

Derechos Humanos México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

año 3, número 8, 2008



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M E X I C O

Centro Nacional de Derechos Humanos

Cupón de suscripción

Envíe este cupón con sus datos completos, así como el original de la ficha de depósito a la Subdirección de Distribución y Comercialización de Publicaciones, Oklahoma núm. 133, col. Nápoles, Delegación Benito Juárez, C. P. 03810, México, D. F. Tel.: 56 69 23 88, ext. 6103

Cuota de suscripción por un año (3 números al año): \$180.00
Forma de pago: depósito bancario en Grupo Financiero Banorte, número de cuenta 0175978980

Nombre: _____

Cargo: _____

Institución: _____

Dirección: _____ Colonia: _____

Ciudad: _____ Estado: _____ C. P.: _____

Teléfono: _____ Fax: _____ Correo electrónico: _____

Av. Río Magdalena 108, colonia Tizapán, Delegación Álvaro Obregón, C. P. 01090, México, D. F.
Tel.: 56 16 86 92, Fax: 56 16 86 86, página electrónica: www.cndh.org.mx,
correo electrónico: correo@cndh.org.mx

Derechos *Humanos* Mexico

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

año 3 • número 8 • 2008



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O

Comité Editorial

Enrique Belda Pérez Pedrero (España); José Luis Caballero Ochoa (México); Miguel Carbonell Sánchez (México); Miriam Cárdenas Cantú (México); Víctor Manuel Collí Borges (México); Édgar Corzo Sosa (México); Juan Manuel Charry Urueña (Colombia); Paulette Dieterlen Struck (México); Alejandro Traffon Ortiz (México); Yolanda Gómez Sánchez (España); Rafael Grasa Hernández (España); Consuelo Maqueda Abreu (España); Rafael Márquez Piñero (México); Ana Rosa Martín Minguijón (España); Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri (México); Marcos Francisco Masso Garrote (España); Gonzalo Moctezuma Barragán (México); Julio César Ortiz (Colombia); Serafín Ortiz Ortiz (México); Ricardo Pozas Horcasitas (México); María Elena Rebato Peño (España); Francisco Javier Díaz Revorio (España); José Luis Soberanes Fernández (México)

Reserva al título en Derechos de Autor: 04-2006-051514073300-102;
ISSN: 1870-5448; Año 3, Núm. 8, 2008

Editor responsable:
Víctor M. Martínez Bullé Goyri

Formación tipográfica:
H. R. Astorga

Coordinación editorial:
Eugenio Hurtado Márquez

Diseño de portada:
Éricka Toledo Piñón

Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
col. San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, México, D. F.
Teléfono: 56 81 81 25
Lada sin costo: 01800 715 2000

Centro Nacional
de Derechos Humanos
Av. Río Magdalena núm. 108,
col. Tizapán, Delegación Álvaro Obregón,
C. P. 01090, México, D. F.
Teléfonos: 56 16 86 92 al 95
y del 97 al 99,
Fax: 56 16 86 86
Correo electrónico:
derechoshumanosmexico@cndh.org.mx

Contenido

Artículos

- Un año de vida en una larga historia; la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
Moisés Jaime Bailón Corres 7
- La justicia como virtud social
Luciano Barp Fontana 27
- La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos
Carlos Brokmann Haro 57
- El mandato del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Naturaleza jurídica y funciones
Verónica de la Rosa Jaimes 89
- La vulneración de los derechos humanos de las personas sordas en México
Benito Estrada Aranda 105

Comentarios legislativos

- Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas
Luisa Fernanda Tello Moreno 129
- Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal
Garbiñe Saruwatari Zavala 143
- Ante el umbral de la esperanza. Reflexiones en torno a la reforma penal 2007/08
Gerardo Armando Urosa Ramírez 161
- Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal
Garbiñe Saruwatari Zavala 169

Comentarios jurisprudenciales

- El derecho a la protección de la salud, garantía individual
María Elena Lugo Garfias 191

Comentarios bibliográficos

- Cultural Relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda*, de Ida L. Bostian
Carlos Brokmann Haro 199
- International Human Rights*, de Jack Donnelly
Carlos Brokmann Haro 203
- Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de Salvador Mondragón Reyes
María Elena Lugo Garfias 209
- La Guerra civil española*, de Paul Preston
Moisés Jaime Bailón Corres 213

Comentarios hemerográficos

- “Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia jurídica de los derechos sociales en la experiencia comparada”, de Juan Manuel Acuña
María Elena Lugo Garfias 221

Bibliografía

- Bibliografía sobre derechos fundamentales
Eugenio Hurtado Márquez 225

Nuevas publicaciones

- Mayo-agosto 2008 257

Un año de vida en una larga historia; la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Moisés Jaime Bailón Corres*

RESUMEN: En el año 2006, aunque con algunas dificultades, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó finalmente el proyecto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado después de un estudio que realizó la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías del Consejo Económico y Social de la ONU. Un año después, en 2007, se logró la aprobación de éste por la Asamblea General de la ONU. Pero el camino no fue fácil, el derecho a la identidad cultural tiene una larga historia que tiene sus inicios en las primeras décadas del siglo XX. Fue en 1966 cuando se abre paso a este derecho dejando atrás la concepción individualista de los derechos humanos para dar paso a los derechos colectivos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, lo cual se esclarece aún más en 1978 con la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, que señala que aunque todos los seres humanos somos iguales, tenemos el derecho a ser diferentes sin que esto dé lugar a los prejuicios o la discriminación. Por otro lado, la OIT, en 1989, hace una revisión del Convenio de Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957, creando el primer instrumento vinculatorio sobre la materia en el ámbito internacional. Aunque la Declaración de 2007 no es jurídicamente vinculatoria, sí es un instrumento para la futura interpretación de otros que tengan mayor fuerza jurídica, y sobre todo es un factor con fuerza moral para acelerar la legislación en esta materia.

ABSTRACT: In 2006, after many difficulties, the UN Human Rights Council finally approved the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which was developed after a study made by the United Nations Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, under the authority of the Economic and Social Council. A year later, in 2007 it was successfully approved by the UN General Assembly. But the path was not easy; the right to cultural identity has a very long story that began since the first two decades of the twentieth century. It was in 1966 when the way was paved for this right with the new approach of human rights that included social rights, leaving the individual approach of human rights behind, with the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Cultural Rights, and this became much clearer in 1978 with the Declaration on Race and Racial Prejudice, where it says that even though all human beings are equal, they also have the right to be different and this cannot be used as an excuse to discrimination or prejudices. On the other hand, in 1989 the International Labor Organization made a review on the Indigenous and Tribal Populations Convention of 1957, creating the first legal document that is mandatory on this matter worldwide. Even though this Declaration is not legally mandatory; it is an instrument for the future interpretation of other documents that are juridically stronger, but most of all, it has moral strength and it helps accelerate the process of legislation on this subject.

SUMARIO: Introducción. I. Antecedentes de la Declaración. II. Cultura, derechos individuales y colectivos. III. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. IV. El proyecto de la Declaración. V. El Consejo de Derechos Humanos. VI. Principales contenidos de la Declaración. 1. Derecho a la libre determinación. 2. Derechos culturales. 3. Derechos educativos. 4. Derechos a la organización. 5. Derechos al desarrollo y al trabajo. 6. Derechos a la tierra, al territorio y al medio ambiente sano. VII. Comentarios finales. VIII. Bibliografía.

Introducción

El jueves 13 de septiembre de 2007, en su sexagésimo primer periodo de sesiones, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aunque no todos los 192 países miembros del organismo internacional participaron en la votación, el texto fue aprobado en una sesión histórica con 143 votos a favor, 11 abstenciones y los votos en contra de las representaciones de Canadá, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda.¹

La Declaración está constituida por 46 artículos en los que se marcan los parámetros mínimos para el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, dentro de ellos los relativos a la propiedad de la tierra, el acceso a los recursos naturales de los territorios en los que se asientan, así como el respeto al derecho a la preservación de sus tradiciones y a la autodeterminación.

Con su aprobación se termina una larga etapa de negociaciones al interior de organismos de Naciones Unidas, encaminadas a proporcionar el reconocimiento de derechos para estas colectividades que constituyen un importante sector poblacional en muchas naciones del mundo.

¹ La crítica y el voto en contra de estos cuatro países, a decir de sus representantes, era porque se daban poderes legales y de propiedad a los pueblos indígenas que eran excesivos. "ONU aprueba declaración sobre derechos indígenas", en <http://www.apiavirtual.com/2007/09/15/onu-aprueba-declaracion-sobre-derechos-indigenas/>

Tal reconocimiento sin duda alguna potenciará las capacidades políticas de los pueblos indígenas para que al interior de los países en que viven se realicen reformas legales y se definan políticas públicas encaminadas a establecer una nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas, que proporcionen soluciones a sus demandas de justicia y bienestar social.

I. Antecedentes de la Declaración

La historia de los reclamos de justicia por parte de los pueblos indígenas hacia organismos internacionales es bastante larga. Se inició en 1923 cuando un jefe indio, en representación de las Seis Naciones Iroquesas, acudió a Ginebra, sede de la Sociedad de las Naciones. Al año siguiente haría lo mismo una delegación de maoríes de Nueva Zelanda en reclamo por incumplimiento de un tratado del siglo XIX que les garantizaba sus tierras.² Los primeros pasos serían infructuosos pero el camino se había iniciado.

En 1957 se pudo concretar al interior de una agencia especializada de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), parte de las preocupaciones indígenas. Éstas se plasmaron en el Convenio Núm. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales adoptado el 26 de julio de ese año y luego ratificado por 27 países.³ Sin embargo, el enfoque predominante sobre la problemática indígena de esos tiempos pesó en el documento internacional. Se trata de un convenio en el que predomina una visión paternalista, no se habla de pueblos, sino de poblaciones indígenas, además de que el método para resolver su problemática se sustenta en políticas encaminadas a su integración y a su asimilación al desarrollo occidental, en vez de reconocerle sus derechos a la autonomía y la autodeterminación.⁴

² Mariana Salazar Albornoz y Gustavo Torres Cisneros, "La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, pp. 49-75.

³ "Convenio Internacional del Trabajo (Núm. 107), sobre Poblaciones Indígenas y Tribales", en Susana Talía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, t. 2, pp. 21-33.

⁴ Ello llevaría años más tarde a una revisión de dicho convenio y la adopción de otro, el Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con otras características.

Luego, durante los años sesentas, aparecieron reclamos de diversos sectores sociales de varios países por el derecho al desarrollo, al progreso y a la autodeterminación. En ese decenio existía un contexto de conflictos entre naciones y, al interior de ellas, entre grupos sociales que defendían su derecho a poseer su propia religión, lengua, costumbres y culturas diferentes a la de los grupos mayoritarios; o a las de los grupos que no siendo mayoritarios controlaban el poder estatal.

En los círculos internacionales que debatían el tema de los derechos humanos se inició una discusión que no ha terminado. Una parte de los autores y debatientes argumentaban que esos derechos reclamados no eran derechos humanos en absoluto. Algunos más consideraban que aunque podrían considerarse derechos, estaban en una escala inferior a los llamados derechos de primera generación; es decir, a los derechos políticos y civiles. Otros más discutían sobre la base de que el sentido moderno del término supone derechos del individuo, de la persona en particular y no de los grupos y colectividades, que constituía la base del reclamo por los derechos culturales y de autodeterminación.

Parte de este debate y tensiones sobre el carácter individual o el colectivo de los derechos humanos, o sobre su existencia o no, se expresa en los propios documentos internacionales de Naciones Unidas.

II. Cultura, derechos individuales y colectivos

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos acordada el 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 27, punto 1, que: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten". Y en el punto 2, del mismo artículo, que: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".⁵

En este texto se asume una visión del derecho a la cultura como si ésta fuera un todo armónico de elementos, sin distinguir las diferentes culturas

⁵ "Declaración Universal de Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948", en Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, t. 1, pp. 19-24.

que puedan existir, y el derecho a esa diferencia, pero para individuos concretos y particulares.

