada sobre los aspectos axiológicos de los elementos de la clasificación.

Todo lo anterior nos da, en suma, que el Estado es el gran ente o institución que, por medio de sus diversos órganos instituidos y por virtud también de su estructura gubernamental, tiene el deber de hacer efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos humanos en México; lo anterior no solamente porque el derecho es un área del conocimiento cuya finalidad primordial —entre otras— es la de procurar a los hombres la mejor de las intervenciones del Estado y jurisdiccionales, sino porque también los diversos instrumentos internacionales ya analizados lo obligan a que sea uno de sus principales objetivos.

III. La actividad jurisdiccional local e internacional en materia de derechos humanos

Habiendo sido establecido que la tutela efectiva de los derechos humanos es un objetivo institucional de la ciencia del derecho y del propio Estado, se debe continuar con la revisión de la actividad jurisdiccional local e internacional en materia de derechos humanos, para lo cual es pertinente iniciar con el contenido del artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual contiene actualmente cinco párrafos que son resultado de las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 y del 10 de junio de 2011. Inicia estableciendo el principio de igualdad de derechos fundamentales la jerarquía constitucional de los tratados internacionales; continúa refiriéndose a la interpretación conforme al principio *pro persona*, y establece las obligaciones a cargo del Estado derivadas de los derechos humanos y otras de sus características más relevantes. Finalmente, establece la prohibición de la esclavitud y el principio de no discriminación.

En este punto es pertinente hacer referencia lo que dice Héctor Fix-Fierro (2000: 155):

«... el cambio producido por la globalización jurídica se ha manifestado en el Derecho mexicano a través de la ratificación de tratados y convenios en materia de comercio, medio ambiente y derechos humanos, creando un marco institucional más complejo, al permitir la interacción de dos niveles jurídicos diferentes [...]».

El nacional y el internacional son dos ámbitos de aplicación jurisdiccional que es necesario analizar para la aplicación y observación de los derechos humanos establecidos en los diversos instrumentos convencionales en los que el Estado mexicano es parte. Lo anterior motiva la reflexión acerca de cómo debe ser la manera en la que esos dos ámbitos pueden coexistir e interactuar, para ello es necesario remontarse a una tesis dualista relativa a la concepción liberal del Estado nacional moderno:

«... el Derecho nacional y el internacional no sólo son partes del Derecho distintas, sino que son también sistemas jurídicos diversos; se trata de círculos que están en un contacto íntimo, pero que nunca se superponen, de manera tal que no podrían darse relaciones sobre similar materia entre uno y otro» (Triepel, 1990: 816).

Contrario a lo anterior, existe una doctrina monista que defiende la uniformización del derecho y la jurisdicción en esos dos ámbitos, nacional e internacional, y Kelsen (1979: 147) la detalla y defiende en términos de lo siguiente:

«... no se puede admitir dos o más normas u órdenes, que deban estar vigentes, situados uno al lado de otro, sin referir la validez de ambos a un único y mismo fundamento. Esta unidad del sistema normativo es el correlato de la unidad del conocimiento normativo» (Kelsen, 1979: 147).

Cabe aclarar que la expresión *derechos humanos* es más moderna que la de garantías individuales y es la que con frecuencia se utiliza en el derecho internacional, aunque lo más pertinente desde el punto de vista doctrinal hubiera sido la denominación *derechos fundamentales* (Alexy, 2011: 24).

Por otro lado, el Caso Cantos sometido al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es ilustrativo del criterio de la tutela judicial efectiva, ya que en la respectiva resolución expresa:

49. la Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que

la convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación al artículo 1.1 de la Convención...

Establece también la referida sentencia que el acceso a la justicia es un aspecto que los tribunales y salas constitucionales deben fomentar para que exista la garantía de un recurso efectivo, en términos de la propia Convención, pues no basta que exista el derecho y tampoco la existencia formal de recursos que le garanticen o que le establezca los mecanismos para una tutela judicial efectiva, si los justiciables por razón de pobreza no son capaces de ejercer los derechos mínimos que la Convención les confiere.