Quizás por esa visión individualista de los derechos, en los años sesentas se establecieron, en dos convenciones muy importantes, aspectos que reflejan el debate que venimos comentando.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, señala también en su artículo 27 que en los Estados en que existan minorías étnicas no se les negará a sus miembros el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar su propia religión y a emplear su propio idioma.⁶ Este párrafo marca, sin duda alguna, el principio del paso de la concepción de los derechos culturales como derechos individuales, a derechos de colectividades.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la misma fecha que el anterior, se dispone en su artículo 1o. que: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".⁷ También establece que los Estados partes en el mismo reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Entre las medidas que los Estados partes del mencionado Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.⁸

El documento en que aparece con mayor claridad una concepción más diversa y plural del derecho a la identidad cultural es la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, del 25 de noviembre de 1978, que establece en su artículo 1o. que todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen; nacen iguales en dignidad y derechos, y

⁶ "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre 16 de 1966", en S. T. Pedroza de la Llave y O. García Huante, comps., *op. cit.*, t. 1, pp. 251-275.

⁷ "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966", en S. T. Pedroza de la Llave y O. García Huante, comps., *op. cit.*, t 1, pp. 337-350.

⁸ *Idem.*

todos forman parte integrante de la humanidad. De igual forma, todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales.⁹

Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar, ni de derecho ni de hecho, ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de *apartheid* que constituye la forma extrema del racismo.¹⁰

La identidad de origen, menciona el documento que venimos citando, no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural.¹¹

De esa manera se asumen dos principios: 1. El de que todos los pueblos del mundo están dotados de las mismas facultades que les permiten alcanzar la plenitud del desarrollo intelectual, técnico, social, económico, cultural y político. 2. El de que las diferencias entre las realizaciones de los diversos pueblos se explican enteramente por factores geográficos, históricos, políticos, económicos, sociales y culturales. No pueden, en ningún caso, servir de pretexto a cualquier clasificación jerarquizada de las naciones y los pueblos.¹²

Por otra parte, el artículo 5.1 dice que:

La cultura, obra de todos los seres humanos y patrimonio común de la humanidad, y la educación, en el sentido más amplio de la palabra, proporcionan a los hombres y a las mujeres medios cada vez más eficaces de adaptación, que no sólo les permiten afirmar que nacen iguales en dignidad y derechos, sino también reconocer que deben respetar el derecho de todos los grupos humanos a la identidad cultural y al desarrollo de su propia vida cultural en el marco nacional e internacional, en la inteligencia de que corresponde a cada grupo el decidir con toda libertad si desea mantener y, llegado el caso, adaptar o enriquecer los valores que considere esenciales para su identidad.¹³

⁹ "Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales. Noviembre 25 de 1978", en S. T. Pedroza de la Llave y O. García Huante, comps., *op. cit.*, t. 1, pp. 143-151.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

El punto 2 del artículo 9 dice que deben tomarse medidas especiales para garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos, especialmente a los grupos raciales o étnicos, social y económicamente menos favorecidos, a fin de garantizarles, sin discriminación ni restricciones, dentro de otros derechos, el del respeto a la autenticidad de su cultura y de sus valores.¹⁴

Pero el concepto pueblo es uno de los que más problemas ha dado en los documentos internacionales y cuya falta de definición impidió durante varias décadas que se reconocieran los derechos de los pueblos indígenas.

Nos dice Rodolfo Stavenhagen que hay quienes conciben el concepto pueblo como una categoría sociológica, semejante al de "nación", grupo étnico, etnia, minoría, referido éste a grupos humanos que componen identidades étnicas y culturales como la lengua, la religión, costumbres, etcétera. Otros más insisten en una visión política y legal del concepto "pueblo", referido al conjunto de habitantes de un territorio o un Estado, sin tomar en cuenta sus elementos étnicos y culturales. En la práctica, la ONU se ha inclinado por esta última interpretación, mientras los movimientos indígenas, como el zapatista, grupos étnicos y nacionales minoritarios, afirman que les corresponde a ellos como grupo el decidir si son o no "pueblos" y si desean o no ejercer su derecho a la libre determinación.¹⁵

En los artículos primero de las dos convenciones internacionales: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁶ se establece que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. Se habla en ellos de pueblos en el sentido político que se le da en el derecho internacional: equiparables a colectividades que pueden constituir Estados, sin distinguir sus particularidades culturales, étnicas, etcétera.

Al no existir una definición precisa del concepto pueblo o pueblos en los instrumentos internacionales y ante el reclamo de estas colectividades existentes al interior de muchos estados territoriales por tener reconocidos sus derechos culturales, durante varios años se dio una discusión teórica y jurídica en torno al alcance del concepto "pueblo" y el de autonomía o autodeterminación de los pueblos indígenas.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Rodolfo Stavenhagen, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, p. 52.

¹⁶ "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en S. T. Pedroza de la Llave y O. García Huante, comps., *op. cit.*, t. 1, pp. 251-275 y 337-350.

III. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El 27 de junio de 1989, en el contexto de esta preocupación internacional, del seno de la OIT surge una nueva convención, que revisara el convenio de 1957, para buscar superar los conceptos paternalistas y asimilacionistas del mismo. El Convenio (Núm. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con nuevos contenidos, se convirtió en el único instrumento internacional con carácter vinculatorio con relación a derechos de los pueblos indígenas. Ya no se habla de poblaciones indígenas sino de pueblos, aunque se acota su significado. Sin embargo, al tratarse de un convenio ratificado en sólo 17 Estados, sus alcances están limitados. Además, por tratarse de una convención surgida en el seno de la OIT, el instrumento no es ni pretendió ser uno que abordara de manera global toda la problemática de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Es de resaltar, sin embargo, que en ese documento se establece el derecho de los pueblos indígenas a vivir y desarrollarse como comunidades distintas y a ser respetados, estableciendo obligaciones para los Estados en materia de la integridad cultural de aquéllos, sus derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales, formas propias de organización, aspectos de no discriminación, la búsqueda de su participación y consulta en las decisiones de políticas públicas que los afecten y el derecho al desarrollo económico y social.¹⁷

Sin duda alguna, los contenidos del Convenio 169 sirvieron para las luchas de los pueblos indígenas en varias partes del mundo que se amparaban en ellos para hacer reclamos a sus Estados. También influyeron en el proceso que permitió llegar a una Declaración como la de 2007, que es extensiva a todos los países integrantes de las Naciones Unidas y ya no sólo a los países miembros de la OIT que ratificaron aquella convención.

IV. El proyecto de la Declaración

El antecedente más directo de la Declaración sobre pueblos indígenas proviene de 1970 cuando la Subcomisión para la Prevención de Discrimina-

¹⁷ M. Salazar Albornoz y G. Torres Cisneros, *op. cit.* Para mayor detalle se puede consultar: Leyla Jiménez, "La OIT, el Convenio 169 y los derechos de los pueblos indígenas en México", en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, pp. 77-93.

ciones y Protección de Minorías del Consejo Económico y Social de la ONU¹⁸ recomendó un estudio sobre la problemática de la discriminación hacia poblaciones indígenas, cuyos resultados fueron presentados a la misma de 1981 a 1984.

El estudio presentado por el ecuatoriano José R. Martínez Cobos, nombrado relator para el mismo, avivaría el interés internacional por la problemática indígena, por lo que se formaría un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que desde 1982 se estuvo reuniendo en Ginebra.¹⁹ Su principal resultado fue un Proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas terminado en 1993. El proyecto contenía disposiciones en las que se afirmaba que los pueblos indios son iguales a los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos; además de reconocerse el derecho de todos los demás pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. Al mismo tiempo se incorporaban aspectos que tienen que ver con su libre determinación y con la autonomía relacionada con el control de sus territorios y recursos y a disfrutar sus formas de vida, organización y cultura.²⁰

La Subcomisión adoptó el proyecto de Declaración sin modificaciones en 1994 y fue enviado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para su consideración. Al año siguiente la Comisión integró un Grupo de Trabajo intergubernamental con la participación de representantes indígenas, que se encargaría de elaborar un proyecto definitivo tomando como base el documento de la Subcomisión. Se pensaba que fuera adoptada dentro del marco del Primer Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas.²¹

El contenido que se daría al concepto “pueblo” y al de libre determinación, la cuestión del tema de las tierras y territorios de los pueblos indígenas, conceptos centrales en la propuesta de Declaración, así como el asunto de los derechos colectivos, fueron parte de los obstáculos que impidió los consensos necesarios para su aprobación en ese periodo, por la reticencia de los representantes de algunos de los gobiernos.

¹⁸ A partir de 1999 esta instancia se denominaría Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

¹⁹ M. Salazar Albornoz y G. Torres Cisneros, *op. cit.*, pp. 49-75.

²⁰ ONU, *Proyecto de Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas*. 1994. [http: www.inkarri.net/indio/ddhh/declar.htm](http://www.inkarri.net/indio/ddhh/declar.htm)

²¹ M. Salazar Albornoz y G. Torres Cisneros, *op. cit.*, pp. 49-75.

V. El Consejo de Derechos Humanos

El 29 de junio del 2006, luego de más de 20 años de esfuerzos, el Consejo de Derechos Humanos, creado en ese mismo año y encabezado por el embajador mexicano Luis Alfonso de Alba, adoptó el proyecto de Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su primer periodo de sesiones.²² La Resolución fue adoptada con 30 votos a favor, los votos en contra de Canadá y la Federación Rusa y 12 abstenciones.²³ Una vez aprobada en el Consejo sería sometida a la Asamblea General. Pero las cosas no eran tan fáciles y directas.²⁴

Una primera dificultad que surgió ese año fue que el Consejo de Derechos Humanos era un organismo nuevo en el sistema de la ONU, por lo que no había claridad de hacia dónde iría el informe del primer periodo de sesiones del Consejo para que llegara a la Asamblea General. Dicho informe tenía dos anexos, la Convención sobre las Desapariciones Forzadas y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fueron los dos instrumentos internacionales aprobados por el Consejo.²⁵

A nivel de la Asamblea General de la ONU existe una instancia que se llama Comité General, que es quien decide qué informes van directo a la Asamblea General y cuáles van a uno de los Comités previos de discusión de los temas antes de ir al pleno de la Asamblea General.²⁶ Esta falta de claridad procedimental planteaba dos situaciones:

Primero, que el informe del Consejo fuera directo a la Asamblea General. En este caso lo más probable es que se llamara a la adopción de la Declaración en consenso y si no hubiera consenso se llamaría a la votación. Segundo, que el informe del Consejo fuera al Tercer Comité y luego a la Asamblea General.

²² La propuesta fue presentada por Perú y copatrocinada por: Armenia, Benin, Chipre, Congo, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Estonia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Lesotho, México, Nicaragua, Noruega, Panamá, Perú, Portugal y Venezuela.

²³ Argelia, Argentina, Bahrein, Bangladesh, Ghana, Jordania, Marruecos, Nigeria, Filipinas, Senegal, Túnez y Ucrania.

²⁴ M. Salazar Albornoz y G. Torres Cisneros, *op. cit.*, pp. 49-75.

²⁵ Héctor Huertas González, Kuna de Panamá, y José Carlos Morales, Brunca de Costa Rica, "Informe sobre el proceso de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Asamblea General de la ONU en Nueva York", Nueva York, 18 de octubre de 2006, en <http://www.servindi.org/archivo/2006/1202>

²⁶ *Idem.*

El Tercer Comité es una instancia de filtro de los Estados miembros de la ONU que discute previamente los asuntos que van a la Asamblea General. Si va al Tercer Comité se puede ir a una votación para que el informe vaya a la Asamblea General. Esta última opción planteaba la dificultad de que el Tercer Comité pudiera aprobar que la Declaración no fuera al pleno de la Asamblea General.

Muchos representantes de los Estados, así como las delegaciones indígenas, eran optimistas y pensaban que la Declaración sería aprobada en la sesión de la Asamblea General de ese año.

Para octubre de 2006 el Comité General no había decidido a dónde iría la Declaración, pero la tendencia era que se remitiría al Tercer Comité, ya que en esos días abordaría temas afines como lo era el informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen.

Mientras los Estados de la Unión Europea, México y Grecia plantearon su apoyo a la adopción de la Declaración, otros como Nueva Zelanda, en nombre de Estados Unidos, y Australia plantearon sus posiciones en contra. En la región de Latinoamérica, Argentina mostró sus inquietudes respecto de las Malvinas y Colombia se mostró en contra de que la Declaración fuera adoptada por la Asamblea en ese periodo.