Ahora bien, no todos los tratados internacionales se refieren a los derechos humanos, pero los que sí se refieren a ellos tienen ciertas especificaciones derivadas por su condición de instrumentos protectores de esos derechos y a favor de los individuos, tal como lo ha estimado la Corte Interamericana en algunas opiniones consultivas (OC-1/82, párrafo 24 y OC-2/82, párrafo 29), donde se distinguen los tratados de derechos humanos que significan una carga para los Estados hacia las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción, y por el contrario, de aquellos tratados que contienen en sus cláusulas ciertos deberes y derechos que benefician a los Estados parte (Carmona, 2002: 98).

De ahí que en México haya quedado establecido un doble sistema de protección jurisdiccional de esos derechos humanos, una que es a nivel nacional a través de los órganos del Estado y de los poderes constituidos, y otra de carácter supranacional, mediante el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con intervención de la Comisión y de la Corte interamericanas de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha erigido en un órgano de protección imprescindible en la vida interna de los pobladores de los Estados miembros de la Convención, y ha protegido fundamentalmente los derechos civiles y políticos de las personas, al grado de que hoy día la Corte incluye también los derechos establecidos y protegidos por el Protocolo de San Salvador, referidos a derechos económicos, sociales y culturales. Es casi impensable considerar casos o controversias en los que se vean involucrados los derechos humanos sin la intervención o al menos la influencia de los criterios, opiniones consultivas y sentencias de esa Corte Interamericana.

En contraste con lo anterior, volviendo a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo

1.º, se contiene el principio de igualdad de todas las personas con respecto a los derechos humanos de la misma Constitución y de los tratados internacionales y también los mecanismos traducidos en garantías para proteger esos derechos. Por ello, la Constitución otorga de manera universal los derechos contenidos en su texto, mismos que no podrán ser restringidos ni suspendidos salvo en los casos expresamente previstos en la constitución. Uno de esos casos es el que nos ilustra la siguiente tesis (1a./J. 2/2012): *Restricciones a los Derechos Fundamentales. Elementos que el Juez Constitucional Debe Tomar en Cuenta Para Considerarlas Válidas*. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales.

De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos

perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

De lo anterior se desprenden tres aspectos: el primero es que el legislador solamente puede establecer alguna restricción en la ley cuando la misma sea congruente y acorde con el texto de la Constitución, lo cual lleva a pensar en un control previo de la Constitución y de sus propias previsiones; segundo, que dichas restricciones sean realmente necesarias para asegurar el logro de los fines que soportan a la restricción constitucional; y tercero, la proporcionalidad, es decir, la restricción del legislador debe tener presente la importancia de la finalidad buscada por la ley en la que se incluyen esas restricciones con los efectos perjudiciales que puedan producir.

Por otro lado, el artículo 1.º de la Constitución menciona de forma clara el principio de igualdad en derechos humanos, la cual se debe entender como una referencia a todos los demás derechos aunque no estén reconocidos en los restantes 29 artículos de la Constitución.

Con relación a esto, hay pocos criterios jurisprudenciales ilustrativos que hayan sido aplicados por el principio de igualdad en derechos fundamentales, por ejemplo (P. XX/2001 9a.): *Extradición. No Excluye al Extraditado de Disfrutar de las Garantías Individuales que Consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Al establecer el artículo 1o., párrafo primero, de la Ley fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indiciado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la Carta Magna.

Lo que se plantea en la tesis expuesta es que no se requiere ningún requisito o condición adicional para que el principio de igualdad sea operante y aplicable a cualquier persona, sin tomar en cuenta condición alguna. Lo anterior se ve robustecido por la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2a. LXXXII/2008 9.ª): *Principio General de Igualdad. Su Contenido y Alcance*. El principio de igualdad tiene un carácter complejo en tanto subyace a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1.º, primer y tercer párrafos, 2.º, apartado B, 4.º, 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los preceptos constitucionales referidos constituyen normas particulares de igualdad que

imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, tales poderes, en particular el legislador, están vinculados al principio general de igualdad, establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por el otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Se puede observar que los criterios de la Suprema Corte han aclarado el significado de diversas normas establecidas en la Constitución y en las leyes secundarias e, incluso, expresadas como principio. Con lo anterior queda más claro lo que ese principio implica y los elementos o condiciones que se pueden considerar para el caso de que exista una actualización de hipótesis. Razonabilidad en la diferencia de trato es un criterio básico que debe tomar en cuenta el legislador para la creación de la norma jurídica; las premisas son, por un lado, que el creador de la norma debe incluir en la misma un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalente, salvo la existencia de algún elemento objetivo que permita dar un trato desigual, y por otro lado, la obligación del legislador de crear un mandato de trato desigual estableciendo diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la Constitución las imponga.

En suma, el Estado tiene la obligación de proveer en materia de derechos humanos, y no solamente eso, sino que además debe establecer los mecanismos que constituyan una garantía para hacerlos efectivos. Todo ello debe verse reflejado en no solamente la actuación de los titulares de los órganos y de los miembros de su estructu-

ra, sino también en el producto de sus poderes, en el resultado de la actividad de los órganos y sus funciones, a la manera en la que en el párrafo anterior se estableció que el legislador, por ejemplo, debe crear normas jurídicas que sean acordes con los principios. En un nivel de mayor acercamiento a las personas que forman parte de un Estado, se habla de la disponibilidad con la que la actuación estatal debe ser congruente; lo anterior implica que debe haber suficiencia, no solamente de servicios básicos e indispensables para atender las políticas de bienestar de la población, como servicios, sino que además debe haber una tutela efectiva de los derechos humanos, no solamente desde lo jurisdiccional, sino también desde cualquier ámbito de la función del Estado. Lo anterior se logra en gran parte con la observación de los criterios derivados de la actividad jurisdiccional no solamente local, sino también internacional, ya que éstos también tienen importancia e incidencia en el interior de un país para la resolución de conflictos y problemas en los que los derechos humanos (constitucionales y convencionales) se vean afectados.

IV. Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su impacto en el Estado de México

Como ya quedó establecido, la actividad jurisdiccional nacional e internacional en materia de derechos humanos es un referente en la aplicación de las normas jurídicas, sean éstas constitucionales o legales, lo que significa que el Estado mexicano es un ente aplicador de esos criterios. Al interior del Estado mexicano, cada uno de sus estados federados, con su carácter de libres y soberanos por virtud de una organización territorial y gubernamental de tipo federal, son a su vez los entes aplicadores de esos criterios nacionales e internacionales derivados de la actividad jurisdiccional en la materia. Para lo anterior existen diversos criterios que son aplicables a la actuación de las autoridades mexicanas, no solamente por la razón de que el Estado mexicano es parte integrante de los tratados internacionales en la materia, sino porque además fue una de las partes involucradas en el litigio que dio pauta para la resolución y para el criterio internacional establecido. Esos criterios —diversos pero aplicables— constituyen un cúmulo de referentes para darle solución a los conflictos nacionales presentados y también para moldear la actuación de las autoridades y de los poderes del Estado, al grado que incluso (según se expuso antes) el producto de algunos de esos poderes (como la legislación) debe ser acorde con los principios y derechos fundamentales. A con-

tinuación algunos de esos criterios que han servido de referente para el Estado de México en ese abanico de actuación.