En términos generales, la Unión Europea, y el Grupo de Latinoamérica, con excepción de Argentina y Colombia, apoyaban la Declaración. La idea de las delegaciones indígenas que seguían los acontecimientos era que se debería cabildear y presionar más a los representantes de los países del Caribe, así como trabajar con los de África y Asia. En la región latinoamericana era importante presionar a Colombia y Argentina para que apoyaran su adopción.²⁷

Sin embargo 2006 no sería el año de la Declaración. A finales del año, el 23 de diciembre, un país africano, Namibia, en acuerdo con el resto de naciones de su región, logró aplazar la decisión de la Asamblea General de la ONU respecto de la aprobación o rechazo del texto que comentamos. Entre sus argumentos estaba algo inaceptable en términos del derecho internacional, esto es, que la declaración entraba en contradicción con las normas constitucionales internas de varios de esos países. Cabe aclarar que

²⁷ *Idem.*

La Declaración es un instrumento normativo, no vinculante, y como tal no exigía cumplimiento constitucional.²⁸

Finalmente, las cosas se resolvieron hasta el periodo siguiente de sesiones. Los esfuerzos de concertación del grupo de representantes gubernamentales conocidos como los copatrocinadores de la propuesta, Guatemala, México y Perú, rindieron sus frutos al lograr que con nueve enmiendas al texto de 2006 los representantes africanos lo suscribieran. Dentro de ellas destaca la incorporada al artículo 46, aprobado en junio de 2006, que decía: "Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas". A este artículo se le agregó el siguiente texto complementario: "o se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes".²⁹

Como mencionamos al principio de este ensayo, finalmente el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobado el 13 de septiembre de 2007.

VI. Principales contenidos de la Declaración³⁰

1. Derecho a la libre determinación

La Declaración establece que los indígenas, ya sea como pueblos o como personas individuales, tiene derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades reconocidas por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional en esta materia. Asimismo, que son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen el derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena de conformidad con sus tradiciones y costumbres y a no ser obje-

²⁸ Magdalena Gómez, "La hora indígena de la ONU", en *La Jornada*, México, martes 11 de septiembre de 2007.

²⁹ *Idem*.

³⁰ En este apartado realizamos una síntesis no extensiva de los principales contenidos de los 46 artículos de la Declaración. ONU, "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007", en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>

to de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que se sustenten en su origen o identidad indígena.³¹

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas les permite determinar libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural. Al mismo tiempo, en ejercicio de esa libre determinación tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. Por eso tienen también derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, conservando su derecho a participar plenamente, si ése es su deseo, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

La Declaración establece que toda persona indígena tiene derecho a la vida, la integridad física y mental, a la libertad, a la seguridad de la persona, a una nacionalidad. Los pueblos indígenas tienen a su vez el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos. Por tanto no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni de violencia, ni al traslado forzado de los niños indígenas del grupo a otro grupo. Por ello, tanto las personas como los pueblos indígenas, no deben sufrir la asimilación forzada ni la destrucción de su cultura. Tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, así como a no ser desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, sin su consentimiento, sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y sin la opción del regreso siempre que éste sea posible.

Por ello, los Estados deberán establecer mecanismos que prevengan lo anterior, así como instaurar medidas de resarcimiento para toda acción que prive a los pueblos y personas indígenas de su integridad como pueblos distintos, de sus valores culturales o de su identidad étnica, de sus tierras, territorios o recursos, así como del traslado forzado de población que viole o menoscabe cualquiera de sus derechos; la asimilación o integración forzada, y la propaganda encaminada a promover o incitar a la discriminación racial o étnica.

2. Derechos culturales

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, a determinar su propia identidad o pertenencia

³¹ ONU, "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007", en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>

conforme a sus costumbres y tradiciones. Asimismo, a fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas. Asimismo, a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales, sus ciencias, tecnologías y culturas, y a mantener, proteger y desarrollar su propiedad intelectual sobre dicho patrimonio.

Ello incluye mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de las mismas, así como a los lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y audiovisuales. También manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; mantener y proteger y acceder privadamente a sus lugares religiosos y culturales; a utilizar y vigilar sus objetos de culto y a obtener la repatriación de sus restos humanos, a mantener sus prácticas de salud y medicinas tradicionales, incluida la conservación de plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico.

Para ello, los Estados deberán establecer mecanismos eficaces, junto con los pueblos indígenas, para la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. Asimismo, procurarán facilitar el acceso y/o repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean. Y de la misma manera, asegurarán que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas proporcionando servicios de intérpretes y otros medios adecuados.

3. Derechos educativos

En cuanto a la educación, la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. Las personas indígenas, particularmente los niños, tienen el derecho de acceder a todos los niveles y formas de educación sin discriminación. Los Estados deberán adoptar, de manera conjunta con los pueblos indígenas, medidas para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación, promover la tolerancia, la comprensión y la buena relación entre éstos y los demás sectores de la sociedad, además de procurar que la educación se imparta en su propia cultura y lenguas. Por

ello, la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones deberán reflejarse debidamente en la educación y medios de información públicos. Asimismo, tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propias lenguas, así como acceder a los otros sin discriminación, y el Estado tiene la obligación de que los medios públicos reflejen la diversidad cultural indígena, así como a alentarlos en los medios de comunicación privados, sin perjuicio de la libertad de expresión.

4. Derechos a la organización

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la toma de decisiones que los afectan, por medio de representantes elegidos a través de sus propios procedimientos. De la misma manera, a mantener y desarrollar sus propios procedimientos de toma de decisiones, sus sistemas e instituciones políticas, económicas y sociales, sus costumbres y sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, a la reparación justa si son desposeídos de éstos, y a dedicarse libremente a sus actividades económicas tradicionales y de todo tipo. Los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar medidas legislativas y administrativas que los afecten.

5. Derechos al desarrollo y al trabajo

Los pueblos indígenas tienen derecho al desarrollo, a participar en la determinación de las prioridades en este campo y, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, incluyendo dentro de éstas a la educación, empleo, capacitación y adiestramiento, vivienda, salud, seguridad social, dando atención particular a mujeres y niños, a los que se protegerá contra formas de violencia y discriminación, a los ancianos e indígenas con discapacidades.

De la misma manera, las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos laborales establecidos en el orden internacional y nacional aplicable, y a no ser sujetos de discriminaciones de trabajo, empleo o salario. Los Estados deberán tomar medidas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra trabajos que puedan ser peligrosos para su salud y desarrollo pleno o interferir en la educación del niño.

6. *Derechos a la tierra, al territorio y al medio ambiente sano*

Los pueblos indígenas tienen derecho poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o de otra forma utilizado o adquirido, así como a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con los mismos, a asumir las responsabilidades que les incumben con las generaciones futuras, así como a la conservación y protección del medio ambiente y la capacidad productiva de los mismos. También tienen derecho a la reparación por medios justos de las tierras, territorios y recursos de que hayan sido privados sin su consentimiento libre e informado, la cual podrá ser de tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o de manera monetaria u otra. Podrán también determinar las prioridades de desarrollo de tales tierras, territorios y recursos.

Los Estados deberán dar reconocimiento jurídico y protección a aquéllas, así como respetar las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra. Asimismo, deberán garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, ni se desarrollen actividades militares a menos que lo justifique una razón de interés público o que se haya acordado libremente con ellos o a su solicitud.

VII. Comentarios finales

Primero. La Declaración, no obstante que no tiene una definición de lo que se entiende por pueblos indígenas, ésta ya existe en otro instrumento internacional, éste sí de carácter jurídicamente vinculante: el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, que fue aprobada por este órgano en junio de 1989 y que era el único instrumento internacional hasta el año pasado con que contaban los pueblos indígenas para luchar por mejores condiciones en sus países. En este documento se establece que el convenio se aplica, además de los pueblos tribales en países independientes, a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales

y políticas, o parte de ellas.³² En ese mismo documento se señala que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse como el criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del convenio y de que la utilización del concepto “pueblo” no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.³³

Segundo. La Declaración es un instrumento conocido en el ámbito internacional como *soft law*. Es decir, no se trata de un documento jurídicamente vinculante, sino más bien una declaración de principios en los que se establecen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas, que se convierte en una gran fuerza moral para avanzar en la materia.

Tercero. Aunque no se trata de un instrumento vinculante en su totalidad, parte de la Declaración sí tendrá ese carácter al convertirse en herramienta de interpretación de otros instrumentos jurídicamente vinculantes y les dará significado, contribuyendo a su desarrollo progresivo.

En cuarto lugar, la Declaración debe ser utilizada para acelerar los marcos jurídicos de protección que tienen los Estados con relación a los pueblos indígenas y de cambiar la visión que varios Estados y su personal tienen actualmente de los ellos.

En quinto lugar, la Declaración introduce abiertamente el concepto de derechos colectivos de los pueblos indígenas, tema que generó polémica durante varios años de discusión, buscando armonizarlos con los derechos individuales.

En sexto lugar, sin lugar a dudas la Declaración se convierte en una herramienta de lucha muy poderosa para los reclamos de los pueblos indígenas por modificaciones legales y el establecimiento de políticas públicas en sus respectivos países. Se convierte en un punto de vista obligado para todos los Estados en los que existen pueblos indígenas que puede permitir que éstos puedan lograr establecer una nueva relación, de respeto a sus formas de organización interna, a su identidad y al derecho al desarrollo.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es resultado de una larga lucha. Su expedición es muy importante si recordamos que en el mundo existen cerca de cinco mil pueblos

³² “Convenio (Núm. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, en S. T. Pedroza de la Llave y O. García Huante, comps., *op. cit.*, t. 2, 2003, pp. 35-52.

³³ *Idem*.

indígenas y una población indígena cercana a 370 millones de personas. Sólo en América Latina se contabilizan 400 pueblos y 40 millones de personas indígenas, de las que casi la cuarta parte son mexicanas.

VIII. Bibliografía

- “Convenio Internacional del Trabajo (Núm. 107) sobre Poblaciones Indígenas y Tribales”, en Susana Talía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México (1921-2003)*, t. 2, México, CNDH, 2003, pp. 21-33.
- “Convenio (Núm. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, en Susana Talía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, t. 2, México, CNDH, 2003, pp. 35-52.
- “Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales. Noviembre 25 de 1978”, en Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, t. 1, México, CNDH, 2003, pp. 143-151.
- “Declaración Universal de Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948”, en Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, t. 1, México, CNDH, 1998, pp. 19-24.
- Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2006.
- GÓMEZ, Magdalena, “La hora indígena de la ONU”, en *La Jornada*, México, martes 11 de septiembre de 2007.
- HUERTAS GONZÁLEZ, Héctor, Kuna de Panamá, y José Carlos Morales, Brunca de Costa Rica, “Informe sobre el proceso de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Asamblea General de la ONU en Nueva York”, Nueva York, 18 de octubre de 2006, en <http://www.servindi.org/archivo/2006/1202>
- JIMÉNEZ, Leyla, “La OIT, el Convenio 169 y los derechos de los pueblos indígenas en México”, en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2006, pp. 77-93.

- "ONU aprueba declaración sobre derechos indígenas", en <http://www.apiavirtual.com/2007/09/15/onu-aprueba-declaracion-sobre-derechos-indigenas/>
- ONU, "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007", en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>
- ONU, "Proyecto de Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. 1994", en <http://www.inkarri.net/indio/ddhh/declar.htm>
- "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre 16 de 1966", en Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, t. 1, México, CNDH, 2003, pp. 251-275.
- "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966", en Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, t. 1, México, CNDH, 2003, pp. 337-350.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, CNDH, 2003, 2 tt.
- SALAZAR ALBORNOZ, Mariana y Gustavo Torres Cisneros, "La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2006, pp. 49-75.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*. México, CNDH, 2000.

La justicia como virtud social

Luciano Barp Fontana*

RESUMEN: La justicia es el eje de la filosofía de los derechos humanos, por ser la virtud que orienta las demás virtudes humanas hacia el bien común y no hacia el individuo, y porque la justicia implica una igualdad. La definición de justicia se vuelve importante para la promoción de los derechos humanos; el mismo concepto de sujeto de derecho identificado con el concepto de persona humana es importante para orientar los esfuerzos hechos en esta materia. La justicia social es un concepto importante, ya que la justicia debe por definición ser un hábito, no sólo del individuo, sino de la colectividad, para alcanzar el verdadero bien común y la armonía, que se destruye con el individualismo. La justicia social se define a través de los principios de dignidad humana, del bien común, de la solidaridad, la subsidiaridad, el destino universal de los bienes y el valor del trabajo humano, y su finalidad es inclinar al hombre a crear ciertas condiciones necesarias para su propia realización y la de los demás.