El primero de ellos es el que ya fue ampliamente expuesto en este capítulo, y que implica una carga para el Estado de establecer primero el catálogo de derechos humanos o fundamentales; segundo, un sistema jurídico congruente con ellos, y tercero, un sistema de mecanismos que garanticen su cumplimiento que, desde luego, involucre instrumentos jurisdiccionales efectivos para dilucidar y dirimir cualquier situación en la materia. No obstante lo anterior, no solamente se puede hablar de cargas o deberes positivos *del* Estado, sino que también existen los de carácter negativo, ambos para la protección efectiva de los derechos humanos y que han influido en la actuación de los entes federados de la nación mexicana. En efecto, no basta que los estados se abstengan de violar derechos, sino que también se hace necesario adoptar medidas positivas que consideren las circunstancias particulares del sujeto y la protección idónea para el mismo. Para soportar lo anterior, es ilustrativo el siguiente criterio (*Caso González y otras Campo Algodonero vs. México*):

Deberes negativos y positivos a cargo del Estado para la protección efectiva de derechos humanos (abstención, promoción y prevención razonable). No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la “adopción de medidas positivas”, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Como parte de la obligación de garantizar los derechos humanos reconocidos en la CADH, el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación; en cuyo caso, lo decisivo es dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa...

Se habla de la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, lo cual abarca el deber de prevenir (dice el texto, razonablemente) las violaciones de los derechos humanos, así como investigar (dice, seriamente) las violaciones cometidas en el ámbito de su jurisdicción para identificar a los responsables, imponer las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación. Al mencionar que la prevención debe ser razonable, se está aludiendo a la posibilidad de que el Estado no tenga la capacidad o los medios, tanto institucionales como legales o de cualquier otra índole, para hacer frente a ese deber, para cumplir con esa carga, por lo que es, de acuerdo al criterio expuesto, comprensible hasta cierto punto que no pudiera cumplir con ese deber, siempre que sea una circunstancia comprobable y tangible. Por otro lado, en cuanto al deber de investigar, dice que debe ser con seriedad, lo cual nos lleva a concluir que tal indicación es derivada de un hecho en el que el Estado, si bien asumió su responsabilidad de investigar, tal vez no lo hizo de forma seria ni cabal que le permitiese poder obtener un resultado eficaz en la indagación de los hechos involucrados en una posible violación a los derechos humanos.

Por ello se incluyen vocablos e ideas que hacen alusión a que, no obstante el cumplimiento del Estado, no lo es de manera cabal o completa, es decir, no lo es de manera efectiva; y ése es uno de los impactos positivos en la actividad de los órganos del Estado mexicano y del Estado de México, al grado de que existe otro criterio que expresa la importancia que tiene la investigación efectiva de violaciones a derechos humanos, en el que se pone de relieve el cumplimiento o no del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado que se trate. Con relación a esto se expone el siguiente criterio (*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; Caso Kawas Fernández vs. Honduras; Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México; Caso Fernández Ortega y otros vs. México*):

Deber de investigación efectiva de violaciones a derechos humanos. El Estado está (...) obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconoci-

dos en la Convención. En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad...

Se trata de que no solamente es un deber para los Estados miembros de la Convención la protección efectiva, sino que además se incluye el de investigación efectiva de violaciones de los derechos humanos. En efecto, no es posible que exista una efectiva tutela de los derechos humanos si previamente no ha existido una efectiva investigación. En el criterio que se expone se incluyen varios aspectos importantes para lo anterior: a) el hecho de que a pesar de la actuación del Estado la violación a los derechos humanos quede impune o cuando se tolere que los particulares actúen impunemente en detrimento de los derechos humanos, en cuyo caso se considera que el Estado habrá incumplido el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción; b) el hecho de que, en determinadas circunstancias, le resulte al Estado difícil investigar los hechos que atenten contra los derechos humanos de las personas, en este caso, el deber de investigación no se considera incumplido, a pesar de que no haya arrojado un resultado satisfactorio; c) no obstante lo anterior, el Estado debe aplicar seriedad y no solamente cumplir con una formalidad establecida jurídicamente pero que *a priori* puede parecer que no dará resultados positivos ni satisfactorios; d) la investigación debe ser asumida por el Estado, tanto como si se tratara de un caso de esa índole, es decir, de Estado, y no como un asunto de particulares en donde la iniciativa de gestión es de la víctima.

En síntesis, una de las condiciones importantes para que se garanticen los derechos fundamentales de las personas es que el Estado cumpla con su deber de investigar.