ABSTRACT: Justice is the center of the human right's philosophy, because it is the virtue that directs every other human virtue toward the common good and not towards the individual, and also because justice entails certain equality. The definition of justice turns into something important when it comes to the promotion of human rights, the concept of right itself when identified with the idea of human being is important for the orientation of every effort ever made on this matter. Social justice is also an important concept, as justice is supposed to be a habit, not just for the individual, but for the whole community, in order to truly achieve the common good and harmony, which is destroyed by individualism. Social justice is defined through the principles of human dignity, common good, solidarity, subsidiarity, universal destiny of things and goods and human labor value, and it's purpose is to lead men to create certain conditions that are necessary for his own fulfillment and also of all the others.

* Investigador de la Universidad La Salle.

SUMARIO: Introducción. I. Preámbulo a la noción de justicia: derecho, deber y virtud. 1. Derecho. 2. Deber. 3. Virtud. 4. Justicia. II. División de la justicia. III. Principios para una definición de justicia social. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Introducción

Este artículo acerca de la virtud de la justicia quiere ser una colaboración en la difusión de las tesis fundamentales de la filosofía de los derechos humanos (*iura humana*) que hemos heredado del pensamiento novohispano y que siguen vigentes en la cultura de nuestros días.

Partiremos de santo Tomás de Aquino (1225-1274), quien expuso el tema de la justicia en su tratado *De iustitia et iure* en la II-II de la Suma Teológica. Dividió su análisis en cuatro apartados: I) la justicia en sí misma (q. 57-60); II) las partes subjetivas e integrales de la justicia (q. 61-79); III) las partes potenciales de la justicia (q. 80-120), y IV) los preceptos de la justicia (q. 122).

Para ello, santo Tomás se apoyó en las obras de Aristóteles, Cicerón, san Agustín y la Patrística. Además, se fundamentó en el Decreto de Graciano (*Corpus iuris canonici*, recopilado en el año 1140 por el monje camaldulense Graciano) y en las cuatro partes del *Corpus iuris civilis* (Instituciones, Digesto, Código Justiniano y Novelas posteriores a Justiniano).

Asimismo, los escritos de santo Tomás sirvieron de base hasta nuestros días para innumerables comentarios y tratados sobre la justicia, entre los cuales destacan las investigaciones de la Escuela Española del Siglo de Oro, con figuras como Domingo Bañez, Domingo Soto, Francisco Suárez y Bartolomé de Medina, entre otros, quienes influyeron profundamente en la evolución del pensamiento novohispano.

I. Preámbulo a la noción de justicia: derecho, deber y virtud

El tema de la justicia requiere la aclaración de algunas nociones previas. Escribe santo Tomás: "Isidoro de Sevilla en su obra titulada *Etimologías* dice que el derecho ha sido llamado así porque es lo justo. Ahora bien, lo justo es objeto de la justicia; pues Aristóteles dice que todos deciden llamar justicia a semejante virtud mediante la cual se realizan cosas justas. Luego el derecho es objeto de la justicia" (S. Tomás: *S. Theol.*, II-II, q. 57. a. 1).

Enseguida expondremos las ideas de derecho, de deber y de virtud en general.

1. Derecho¹

En el orden de nuestra conducta, es derecho el camino que nos lleva a nuestra realización. Justo y derecho es el hombre que camina según la ley natural. Objetivamente, derecho es el conjunto de las leyes naturales y positivas que dirigen al hombre hacia su propia realización. Subjetivamente, derecho (*ius*) es el poder² moral inviolable que la persona posee de orientar sus actos hacia su realización siguiendo el camino de la ley.

Sujeto del derecho. Sujeto exclusivo del derecho es la persona humana, es decir, una criatura que ha nacido corporalmente, dotada de los dones de la inteligencia y del querer reflexivo, para su realización integral. Por su *inteligencia* el hombre puede conocerse a sí mismo, al mundo y a lo trascendente. En lo íntimo de su conciencia (que es el juicio moral para la acción) el ser humano percibe las vibraciones de una ley natural que lo impulsa a hacer el bien y a evitar el mal.³ Además, por su inteligencia el hombre es capaz de conocer las diversas opciones que se le presentan.⁴ Por medio de su *voluntad* (la cual es buena cuando está bien iluminada por la inteligencia) el hombre es capaz de un proceso de deliberación. Por la *libertad* fundada en la verdadera y buena voluntad, el hombre se entrega a la opción elegida entre muchas. De esta manera, somos criaturas creadoras de nuestra propia historia personal.

Objeto del derecho. El derecho del hombre puede versar sobre todos los seres infrahumanos en sí y en cuanto a sus actividades, ya que todo el cosmos está destinado a la criatura humana (*ius proprietatis*). El derecho

¹ La palabra derecho deriva del término latino *directum*, que significa rectamente dirigido. Indica todo aquello que brota directamente del sujeto. Ahora bien, de la naturaleza humana común brotan directamente los derechos humanos naturales universales, que nos permiten afirmar que todos valemos lo mismo, por ser criaturas corpóreas dotadas del poder de entender y autodeterminarnos.

² La palabra poder (así como facultad) indica que el derecho está en el sujeto también cuando no se ejerce. Asimismo, la palabra moral indica que no es un poder físico aquello que el sujeto recibe (por ejemplo, cuando adquiero el poder de votar).

³ Moralmente bueno es aquello que es idóneo para la realización de la naturaleza humana según el modelo original de ser humano, que se encuentra en la mente de su Hacedor. Moralmente malo es aquello que no es idóneo para ello.

⁴ La privación actual de la razón (que nunca se puede considerar como definitiva) no quita al hombre sus derechos, sino solamente el uso de los mismos.

del hombre puede versar también sobre sus semejantes, pero sólo en cuanto a las actividades; nunca sobre las personas mismas, precisamente por ser personas.

Fundamento del derecho. Siendo un poder moral, el derecho se fundamenta en una ley que determina los límites dentro los cuales el hombre puede ejercitar libremente su actividad, empleando los medios necesarios y útiles para su propia realización. Más adelante desarrollaremos el tema de la ley natural como fundamento último del derecho y de la justicia. La ley (natural y positiva) se fundamenta, a su vez, en la ley eterna que consiste en el plan que se encuentra en la mente del Hacedor, en la cual preexiste el modelo original de la naturaleza humana y de las demás criaturas que integran el cosmos.

División del derecho. Según su derivación de la ley natural tenemos el derecho natural, que resulta directamente de la naturaleza humana en sí (el derecho natural es común a todos los hombres) y el derecho positivo, que comprende las leyes puestas por el legislador humano para regular las relaciones entre los miembros de la comunidad. Según su objeto inmediato tenemos derechos reales, que confieren un poder sobre una cosa (*ius in re*), y derechos personales, que confieren un poder sobre una persona que debe ceder alguna cosa (*ius ad rem*). Según su origen tenemos derechos innatos, que existen en la persona por el simple hecho de ser persona; si resultan de un hecho contingente (necesario o libre) tenemos derechos adquiridos. Según su transmisibilidad tenemos derechos alienables e inalienables, según puedan ser transferidos a otra persona o no. Según la obligación tenemos derechos estrictos, que se fundan en la virtud de la justicia (su cumplimiento se puede exigir ante la ley) y derechos no estrictos, que se fundan en la benevolencia (su cumplimiento no se puede exigir ante la ley).

2. Deber

En sentido abstracto, deber es el acto que hay que ejecutar u omitir en virtud de una obligación moral. En sentido concreto, deber es el vínculo moral que obliga al hombre a hacer u omitir un acto para guardar el orden debido. En sentido jurídico, deber es la obligación moral de ejecutar u omitir un acto de acuerdo con lo exigido por el orden de las relaciones sociales. Los deberes jurídicos corresponden a un derecho estricto o de justicia. Los deberes no jurídicos corresponden a un derecho fundado en la benevolencia, compasión o gratitud.

Fundamento de los deberes. Los deberes se fundan en el orden de las relaciones sociales naturales, que pueden ser indispensables o útiles. Las *indispensables* existen para la subsistencia y el desarrollo de los miembros de la sociedad. En ellas se fundan los deberes jurídicos de justicia, que tienen como finalidad la tranquilidad del orden. Además, existen relaciones *útiles* al bienestar de la sociedad. En ellas se fundan los deberes no jurídicos de humanidad y de benevolencia, sin los cuales no hay vida social sólida y duradera.

Si el sentido del deber fuese solamente una forma subjetiva de nuestra razón, no podría tener vigor obligatorio y se iría diversificando según las veleidades de cada individuo, perdiendo las características de universalidad y de inmutabilidad que son esenciales para la comunicación humana.

Ahora bien, para construir y conservar el orden social en todas sus relaciones, la naturaleza humana está dotada del patrimonio de las virtudes.

3. Virtud

Para una conducta moral estable no basta que nuestros actos humanos resulten a veces buenos y a veces no. Hay que adquirir y cultivar aquellos hábitos buenos denominados virtudes. La palabra virtud deriva del latín *vis*, que significa fuerza. Las virtudes son pues fuerzas inmateriales que disponen la inteligencia y la voluntad para planear y realizar una vida ordenada. Los hábitos que nos disponen al mal son los vicios.

División de la virtud. Consta que nuestras facultades vegetativas, sensitivas y locomotivas no requieren de hábitos, ya que están inclinadas instintiva y espontáneamente a sus propios actos por su naturaleza misma, según las leyes físico-químicas, biológicas, sensitivas e instintivas. En cambio, las potencias espirituales⁵ requieren de hábitos del entendimiento⁶ y de la voluntad,⁷ para alcanzar sus propios objetivos.

⁵ Espíritu es un término colectivo que comprende el poder inmaterial de la inteligencia y de la voluntad. Ser espiritual equivale a ser personal.

⁶ La inteligencia humana es una facultad espiritual e inorgánica que desmaterializa las representaciones sensibles materiales para elaborar representaciones intelectuales inmateriales de la realidad. El acto intelectual se desarrolla en tres etapas: la abstracción de las ideas inmateriales, partiendo de las representaciones sensibles materiales; la elaboración de juicios, que consisten en la afirmación de una idea respecto de otra idea, y la ilación, que consiste en concluir juicios nuevos partiendo de juicios ya afirmados.

⁷ La voluntad es una facultad espiritual e inorgánica que tiende hacia un objetivo que la inteligencia nos presenta como bueno para nuestra realización personal, que alcanzaremos ajustándonos y reajustándonos al paradigma original de ser humano, que existe prime-

Dividimos las virtudes en intelectuales y morales. Las *intelectuales* (ciencia, inteligencia, sabiduría, arte o técnica) vigorizan el entendimiento. *La ciencia* nos habilita para dar las razones de aquello que afirmamos. *La inteligencia* nos habilita para aclarar aquello que estamos investigando. *La sabiduría* nos habilita para profundizar lo conocido y lo demostrado. *El arte* nos habilita para aplicar la razón en los problemas prácticos y técnicos. Las virtudes *morales* (prudencia, justicia, fortaleza y templanza) vigorizan la voluntad. *La prudencia* dispone la razón práctica para discernir nuestro verdadero bien y los medios adecuados para alcanzarlo. *La justicia* dispone la voluntad para dar a Dios y al prójimo lo que les es debido. *La fortaleza* asegura la firmeza y la constancia en la práctica del bien. *La templanza* modera la atracción hacia los bienes de la sensibilidad y procura el equilibrio en el uso de los bienes materiales. Las virtudes morales se llaman *cardinales*. Tal adjetivo deriva del sustantivo latino *cardo-cardinis*, que significa el gozne sobre el cual se apoya y gira una puerta. Se denominan cardinales, ya que sobre ellas se apoyan las demás virtudes y, como puntos cardinales, orientan la moralización del hombre.

El primado de la justicia. Concedemos que la prudencia es la protovirtud, ya que nos dispone para discernir nuestro verdadero bien y los medios adecuados para alcanzarlo; sin embargo, la justicia tiene el primado, porque ordena los actos de todas las demás virtudes (prudencia incluida) hacia el bien común. De hecho, la prudencia, la templanza y la fortaleza nos orientan hacia los bienes particulares, sin referirlos al bien común. Esta referencia es la función propia de la virtud de la justicia. En efecto, la justicia es el principio armonizador que ordena al bien común los actos de la prudencia en el ámbito de la inteligencia y de la voluntad; asimismo, ordena al bien común los actos de la templanza y de la fortaleza en el ámbito de la sensibilidad. Luego la justicia tiene el primado, ya que influye en todas las demás virtudes, ordenándolas al bien común.

ramente en la mente de nuestro Hacedor. El acto voluntario se desarrolla en cuatro etapas: el conocimiento intelectual de algún objetivo concebido como conveniente para nuestra realización personal; la deliberación, que consiste en un examen acerca de las opciones que la inteligencia propone a la voluntad; la elección, que consiste en optar libremente por una de las alternativas con exclusión de las demás, y la fruición, que consiste en el gozo del bien elegido.

II. La justicia

La naturaleza humana está dotada de la virtud de la justicia⁸ que nos inclina a abrirnos hacia los demás. En efecto, llegaremos a nuestra realización solamente si seguimos vigorizando esta virtud, cuyo elemento esencial es la alteridad.

Frecuentemente usamos definiciones impropias de justicia, entendiéndola como el conjunto de todas las virtudes, sin embargo, preferimos partir de su definición clásica:

*La constante y perpetua voluntad de dar su derecho a cada uno.*⁹

Los adjetivos *constante* y *perpetua* indican que se trata de un hábito de la voluntad y no solamente de un acto de ella. La expresión *ius suum*, su derecho, indica todo aquello que es debido al otro como suyo propio (lo justo). Por cierto, el derecho (lo suyo que se debe dar a cada uno) comprende el conjunto de bienes materiales e inmateriales que constituyen ese suyo que la justicia exige sea dado a cada hombre para su realización integral. La expresión a cada quien, *unicuique*, indica la alteridad, que es el primer elemento que distingue la justicia de las demás virtudes, como se ve en el siguiente texto:

Lo propio de la justicia consiste en inclinarnos hacia aquellas cosas que están en relación con el otro. En efecto, la justicia implica cierta igualdad, como su propio nombre indica. Comúnmente, de las cosas que se igualan se dice que se ajustan. Ahora bien, la igualdad se establece en relación con otro. Sin embargo, las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que se refieren a él mismo. En efecto, en los actos de las demás virtudes, lo recto hacia lo cual tienden estas otras virtudes se determina solamente por la relación al sujeto agente. Sin embargo, lo recto que hay en el acto de la justicia está constituido, además que por la relación al sujeto agente, por la relación al otro. Pues en nuestras acciones se dice justo todo aquello que corresponde al otro según alguna igualdad, como, por ejemplo, la retribución del salario debido por un servicio prestado.¹⁰

⁸ La palabra justicia deriva del adjetivo latino *iustus*, que significa lo justo, lo debido y, por consiguiente, el derecho. Algunos filólogos hacen derivar la palabra *ius* de la raíz sánscrita *yoh*, que significa “algo sagrado o procedente de la divinidad”.

⁹ Ulpiano, juriconsulto romano (170-228 d. C), expresa tal definición en el *Digestum*, 1. 1. tit. 1. 10; santo Tomás la cita en la *S. Theol.*, II-II. q. 58. a. 3.

¹⁰ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II. q. 57. a. 1.

El primer elemento es la alteridad y el segundo es la igualdad entre aquello que se pide y aquello que se da; además, es la igualdad entre las personas, entre las cuales se establecen las relaciones de justicia. Por cierto, se trata de una exacta adecuación y no solamente de una cierta compensación, de una benevolencia o de un obsequio. Sin embargo, las inclinaciones naturales de alteridad y de igualdad no constituyen por sí solas los derechos humanos. Una inclinación natural se convierte en derecho solamente cuando llega a ser racionalmente entendida como expresión de la ley natural moral, que es el fundamento de todo acto de justicia.

La ley y la justicia. Ley es un ordenamiento de la razón, promulgada para el bien común por aquel que tiene el cuidado de la comunidad (cf. S. Tomás: S. Theol., I-II. q. 90. a. 4). Según el derecho clásico tenemos la ley eterna, la natural, la natural moral y la positiva (en todos los casos se concibe la ley como un mandato).¹¹

Ley eterna es el plan que se encuentra en la mente del Hacedor, en la cual preexisten los modelos de todas las criaturas del cosmos.¹² En efecto, con la creación,¹³ Dios sitúa las criaturas en la jerarquía¹⁴ del ser (criaturas minerales, vegetales, animales irracionales y animales racionales). Además, con su providencia, Dios guía a las criaturas y las asiste para que puedan alcanzar su propia realización. La Providencia¹⁵ es precisamente la acción que Dios ejerce en las criaturas para conservarlas y dirigir las con sabiduría hacia su propia finalidad, de acuerdo con el plan establecido por él en la creación. *Ley natural* es la misma ley eterna participada en todas las criaturas según la naturaleza de cada una de ellas.¹⁶ *Ley natural moral.* Los hu-

¹¹ Etimológicamente el término mandar significa dar la mano (en latín: *manus dare*). Es una palabra cargada de seguridad, de integración, de unificación y de negación de la soledad.

¹² La palabra griega cosmos (κοσμος) significa hermosura, orden y negación del caos.

¹³ Crear es una operación exclusivamente divina, que consiste en participar totalmente el propio existir a otro. Sin Él, no seríamos. En efecto, somos contingentes y esto significa que existimos solamente porque estamos "en contacto" con el Otro. Todo lo que somos y todo lo que tenemos lo hemos recibido de otro. Luego es necesario educarnos a la alteridad (*alter*, otro) y a sentirnos parte del cosmos.

¹⁴ El adjetivo griego ιερος significa lo sagrado, así que jerarquizar significa la integración del cosmos y del ser humano con lo sagrado.

¹⁵ Que Dios creador sea providente es un pensamiento común de las grandes religiones y de muchas corrientes filosóficas. Por ejemplo, la filosofía griega de los Estoicos (siglo IV a. C.) admite un Logos providente (pronoia).

¹⁶ El término naturaleza significa el sujeto considerado como principio de las operaciones que brotan necesariamente del sujeto mismo. Hablamos así de naturaleza vegetal,

manos expresamos el orden y la armonía no solamente en las leyes físico-químicas, biológicas e instintivas, sino también (específicamente) en la ley natural moral, que es la misma ley eterna participada en las criaturas dotadas de inteligencia y de querer reflexivo con sus respectivas virtudes. *Ley positiva* es la participación de la ley natural moral en la sociedad humana. Se llama positiva, ya que está “puesta” por el legislador humano. Las leyes positivas son justas, cuando se ajustan con la ley natural.

Finalidad de la ley es el bien común que consiste en el conjunto de aquellas condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a cada uno de sus miembros conseguir su propia realización. Ahora bien, la experiencia nos dice que por naturaleza todos tendemos a nuestro bien individual, sin embargo, no obstante nuestra constitución de seres sociales, no tendemos por naturaleza al bien de los demás. Para que nuestra voluntad se incline a dar a los demás aquello que les es debido, la constitución humana está dotada del hábito de la justicia, que nos dispone a considerar al próximo como a otro yo, cuidando de su existencia y de lo necesario para una vida digna, según los principios de la ley natural.

Los principios de la ley natural moral y la conciencia moral. En lo íntimo de nuestra constitución humana experimentamos una vida de vinculación entre los valores universales de la ley natural moral que tiene a Dios como autor y nuestra conciencia individual. La conciencia moral es aquel juicio que nos determina íntimamente a actuar bajo el aspecto del bien y del mal moral. La conciencia moral está vinculada a la ley natural moral. Nuestra razón nos da a conocer los principios de la ley natural; sin embargo, ella no los crea. Por cierto, la conciencia moral no juzga la ley; sin embargo, juzga los actos humanos concretos, en función de la ley natural moral. En efecto, la conciencia moral nos obliga o desobliga, nos aprueba, nos excusa o nos reprende, de acuerdo con el principio universal de la ley natural que dice: “Se debe hacer el bien; se debe evitar el mal”.

El primer principio de la razón práctica es aquel que se basa en la naturaleza de bien: “Bien es aquello hacia lo cual todos los entes tienden para alcanzar su realización”. Éste pues es el primer precepto de la ley: “Se debe hacer el bien y evitar el mal”. Todos los demás preceptos de la ley natural se fundamentan en éste, de manera que todo aquello que debe hacerse o evitarse, tendrá ca-

animal, humana, angelical y divina, según las operaciones que brotan de la planta, del animal irracional, del animal racional, del ángel o de Dios.

rácter de precepto, en cuanto que la razón práctica lo juzga naturalmente como un bien humano.¹⁷

Del primer principio derivan los preceptos que expresan enunciados imperativas que son evidentes para todos los hombres con uso de razón. Estos preceptos coinciden casi totalmente con el decálogo bíblico y se deducen del primer principio con un razonamiento sencillo (por ejemplo: Honrarás a tus padres).

El orden de los preceptos de la ley natural es correlativo al orden de las inclinaciones naturales.

Ante todo, encontramos en el hombre una inclinación que tiene en común con todos los entes. Tal inclinación consiste en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio existir. De acuerdo con esta inclinación se consideran de ley natural todas aquellas cosas que ayudan a la conservación de la vida humana y que impiden su destrucción.

En segundo lugar, encontramos en el hombre una inclinación hacia bienes más determinados, según la naturaleza que él tiene en común con los demás animales. Según esta inclinación se consideran de ley natural aquellas cosas que la naturaleza ha enseñado a todos los animales, tales como la conjunción de los sexos, la educación de los hijos y otras cosas semejantes.

En tercer lugar, hay en el hombre una inclinación hacia aquel bien que corresponde a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, se consideran de ley natural todas aquellas cosas que se refieren a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todas las demás cosas relacionadas con esto.¹⁸

¹⁷ S. Tomás, *S. Theol.*, I-II, q. 94. a. 2.

¹⁸ S. Tomás, *S. Theol.*, I-II, q. 94. a. 2. Los artículos de la cuestión 94 que acabamos de citar son el fundamento de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas (1948), que desglosa los derechos fundamentales de la persona entendida como individuo y como miembro de la sociedad civil. Se afirma, antes que todo, la igualdad de todos los seres humanos "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (2). Luego se proclaman como inalienables, entre otros, los siguientes derechos: "derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (3); "derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (6); "derecho, sin distinción alguna, a igual protección de la ley" (7); "derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado" (13); "derecho a una nacionalidad" (15); "derecho a la libertad de opinión y de expresión" (19); "derecho a la

La ley natural moral, en sus primeros principios, es universal e inmutable, ya que se fundamenta sobre la inmutabilidad y la universalidad de la naturaleza humana. Sin embargo, en sus preceptos derivados, la ley natural moral es variable y mutable, así que es prudente acudir al consejo de los sabios y de los especialistas, que nos ayudan a orientar los imperativos particulares hacia nuestra realización.

Obligación y sanción moral. El deber (la obligación moral) es la vinculación entre el juicio práctico de la conciencia y los principios objetivos universales de la ley natural. Esta vinculación consiste en una realidad objetiva interior que influye sobre nuestra voluntad, sin violentarla. Ahora bien, si la voluntad humana se sustrae al dictamen de la conciencia, se provoca en nosotros una perturbación del orden de la razón y una violación del derecho ajeno. El dictamen de la conciencia goza de autoridad verdadera, en cuanto que es la aplicación personal de la ley natural moral, la cual es la expresión del modelo universal e inmutable de naturaleza humana al cual nos vamos ajustando y reajustando para alcanzar nuestra propia realización. Asimismo, al legislador prudente y sabio le corresponde promover la observancia de la ley que él mismo promulgó. Para ello, el legislador asigna un mérito al cumplimiento de la ley o un demérito a su violación. Si no existiese una sanción, daría lo mismo cumplir la ley o violarla y no habría diferencia entre el bien y el mal. Al sintonizarnos con el deber moral, nos sintonizamos con el plan del autor de nuestra naturaleza. En el instante de nuestra muerte corporal, el juicio final consistirá en una comparación entre nuestro perfil personal definitivo que hemos adquirido a través de errores corregidos y el perfil original de naturaleza humana que se encuentra en la mente del Hacedor.

libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" (18). En cuanto a la familia, se afirma "el derecho a casarse y fundar una familia" (16). Se reconoce la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad. Una especial mención para la defensa de la maternidad y de la infancia. Se afirma el papel primario de los padres en la educación de los hijos. En el ámbito social se proclama los derechos a la seguridad para satisfacer las necesidades económicas y culturales, indispensables al libre desarrollo de su personalidad: "derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas" (20); "derecho al trabajo" (23); "derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre" (24); "derecho a la alimentación, al vestido, a la vivienda, a la asistencia médica y a los servicios sociales necesarios" (25); "derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad" (27).

III. División de la justicia

Dividimos la justicia según sus partes subjetivas, integrales y potenciales.

Las partes *subjetivas* son como las especies en que puede ser dividida una virtud, así que tenemos la justicia general (o legal), la justicia particular conmutativa y la justicia particular distributiva.