También, como refuerzo de lo anterior, se tiene el siguiente criterio en el que se establece la oficiosidad en el deber de investigación, ante la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, integridad y libertad de las personas (*Caso González y otras (Campo Algo-*

donero) vs. México; Caso Fernández Ortega y otros vs. México; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia):

Deber de investigación de oficio ante la vulneración de los derechos a la vida, integridad y libertad personales. (...) una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y, desde luego, a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Esa obligación se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido...

El Estado, en su carácter de ente público que dispone de la fuerza, la estructura y la organización adecuadas (y en general de los medios necesarios) tiene la carga de investigar, sin que le sea solicitado, los hechos violatorios de los derechos humanos, con las características de efectividad que ya se han analizado en este apartado. Una de las ideas interesantes que se manifiesta en el criterio transcrito es la de que dicha obligación de investigación de oficio se debe realizar independientemente de quienes sean los sujetos a quienes se les pueda atribuir la violación (particulares o no), ya que si los hechos no fueran investigados con seriedad se considera que son entonces auxiliados por el Estado. Lo anterior le deja aún más responsabilidad al ente estatal, ya no es solamente la carga que tiene de realizar la investigación, efectiva y de oficio, sino que además, en caso de no hacerlo, los organismos internacionales podrían responsabilizarlo, en un extremo, de ser el propio Estado quien haya auxiliado para la realización de esa infracción a los derechos humanos.

Derivado de los casos que se ha presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han producido diversos criterios que vienen a reforzar ese deber de los Estados de procurar por los diversos medios e instrumentos jurídicos, el respeto y salvaguarda de los derechos humanos; así se tiene que han sido varios los criterios derivados de los casos en los que el Estado mexicano ha sido parte. Los más significativos son los siguientes:

1. Integridad personal. Cuando el detenido alega que su confesión se ha obtenido mediante coacción. Deber de investigación. Carga de la prueba para el Estado (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*). En este criterio se resalta que cuando en un proceso una persona argumente que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, el Estado tiene la carga de verificar de inicio la veracidad de tal circunstancia por medio de una investigación con la debida diligencia; en este aspecto, de acuerdo al criterio mencionado, el Estado debe comprobar que la confesión fue voluntaria.
2. Integridad personal. Indicios de tortura en detenidos. Deber de investigación efectiva, imparcial y oficiosa (*Caso Bayarri vs. Argentina; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*). A pesar de que no hubiera existido una denuncia de tratos crueles, inhumanos o degradantes pero que existan indicios de su ocurrencia, el Estado deberá iniciar de oficio e inmediatamente una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y origen de las infracciones, así como identificar a los responsables e iniciar un procesamiento.
3. Deber de investigación de una muerte violenta. Principios rectores (*Caso González y otras Campo Algodonero vs. México; Caso Fernández Ortega y otros vs. México; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*). Frente a una muerte violenta deben observarse —durante su investigación— ciertas reglas que a nivel internacional se han considerado como principios rectores, los cuales son: a) identificación de la víctima; b) recuperación y preservación del material probatorio relacionado con la muerte; c) identificación de posibles testigos y obtención de sus declaraciones; d) determinación de la causa, forma, lugar y momento de la muerte; y e) distinción entre muerte natural, accidental, suicidio y homicidio. Aunado a lo anterior, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos de forma rigurosa por personal competente y capacitado.
4. Prohibición de discriminación. Homicidio de mujeres por razón de género. Inconvencionalidad (*Caso González y otras [Campo Algodonero] vs. México*). En este criterio, la Corte Interamericana ha considerado el caso de los feminicidios en Ciudad Juárez, su intensidad y frecuencia, preocupantes ambos aspectos, aunado a una acentuada cultura de discriminación contra la mujer, para destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes de los entes estatales en cuanto a

la investigación de dichos crímenes, que pareciera que fueron permisivos para la ejecución de los mismos.