Las partes *integrales* son las funciones especiales sin las cuales no puede haber un acto completo de una virtud; en el caso de la justicia, dos son las partes integrales: *Hacer el bien a otro*; *Evitar el mal a otro*.

Las partes *potenciales* son las virtudes anexas a la virtud principal; éstas se parecen a la virtud que las abarca, pero no llegan a su razón formal; tomamos, por ejemplo, el respeto para con Dios y para con nuestros padres. Es de justicia honrarlos, pero nunca podremos hacerlo con estricta igualdad (así hablaremos de dos virtudes anexas de la justicia: la religión y la piedad).

Partes subjetivas de la justicia. La justicia dispone la voluntad del hombre con relación al otro. Esto puede ocurrir de dos maneras, ya que debemos dar "lo que es su derecho" sea a la comunidad de la cual somos miembros, sea a cualquier persona individual. La justicia que inclina a dar a la comunidad "lo que es su derecho" se llama justicia general o legal. La justicia que inclina a dar equitativamente a nuestros semejantes "lo que es su derecho" se llama justicia particular y se subdivide en particular conmutativa y particular distributiva.

Justicia general o legal. Es la parte subjetiva de la justicia que se da entre el súbdito y la sociedad representada por la autoridad (*ordo partis ad totum*). Tiene como objetivo el bien común que se alcanza a través de los actos particulares del súbdito, quien se relaciona con su comunidad como la parte se relaciona al todo. Esta especie de justicia inclina la voluntad del individuo hacia el bien del todo, es decir, hacia el bien común. En efecto, siendo un ser social, el hombre necesita de la comunidad para promover sus derechos personales y, además, es deudor hacia la misma comunidad para que ésta pueda alcanzar su finalidad, que es el bien común.

La justicia ordena al hombre con relación a otro. Esto puede ser de dos modos. Primero. A otro, considerado individualmente. Segundo. A otro en común, es decir, en cuanto que aquel que sirve a una comunidad sirve a todos los hombres que en ella se contienen. A ambos modos puede referirse la justicia, según su propia naturaleza. Sin embargo, es evidente que todos los que integran alguna comunidad se relacionan con la misma, como las partes se relacionan con el todo. Ahora bien, dado que la parte, en cuanto tal, es del todo, se sigue tam-

bién que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo. Según esto, pues, el bien de cada virtud, sea que ordene al hombre hacia sí mismo, sea que lo ordene hacia otras personas singulares, es referible al bien común, al cual la justicia ordena. Y así los actos de todas las virtudes pueden pertenecer a la justicia, en cuanto que ésta ordena al hombre al bien común. En este sentido la justicia es llamada virtud general. Y, dado que a la ley corresponde ordenar al bien común, se sigue que tal justicia, denominada general en el sentido expresado, se le llame justicia legal, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien común.¹⁹

La justicia general o legal es precisamente aquella virtud que inclina los actos particulares de las demás virtudes a su objeto propio que es el bien común, entendido como *el conjunto de aquellas condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a cada uno de sus miembros conseguir plenamente su propia realización*. Se llama legal porque la justicia es una virtud que inclina a realizar aquello que es propio de la ley, es decir, el bien común. Se llama general porque influye en los actos particulares de todas las demás virtudes orientándolos al bien común (es decir, al bien unificador).

Justicia particular conmutativa. Es la parte subjetiva de la justicia que se da entre personas particulares (*ordo partis ad partem*). Acabamos de explicar que la justicia general o legal inclina al bien común, sin influir de modo directo en las actividades particulares de los individuos entre sí. Para ello la naturaleza humana está dotada de la justicia conmutativa que nos inclina a dar o a restituir a cada individuo “lo que es su derecho”, respetando el criterio de una absoluta igualdad.

Restituir no parece ser otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o en dominio de lo suyo. Por eso, en la restitución hay una igualdad de justicia según la compensación de cosa a cosa, lo cual pertenece a la justicia conmutativa. Por consiguiente, la restitución es un acto de la justicia conmutativa, y esto no solamente cuando la cosa de uno está en poder de otro por voluntad del primero, como ocurre en el préstamo o en depósito, sino también cuando está en poder de otro contra su voluntad, como en la rapiña o en el hurto.²⁰

¹⁹ S. Tomás, S. *Theol.*, II-II, q. 58. a. 5.

²⁰ S. Tomás, S. *Theol.*, II-II, q. 62. a. 1.

Como se ve, aquí se trata de los contratos privados que reclaman una igualdad aritmética entre aquello que se da y aquello que se recibe. Es verdad que sin justicia conmutativa es imposible toda forma de justicia; sin embargo, es necesario superar la visión limitada de una justicia conmutativa contractualista, vivificándola con el principio de solidaridad, que describiremos al tratar de la justicia social.

Justicia particular distributiva. Es la parte subjetiva de la justicia que se da entre un grupo social (representado por la autoridad) y el individuo en cuanto es miembro de aquél grupo (*ordo totius ad partem*). La justicia particular distributiva inclina la voluntad del superior a la repartición proporcional de los bienes (premios, dignidades, reconocimientos y oficios) según los méritos y según las capacidades de cada súbdito.

El acto de la distribución de los bienes comunes pertenece solamente a aquel que tiene a su cargo estos bienes comunes. Sin embargo, la justicia distributiva reside también en los súbditos a los cuales se hace la distribución, es decir, en cuanto han recibido la justa distribución. No obstante que a veces se haga también la justa distribución de los bienes comunes no de una ciudad, sino de una sola familia, y tal distribución puede ser hecha por la autoridad de una persona privada.²¹

Es evidente que en el caso de la justicia distributiva no vale el criterio de la igualdad aritmética propia de la justicia conmutativa y vale el criterio de la debida proporcionalidad. La justicia distributiva es un deber de todo coordinador, quien podría llegar a ser culpable de aquella injusticia que se llama nepotismo,²² que equivale a la injusticia denominada “acepción de personas”, en la cual la distribución de los bienes y de los cargos no se realiza según la aptitud real del súbdito, sino según otra cualidad, como el parentesco, la amistad, la riqueza.²³

²¹ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 61. a. 1. ad 3.

²² La palabra nepotismo deriva del sustantivo italiano *nipóte* que significa sobrino. Se refiere a la práctica de algunos papas del Renacimiento que nombraban a sus sobrinos para los más altos cargos en el gobierno de los Estados pontificios.

²³ Cf. S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 63. a. 1. La justicia distributiva crea el orden de la comunidad y promueve el bien común, si el coordinador toma en cuenta los talentos de los individuos, los reconoce y los impulsa. Ahora bien, consta que la acepción de personas es una injusticia, ya que la distribución de los bienes y de los cargos no se realiza según la aptitud real del súbdito, sino según otra cualidad, como el parentesco, la amistad, la riqueza, o incluso la integridad moral, cuando ésta no constituye la razón suficiente de la distribución.

Partes integrales de la justicia. Las partes integrales son aquellos elementos esenciales sin los cuales no puede haber un acto completo de alguna virtud cardinal. De la justicia dos son las partes integrales: “Hacer el bien al otro”; “Evitar el mal al otro”. Es verdad que evitar el mal y practicar el bien es propio de todas las virtudes; sin embargo, las demás virtudes morales (fortaleza y templanza)²⁴ se refieren a las pasiones e inclinan la voluntad a colocarse en el justo medio, apartándose de los extremos viciosos, así que, en el caso de la fortaleza y de la templanza, evitar el mal y hacer el bien son la misma cosa; haciendo el bien, se evita el mal. Sin embargo, la justicia no se refiere a las pasiones, sino a nuestras acciones hacia nuestros semejantes, así que, una cosa es dar lo debido a cada uno de ellos y otra cosa es apartarse²⁵ de dañar injustamente a cualquiera de ellos. En efecto, establecer la igualdad y rechazar aquello que puede destruir la igualdad instaurada son dos cosas distintas. Luego todo acto de justicia requiere de ambas partes integrales, que son: hacer el bien al otro; evitar el mal al otro.

Si hablamos de lo bueno y de lo malo en sentido general, hacer el bien y evitar el mal pertenece a toda virtud, y, en este sentido, no pueden calificarse como partes de la justicia, a menos que nos refiramos a la justicia entendida como “el conjunto de todas las virtudes” (cf. c.58 a.5), aunque también la justicia así entendida mira al bien bajo un aspecto especial, esto es, como algo debido en orden a la ley divina o humana.

Sin embargo, la justicia, considerada como virtud especial, contempla el bien bajo su aspecto de debido al prójimo. En este sentido, pertenece a la justicia especial hacer el bien bajo su aspecto de debido al prójimo y evitar el mal opuesto, esto es, aquello que sea nocivo para el prójimo. En cambio, a la justicia general corresponde hacer el bien debido a la comunidad o a Dios y evitar el mal contrario.

²⁴ La fortaleza asegura la firmeza y la constancia en la práctica del bien. Regula las pasiones del “apetito concupiscible” que son: el amor sensible y el odio; el deseo y la aversión; la alegría y la tristeza.

La templanza modera la atracción hacia los bienes sensibles y procura el equilibrio en el uso de los bienes materiales. Regula las pasiones del “apetito irascible” que son: la esperanza y la desesperanza, la audacia, el miedo y la ira.

²⁵ “En cuanto constituye una de las partes integrantes de la virtud de la justicia, apartarse del mal no implica una pura negación. Esto sería simplemente no hacer algo malo (esta conducta no merecería recompensa, ya que se limita a evitar el castigo). Aquí, apartarse del mal implica un movimiento de la voluntad que repudia el mal. Como indica la palabra misma apartarse que significa hacer algo en contra del mal” (S. Tomás: S. *Theol.*: II-II, q. 79. a. 1. ad 2).

Ahora bien, estas dos partes de la justicia general o especial se consideran como integrantes, porque ambas se requieren para un acto de justicia perfecto. En efecto, a la justicia le corresponde constituir la igualdad en aquellas cosas que se refieren al otro, como consta de lo dicho (c.58 a.2). Pues a un mismo principio compete constituir algo y, una vez constituido, conservarlo. Ahora bien, alguien constituye la igualdad de la justicia practicando el bien, esto es, dando a otro lo que le es debido, mientras que conserva la igualdad de la justicia ya constituida apartándose del mal, o sea, no infiriendo ningún daño al prójimo.²⁶

Si la justicia se limitase a dar lo debido, sería incompleta, ya que le faltaría su lado negativo complementario, es decir, hacer algo para evitar de dañar lo justo ya establecido. Asimismo, si la justicia se limitase a no dañar injustamente al otro, no sería completa, pues le faltaría el lado positivo complementario, es decir, dar a cada quien lo que le es debido.

Partes potenciales de la justicia. Las partes potenciales son aquellas virtudes que por el objeto se parecen a la virtud cardinal que las abarca, pero difieren de ella en alguna formalidad. Las virtudes anexas de la justicia son pues aquellas que se refieren al otro (*ad alium*), pero difieren de la justicia o por algún defecto en la igualdad; o por alguna imperfección en cuanto a lo debido.

En las virtudes anexas a una virtud principal hay que considerar dos cosas: primero, que tengan algo en común con la virtud principal. Segundo, que en algo se aparten de la perfecta noción de la misma virtud principal. Ahora bien, puesto que la justicia se refiere al otro, todas las virtudes que se refieren al otro pueden, por tal semejanza, ser anexadas a la justicia. Ahora bien, es de la esencia de la justicia dar al otro aquello que le es debido, según la igualdad. Luego, una virtud que se refiere al otro, puede diferir de la esencia de justicia de dos maneras: o bien por defecto de igualdad, o bien por defecto del debito.²⁷

Nuestro patrimonio de las virtudes se multiplica notablemente con estas virtudes derivadas que inclinan la voluntad del hombre a dar lo debido en todos aquellos ámbitos particulares de la vida privada y comunitaria en los cuales existen deudas imposibles de pagar según una estricta igualdad.

²⁶ S. Tomás, S. *Theol.*, II-II, q. 79. a. 1.

²⁷ S. Tomás, S. *Theol.*, II-II, q. 80. a. 1.

Dividimos las virtudes anexas de la justicia en dos grupos. El primero comprende aquellas virtudes en las cuales hay una falta de igualdad en la alteridad. El segundo grupo comprende aquellas virtudes que inclinan a dar más de lo debido o a rendir aquello que no es estrictamente debido.

Virtudes anexas a la justicia, por falta de igualdad en la alteridad. Son aquellas que inclinan a dar lo debido a otro, pero no se verifica la igualdad entre las partes y además es impagable lo que debemos al otro. Tales virtudes son: la religión, la piedad y la observancia.