5. Violencia contra la mujer. Deber de investigación efectiva y de oficio (*Caso Fernández Ortega y otros vs. México*). Aquí se tiene como criterio que en una investigación penal por violencia sexual es necesario lo siguiente: a) que la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro con privacidad y confianza; b) que la declaración de la víctima se registre de forma que se evite la necesidad de repetirla; c) que se brinde atención médica sanitaria y psicológica a la víctima; d) que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado con el ofrecimiento de que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; e) que se documenten y coordinen los actos de investigación y se maneje de forma diligente la prueba y asegurando otras pruebas del lugar de los hechos y garantizando una correcta cadena de custodia; y f) que se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.
6. Violencia generalizada contra la mujer. Deberes reforzados a cargo del Estado (prevención, sanción y erradicación) (*Campo Algodonero vs. México*). Ya ha sido un criterio reiterado que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres; en el caso de la prevención, dicha estrategia debe ser integral, es decir, a la vez que debe prevenir los factores de riesgo debe también fortalecer a las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva en los casos de violencia contra la mujer. Hay dos momentos claves en los que la prevención debe ser analizada: el primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida.
7. Prohibición de discriminación. Violación sexual de la mujer. Inconvencionalidad (*Caso Fernández Ortega y otros vs. México*). La discriminación incluye la violencia basada en el sexo, en otras palabras, la violencia dirigida contra la mujer por ser mujer o por afectarla en forma desproporcionada; este tipo de violencia es una forma de discriminación que impide que goce de derechos y libertades en igualdad con el hombre. Aquí se considera que la violencia contra la mujer no solamente constituye una violación a los derechos humanos, sino que también es una ofensa a la dignidad humana y una mani-

festación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los dos géneros.

La actividad jurisdiccional de un Estado no se limita solamente a estructurar planes de Estado o políticas públicas (por medio de diversos instrumentos, como la ley o los planes de desarrollo), cuyo objetivo sea el respeto de las normas jurídicas establecidas en su interior, sino que además lo debe hacer en relación con aquellos parámetros jurídicos internacionales (máxime si el Estado en cuestión es suscriptor de la Convención respectiva) de derechos humanos. Se trata de un nivel afinado de actividad estatal en donde lo importante ya no es solamente lo nacional, sino que además es importante lo que a nivel internacional se resuelve, específicamente en los órganos jurisdiccionales, y que derivado de ello se puede moldear la vida interna de un Estado. México, desde luego, no es la excepción, ni ninguno de sus estados federados, por ejemplo, el Estado de México, cuyos órganos (y sus actos) gubernamentales y dependencias de los tres poderes que constituyen el ejercicio del poder público en sus diferentes funciones, deben permanecer acordes con lo establecido, primero en las convenciones y segundo en los criterios derivados de las resoluciones internacionales en los que haya sido parte. Por ello, el impacto de las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la tutela efectiva de esos derechos en el Estado de México, es determinante para la relación existente entre el gobierno y el propio Gobierno.

V. Conclusiones

Primera. La ciencia del derecho no es un cúmulo de conocimientos sin aplicación práctica, o al menos no debe serlo, menos aún tratándose de derechos de carácter fundamental que se encuentran incluidos en un catálogo, nacional e internacional, en que se le denominan derechos humanos; por ello, tiene también como objetivo que las instituciones de gobierno que en el mismo derecho se establecen tengan como objetivo la salvaguarda real y concreta (es decir, efectiva) de los derechos humanos.

Segunda. No basta con que el ente estatal incluya en su estructura gubernamental y en su legislación interna, un catálogo de derechos subjetivos fundamentales y su correspondiente procedimiento para hacerlos efectivos, ya que esa formalidad no es suficiente para que exista una tutela jurisdiccional efectiva de los mismos, sino que es ne-

cesario que el Estado asuma en serio esas reglas sustantivas y adjetivas, así como las indicaciones derivadas de los órganos jurisdiccionales internacionales.