La religión es la virtud anexa de la justicia que nos²⁸ inclina a rendir el debido culto a Dios como único principio creador providente de todas las cosas, aunque no podemos devolverle todo lo bueno que hemos recibido de Él.

“El culto se llama también religión, porque, en cierto modo, el hombre se ata (*ligat*) a Dios para no apartarse de Él, y también porque, por un cierto instinto natural, se siente obligado (*ob-ligatio*) a tributar reverencia en modo conveniente a la naturaleza de aquel que es el principio de su existir y de todo otro bien”.²⁹

La piedad, que equivale a *veneración*,³⁰ es la virtud anexa de la justicia que nos inclina a rendir el debido culto a los padres como a los causantes de nuestra existencia, aunque no podemos devolverles todo lo bueno que hemos recibido de ellos. Se llama *patriotismo* el respeto y el culto de la patria, que es la tierra de nuestros padres.

Así como a la religión le corresponde dar culto a Dios, así, en un grado inferior, corresponde a la piedad dar culto a los padres y a la patria. Asimismo, en el culto de los padres se incluye el culto a todos los consanguíneos, pues se llaman así porque proceden de los mismos padres. Y en el culto de la patria se incluye el culto de los conciudadanos y de todos los amigos de la patria. Por lo tanto, a éstos principalmente se extiende la virtud de la piedad.³¹

Así como en la religión, por la cual damos culto a Dios, está incluida la piedad por la cual honramos a los padres, así en la piedad está incluida

²⁸ El sustantivo *ανθρωπος* (ser humano) deriva del verbo griego *anaqrew* que significa “mirar hacia lo alto”. Esta etimología se encuentra en Platón, *Cratilo* 398e-399c, donde Sócrates analiza el término “antropos”.

²⁹ S. Tomás, *Summa contra gentiles*, III. 119.

³⁰ Venerar, reverenciar, observar, respetar son todos verbos de visión que tienen el sentido de “fijarnos bien” en “aquello que tenemos en frente” para darle lo debido.

³¹ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 101. a. 1.

la observancia, por la cual respetamos y honramos a las personas que están constituidas en dignidad.

La observancia,³² que equivale a *reverencia*, es la virtud anexa a la justicia que nos inclina a rendir el culto debido a todas las personas que están constituidas en alguna dignidad de autoridad o que sobresalen en ciencia y en virtud.

Es necesario ir distinguiendo una escala descendente de virtudes en proporción a la excelencia de las personas respecto de las cuales tenemos alguna obligación. Pues así como el padre carnal participa en modo particular de la razón de principio que se encuentra en Dios de manera universal, del mismo modo la persona que de alguna manera cuida de nosotros, participa de alguna manera de la característica de la paternidad. Pues el padre es el principio de la generación, de la educación, de la enseñanza y de todo lo relativo a la perfección de nuestra vida humana. En cambio, las demás personas constituidas en dignidad son principio de autoridad sólo en algunas cosas, como el príncipe es principio en los asuntos civiles; el jefe del ejército en los asuntos militares; el maestro en la enseñanza, y así en lo demás. De ahí que a tales personas se las llame también “padres” por la semejanza con el padre en el cargo que desempeñan. Luego, así como por debajo de la religión, por la que damos culto a Dios, va incluida de alguna manera la piedad por la cual honramos a los padres, así por debajo de la piedad va incluida la observancia, por la cual damos respeto y honor a las personas constituidas en dignidad.³³

A la objeción de que pueden existir malos funcionarios o funcionarios incapaces, santo Tomás responde que en el funcionario hay que honrar el cargo y también la comunidad que él dirige (cf. S. Tomás: *S. Theol.*, II-II, q. 103. a. 2).

Virtudes anexas a la justicia, por falta de débito estricto. Son aquellas que nos inclinan a dar más de lo debido o bien a dar aquello que no es estrictamente debido. Tales virtudes son: veracidad, fidelidad, gratitud, justo castigo, amistad, liberalidad y equidad.

³² Del término observancia (que contiene en sí la palabra latina *servus*, servidor) conservamos en nuestros días algunas expresiones de cortesía como: “servidor”, “su atento y seguro servidor”, para significar nuestros sentimientos de respeto.

³³ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 102. a. 1.

La veracidad es la virtud anexa de la justicia que nos inclina a manifestar con verdad³⁴ los conocimientos que poseemos. Sin la veracidad es imposible la conservación de la sociedad.

“Por ser animal social, el hombre le debe naturalmente al otro todas aquellas cosas sin las cuales la sociedad humana no podría conservarse. Ahora bien, la convivencia humana no sería posible si los unos no pudiesen fiarse de los otros como de personas que en su trato mutuo dicen la verdad. Por ello la virtud de la veracidad adquiere de alguna manera la razón de débito”³⁵.

Luego se puede decir que la más importante de las virtudes anexas de la justicia es la veracidad, cuya práctica consiste en conformar nuestros pensamientos interiores con las palabras y con el comportamiento exterior. El término veracidad equivale a verdad, sinceridad o franqueza. La verdad o veracidad es la virtud que consiste en mostrarse transparentes en los propios actos y en decir la verdad en las palabras, evitando la duplicidad, la simulación y la hipocresía. Una afirmación contraria a la verdad adquiere una gravedad particular cuando se pronuncia públicamente. Cuando se pronuncia ante un tribunal se denomina *falso testimonio*. Cuando se pronuncia bajo juramento se denomina *perjurio*. Falso testimonio y perjurio pueden contribuir a condenar a un inocente, a disculpar a un culpable o a aumentar la sanción de un acusado. Asimismo, el respeto de la reputación de las personas prohíbe toda actitud y toda palabra que pueda causarles un daño injusto. Se hace culpable de *juicio temerario* quien, sin fundamento suficiente, expresa un juicio negativo sobre una persona o sobre su actuación. Se hace culpable de *maledicencia* quien manifiesta los defectos de otros a las personas que los ignoran. Se hace culpable de *calumnia* quien daña la reputación de otros mediante juicios contrarios a la verdad. Asimismo, ofende la verdad toda palabra o actitud que, por halago o por complacencia, alienta al otro en la malicia de sus actos y en la perversidad de su conducta. Así tenemos la *adulación*, que es una alabanza exagerada de quien trata de agradar al otro para ganarse su benevolencia. Otra ofensa contra la verdad es la *vanagloria* o *jactancia* que consiste en la arrogancia,

³⁴ “La verdad puede tomarse en dos sentidos. Primero, en cuanto que una cosa se dice verdadera; por ejemplo, verdadero oro. En este sentido la verdad no es una virtud, sino una cierta adecuación del entendimiento o del signo con la cosa entendida y significada. Segundo, puede llamarse verdad aquello por lo cual alguien dice la verdad y, en este sentido, decimos que alguien es veraz. Tal verdad o veracidad es una virtud, porque decir la verdad es un acto bueno” (S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 109. a. 1).

³⁵ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 109. a. 3. ad 1.

en la presunción o en el orgullo excesivo acerca de sus propias cualidades. La *mentira* es la ofensa más directa contra la verdad. Lesionando la relación del hombre con la verdad, la mentira ofende el vínculo fundamental de la familia humana. Toda falta cometida contra la verdad reclama el deber de la reparación.

La *fidelidad* es la virtud que nos inclina a cumplir las promesas explícitas o implícitas en la vida conyugal, familiar y social. Sin la fidelidad, la sociedad se disgregaría en un clima de mutua desconfianza en la cual se haría imposible la convivencia.

Aquel que promete algo, si tiene la intención de cumplirlo, no miente, porque no habla en contra de aquello que tiene en mente. Pero si no cumple lo que prometió falta a la fidelidad, porque cambia de propósito. Sin embargo, se le puede eximir de culpa por dos razones. Primero. Si prometió algo que es manifiestamente ilícito, ya que entonces pecó al hacer esta promesa, pero actúa bien al cambiar de propósito. Segundo. Si han cambiado las condiciones de las personas y de los asuntos. Pues, como dice Séneca en su libro *De Beneficiis*, para que uno esté obligado a cumplir lo prometido, se requiere que ninguna circunstancia haya cambiado.³⁶

En el ámbito de la fidelidad es importante la obligación de *guardar los secretos*, ya que éstos conllevan un compromiso implícito o explícito de no ser revelados.

La *gratitud*, es decir el *agradecimiento*, es la virtud anexa a la justicia que nos inclina a reconocer los beneficios recibidos y a tratar de remunerarlos.

En Dios se halla la causa primaria y principal de nuestras deudas, porque él es el primer principio de todos nuestros bienes. La segunda causa de nuestras deudas se halla en nuestros padres, porque ellos son el principio próximo de nuestra generación y de nuestra educación. La tercera se encuentra en las personas superiores en dignidad, de los cuales nos llegan los beneficios comunes. La cuarta causa de nuestras deudas se encuentra en algún bienhechor de quien recibimos algunos beneficios particulares y privados, por los cuales le quedamos obligados de forma especial. Por consiguiente, dado que a Dios, a nuestros padres o a las personas superiores en dignidad no debemos la misma gratitud que a un bienhechor particular, se sigue que, después de la religión,

³⁶ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 110 a. 3. ad 5.

por la cual damos el culto debido a Dios; después de la piedad, por la cual reverenciamos a nuestros padres; después de la observancia, por la cual respetamos a las personas superiores en dignidad, se encuentra la virtud del agradecimiento o gratitud mediante la cual recompensamos a nuestros bienhechores.³⁷

Enseguida encontramos un criterio para distinguir entre el “débito legal” y el “débito moral” (al primero atiende la justicia; al segundo atiende la gratitud):

En la recompensa se debe tener en cuenta más el afecto que el efecto de un beneficio. Así pues, si consideramos el efecto del beneficio que un hijo ha recibido de sus padres, cual es la existencia y la vida, nada igual el hijo podrá dar como recompensa. En cambio, si consideramos la voluntad de éste, entonces el hijo puede dar a su padre algo más grande. Sin embargo, si no pudiese, para la gratitud sería suficiente la voluntad de recompensarlos.³⁸

Ahora bien, el vicio opuesto al agradecimiento es la *ingratitud*. Santo Tomás la clasifica en tres grados:

El primer grado de ingratitud consiste en no recompensar el beneficio. El segundo consiste en disimular, como para no declararse necesitado de favores ajenos. El tercero, y más grave, consiste en no reconocerlo. Además, dado que la negación está comprendida en la afirmación opuesta, al primer grado de ingratitud corresponde que alguien devuelva males por bienes; al segundo grado, mofarse del beneficio; al tercer grado, considerar el beneficio como un maleficio.³⁹

Es verdad que a veces no podemos corresponder al beneficio recibido de parte de nuestros bienhechores, pero es necesario que cultivemos siempre un corazón agradecido.

El justo castigo es la virtud anexa de la justicia que inclina la voluntad del hombre a reestablecer el orden lesionado, aplicando una pena proporcional al delito.

³⁷ S. Tomás, S. *Theol.*, II-II, q. 106. a. 1.

³⁸ S. Tomás, S. *Theol.*, II-II, q. 106. a. 6. ad 1.

³⁹ S. Tomás, S. *Theol.*, II-II, q. 107. a. 2.

Las virtudes nos habilitan para seguir convenientemente las inclinaciones naturales que pertenecen al derecho natural. Y así, a toda inclinación natural corresponde una virtud especial. Ahora bien, en la naturaleza hay una inclinación especial a rechazar lo nocivo. Por esto los animales están dotados del apetito irascible, distinto del apetito concupiscible. Ahora bien, el hombre rechaza lo nocivo de dos maneras. O bien protegiéndose de las injurias para evitar que le sean inferidas, o bien castigando las injurias ya inferidas, no con la intención de dañar, sino con la intención de alejar el daño. Y esto pertenece a la justicia vindicativa (o justo castigo). En efecto, Cicerón en su *Retórica* dice que la venganza es la virtud por la cual, defendiéndonos o castigando, rechazamos la violencia o la injuria y, en general, rechazamos todo lo oscuro, es decir lo ignominioso. Por ello el justo castigo es una virtud.⁴⁰

La justicia vindicativa es propia de la autoridad que, al imponer una pena, debe tener como finalidad el bien común, el orden público y, si es posible, la enmienda del culpable. De todas maneras, en la aplicación del castigo merecido es siempre necesario evitar los extremos entre la demasiada remisión y la crueldad o sevicia.⁴¹

La amistad, es decir la afabilidad,⁴² es la virtud anexa de la justicia que inclina nuestra voluntad a que nos comportemos cortésmente en el trato con todos los demás, sea en las palabras, sea en los hechos.