Tercera. Más allá de la obligación que tiene el Estado de proveer en materia de derechos humanos, tiene la de establecer los mecanismos que constituyan una garantía para hacerlos efectivos, lo cual debe verse reflejado en el producto de sus poderes, en el resultado de la actividad de los órganos estatales y sus funciones; tratándose del legislador, éste debe crear normas jurídicas que sean acordes con los principios fundamentales que soportan los derechos humanos y con esos mecanismos garantizadores de su observación y aplicación.

Cuarta. La efectividad en la observación y aplicación de los derechos humanos, es decir, en su tutela por parte del Estado mexicano y de sus entes federados como el Estado de México, deriva no solamente de su codificación interna de derechos fundamentales, sino que proviene también de los diversos criterios derivados de casos resueltos en instancias internacionales que son aplicables al interior, con la finalidad de hacer más efectiva esa tutela de los derechos humanos.

VI. Fuentes citadas

- ALEXY, Robert (2011), “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 91, enero-abril, Madrid.
- ARMIJO, Gilbert (2011), “La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional, ¿mito o realidad?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo.
- CARBONELL, Miguel (2013), “Derechos humanos en la Constitución mexicana”, en Ferrer Mc-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, J., y Steiner Ch.; (Coords.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, UNAM, México.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2002), “La aplicación judicial de los tratados internacionales”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos; memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM-III, Serie Doctrina Jurídica, México.
- Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.
- Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), *Diario Oficial de la Federación* de 5 de febrero.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 a 22 de noviembre; Organización de los Estados Americanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia del 18 de septiembre de 2003.
- _____, Opinión consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982.
- _____, Opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), adoptada y proclamada por la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre.
- Extradición. No excluye al extraditado de disfrutar de las garantías individuales que consagra la constitución política de los estados unidos mexicanos* (2001), Tesis: P. XX/2001 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XIV, Octubre, p. 23. Reg. IUS. 188600.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- FERRER MC-GREGOR POISOT, Eduardo, Caballero Ochoa, J. y Steiner Ch. (coords.) (2013), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*; Tomo I, SCJN, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung; México.
- FIX-FIERRO, Héctor (2000), “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IJ-UNAM, núm. 97, enero-abril, México.

- Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. Sus alcances* (2007), No. de Registro 172759 [J]; novena Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, abril; p. 124.
- GIL RENDÓN, Raymundo (2011), “La tutela efectiva de los derechos humanos en México”, en *Foro Jurídico*, Núm. 91, abril, México.
- KELSEN, Hans (1979), *Compendio de Teoría General del Estado*, trad. Luis Recaséns Siches, 3ª ed., Blume, Barcelona.
- “La tutela judicial efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa”, en *Diálogo jurisprudencial*, núm. 9, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.
- Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto* (2004), Comité de Derechos Humanos, *Observación General núm. 31* (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), 29 de marzo.
- Principio general de igualdad. Su contenido y alcance* (2008), Tesis: 2a. LXXXII/2008 (9a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, junio de 2008, p. 448. Reg. IUS. 169439.
- Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas*; Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.
- Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas* (2012), Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.
- TRIEPEL, Hans (1998), *Droit international et droit interne* (trad. René Brunet), Pédone-París, Universidad de Oxford, citado en Ruiz Miguel, Carlos, *Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos: su ejecución desde la perspectiva del Derecho constitucional comparado y español*, en V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM (Serie G: Estudios Jurídicos), México.

ÍNDICE

Introducción	11
I. México: algunas notas para su definición como Estado constitucional y democrático en el siglo XXI	17
II. Elementos de la dignidad humana como premisa fundamental del Estado constitucional	43
III. El derecho humano a la autodefensa y su valoración en el Estado constitucional	67
IV. El <i>Bullying</i> oculto: la vulneración de los derechos humanos del menor a través del acoso escolar	99
V. El interés superior del menor: directriz insuperable para los juzgadores	135
VI. La violación a derechos humanos de los indígenas, en el caso de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita	171
VII. El impacto de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La tutela efectiva de los derechos humanos en el Estado de México	195
	221