“Así como el hombre no podría vivir en sociedad sin la verdad, del mismo modo no podría vivir sin la cordialidad, porque, según Aristóteles (en VIII *Ethic*), nadie puede convivir todo un día con una persona triste o desagradable. Luego el hombre está obligado por un cierto deber natural de honestidad a convivir afablemente con los demás, a menos que a veces por alguna causa sea necesario entristecer a alguien para su bien”.⁴³

Por cierto, en el lenguaje actual, afabilidad y amistad no son la misma cosa. En efecto, por amistad entendemos la unión afectiva habitual entre

⁴⁰ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 108. a. 2.

⁴¹ El término sevicia deriva del adjetivo latino *saevus*, que significa cruel, inhumano, feroz.

⁴² Afable. Adjetivo de origen latino compuesto de tres partes: I) *Ad* = hacia el otro; II) “*Fa*”, raíz que deriva del verbo *For, fatus, fari* = verbo que significa hablar, comunicarse, y III) “-*ble*”, terminación que siempre significa “que puede ser”. En resumen: afable significa “que puede ser tratado por el otro”. En efecto, nadie puede convivir todo un día con una persona triste o desagradable.

⁴³ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 114. a. 2. ad 1.

dos personas, mientras que la afabilidad es una virtud que nos inclina al trato amigable con todas las personas con las cuales convivimos.

La liberalidad, es decir *la generosidad*, es la virtud anexa de la justicia que inclina nuestra voluntad a que moderemos el amor a las riquezas, de manera que aprendamos a vivir desprendidos de ellas y a compartirlas con aquellos que las necesitan, cuando la razón lo indica.

“Según Aristóteles (en IV *Éthic*), es propio del hombre liberal ser espléndido. Por eso a la liberalidad se la llama también ‘largueza’, porque aquello que es largo no está retenido, sino extendido. Y esto mismo parece indicar la palabra liberalidad, puesto que cuando uno se desprende de las riquezas es como si las liberara de su custodia y de su dominio, demostrando que su afecto no está apegado a ellas”.⁴⁴

A la liberalidad se oponen la *avaricia* que consiste en atesorar las riquezas sin otro fin que divinizarlas, y la *prodigalidad* que consiste en malgastar el dinero o los recursos materiales en vez de emplearlos en buenos fines.

La equidad, es decir *la epikeia*, es la virtud anexa de la justicia que inclina la voluntad hacia aquello que es justo, interpretando la ley según su espíritu y no según su letra. En efecto, consta que las leyes regulan en general las acciones de los hombres, pero no pueden prever todos los casos particulares. Para los casos excepcionales se requiere una cierta interpretación, que es la finalidad de la equidad o *epikeia*.⁴⁵

Los actos humanos acerca de los cuales versan las leyes son de múltiples modos singulares, contingentes y variables. Por ello es imposible instituir una ley que no falle en algún caso. Ahora bien, para establecer las leyes, los legisladores atienden a aquello que es más frecuente o bien a lo que ocurre en la mayoría de los casos. En algunos casos, sin embargo, observar la ley puede ir contra la justicia y contra el bien común que es la finalidad de la ley. Por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan las cosas depositadas, ya que esto es normalmente lo justo. Sin embargo, a veces esto puede ser nocivo (por ejemplo, si un loco depositó su espada y la reclama en su estado de demencia, o si alguien recla-

⁴⁴ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 117. a. 2.

⁴⁵ Santo Tomás tiende a anexar la equidad a la virtud de la justicia legal: “Hablando con propiedad, la epiqueya pertenece a la justicia legal, ya que en cierto modo está contenida en ella y en cierto modo la supera. En efecto, si por justicia legal entendemos aquella que se ajusta a la ley tanto a su letra como a la intención del legislador (y esto es lo principal), entonces la *epikeia* es la parte principal de la justicia legal. Pero si la tomamos sólo en cuanto se ajusta a la letra de la ley, entonces la *epikeia* no es parte de la justicia legal, sino de la justicia común y se distingue de la legal porque la supera” (*S. Theol.*, II-II, q. 120. a. 2. 1).

ma lo que depositó para atacar a la patria). Luego, en tales circunstancias, sería pernicioso cumplir la ley establecida. En cambio, es bueno que, dejando a un lado la letra de la ley, se siga aquello que pide la justicia y el bien común. Tal es la función de la *epikeia*, que entre nosotros se llama equidad. Por lo tanto consta que la epiqueya es virtud.⁴⁶

Obviamente, la *epikeia* funciona en el ámbito de la ley positiva, pero no puede aplicarse en el ámbito de la ley eterna y natural. Además, es claro que con la *epikeia* no se trata de prescindir de la ley, sino de cumplirla mejor, tratando de evitar los extremos del legalismo y del relativismo moral.

Con la descripción de las principales virtudes anexas, hemos terminado el trabajo de sistematización de la virtud de la justicia en su versión clásica, que concibe la justicia como *La constante y perpetua voluntad de dar su derecho a cada uno*. Ahora bien, para una actualización del *De iustitia et iure* presentamos seis principios que derivan de la visión tradicional de justicia y que fundamentan una definición actualizada de justicia social.

IV. Principios para una definición de justicia social

La justicia social puede ser concebida como la síntesis de los tres modos clásicos de justicia (general o legal, particular conmutativa y particular distributiva) que siguen siendo los gérmenes fértiles de toda declaración universal de los derechos humanos.

Enseguida describiremos seis principios universales que nos pueden llevar a una genuina definición de justicia social (Principio de la dignidad de la persona humana; principio del bien común; principio de solidaridad y principio de subsidiaridad; principio del destino universal de los bienes y principio del valor del trabajo humano).

*Principio de la dignidad de la persona humana.*⁴⁷ Para fundamentar una genuina definición de justicia social proponemos la postura antropológica denominada el "Hombre imagen de Dios" (cf. S. Tomás: *S. Theol.*, I, q. 93. a. 1. ss.). Se afirma que los humanos participamos del ser divino los pode-

⁴⁶ S. Tomás, *S. Theol.*, II-II, q. 120. a. 1.

⁴⁷ Persona humana significa una criatura de naturaleza intelectual. La misma palabra "persona" (*per-sonare*: verbo latino de sintonía) nos indica su esencia, que consiste en la capacidad de sintonizarse (*per-sonar*) con otra persona humana y con la persona divina, gracias al poder espiritual que consiste en la capacidad de la inteligencia y del querer reflexivo.

res de la inteligencia y del querer reflexivo. Esto significa que todos los humanos somos vestigios e imágenes de Dios. Como todas las criaturas, somos vestigios⁴⁸ de Dios, ya que contenemos la huella del existir de Él, quien es “el mismo existir subsistente”. Ser criatura es pues el primer rasgo de nuestra constitución humana, mediante el cual afirmamos nuestro origen común. En efecto, todos existimos por Él y en su mente se encuentra el modelo original de ser humano, al cual vamos ajustándonos progresivamente para alcanzar nuestra realización integral.

Además de ser vestigios de Dios, nosotros los humanos somos también sus imágenes,⁴⁹ por ser dotados de una vida intelectual y de una vida de autodeterminación, que son participaciones del conocer y del querer divino. El conocimiento intelectual es la más elevada de las perfecciones creadas y se encuentra solamente en los humanos quienes, por ello, somos más próximos a Dios. La semejanza entre Dios y el hombre es el fundamento de la igualdad de todos los humanos entre sí.

Principio del bien común. Para llegar a una genuina definición de justicia social es necesario reconocer que la ausencia de sensibilidad para el bien común es un signo claro de una sociedad marcada por el individualismo que destruye la armonía y la paz. Sin embargo, no hay que confundir el bien común con la suma de los intereses particulares de los miembros de un grupo social.⁵⁰ Tampoco hay que confundirlo con el bien público, con el bien del gobierno o con el bien de la autoridad del Estado. En efecto, el bien común puede ser definido solamente con referencia al valor de la persona humana, que es social por naturaleza. Consecuentemente, por bien común entendemos *el conjunto de condiciones de la vida social que permiten a los grupos humanos y cada uno de sus miembros alcanzar plenamente su propia realización.* Como se ve, el bien común supone el respeto a la persona

⁴⁸ Etimológicamente, *vestigium* denomina la huella que un animal plantigrado deja impresa en el suelo. Investigación es el proceso que consiste en penetrar en las “huellas” de la realidad, para llegar a ofrecer explicaciones acerca de ella. Ahora bien, en nosotros encontramos la huella del existir de Dios. Somos finalmente por él.

⁴⁹ Etimológicamente, *imago* deriva de *imitago*: términos latinos que indican imitación. En el concepto de imagen se halla la idea de relación entre modelo y modelado. Somos imágenes de Dios, dado que Él y el ser humano tenemos en común, aunque análogamente, la vida espiritual, es decir, la vida intelectual y volitiva.

⁵⁰ Es indebido considerar el bien común como la simple suma de los bienes particulares de los individuos que integra la comunidad. Pues Aristóteles nos enseña que “incluso en el orden matemático seis es algo más que tres más tres”. Es decir que el número seis tiene valor propio e independiente de los números sumados, e inclusive puede ser el resultado de números diferentes (Jacques Maritain, *La persona y el bien común*, pp. 45-46).

en cuanto tal, así que las autoridades (incluyendo la autoridad familiar)⁵¹ tienen el deber general de promover los derechos humanos fundamentales, para que cada uno de los miembros de la comunidad se realice integralmente. Además, el deber específico de la autoridad consiste en promover las condiciones sociales para que cada individuo pueda procurarse aquellos bienes necesarios para llevar una vida digna: alimento, vestido, vivienda, salud, trabajo y educación, entre los múltiples bienes primarios. Consecuentemente, el bien común genera la paz que consiste en la estabilidad de un orden justo. La familia humana universal, integrada por personas que poseen una misma dignidad, reclama la organización de una comunidad de naciones capaz de responder realmente a las diferentes necesidades de todos los hombres en las variadas situaciones de la vida social.

Principio de solidaridad. Para fundamentar una genuina definición de justicia social es urgente sentir las necesidades ajenas como parte de nuestro propio ser y de buscar los medios oportunos para satisfacerlas. Luego es necesaria la acción coordinada y eficaz de todos para el bien de todos. La virtud que nos inclina a ver al otro (persona, pueblo o nación) como uno de nosotros se llama solidaridad,⁵² que consiste en la determinación firme y constante de empeñarnos por el bien común, es decir, por el bien de todos y de cada uno de los miembros de la comunidad familiar y política. En efecto, el fundamento de la solidaridad es la dignidad de la persona humana, que es esencialmente comunitaria. La solidaridad es un principio regulador que inclina a cada persona a comprometerse para el bien común y a sentirse responsable del destino del grupo social. Consecuentemente, las naciones más fuertes deben llegar a sentirse moralmente responsables del bien de las naciones más débiles, para promover un sistema internacional basado en la igualdad de todos los pueblos y en el debido respeto de sus legítimas diferencias. De esta manera, la solidaridad es el camino hacia la paz y hacia el desarrollo global. En efecto, la paz del mundo es inconcebible si no logramos reconocer que es necesaria la superación de las políticas de los bloques y la renuncia a toda forma de imperialismo económico, militar o político. Se trata de transformar la desconfianza en una fértil colaboración. Ahora bien, el principio de solidaridad, enunciado también como principio

⁵¹ Autoridad (del verbo "augeo, auctum, augere": aumentar, crecer) es el atributo de aquel ser humano quien "ha crecido" hasta tal punto que puede ser imitado por los demás. Así que, autoridad significa el modelo a seguir.

⁵² La palabra solidaridad proviene del adjetivo latino arcaico *sollus*, que deriva del griego *ολον*, que significa entero, integro y compacto.

de amistad, es una exigencia de la fraternidad humana. En efecto, los problemas socioeconómicos pueden ser resueltos solamente con la solidaridad en todos sus diversos niveles. En resumen, nuestra paz interior, la paz familiar y la paz social son frutos de la solidaridad.

Principio de subsidiaridad. Para llegar a una genuina definición de justicia social es necesario cultivar la virtud de la subsidiaridad⁵³ que complementa la virtud de la solidaridad. La subsidiaridad protege a los individuos y a los grupos particulares del peligro de perder su legítima autonomía. En efecto, una intervención exagerada de los grupos superiores puede amenazar la libertad y la iniciativa de los individuos de los grupos inferiores.⁵⁴ Consecuentemente, todo poder superior, incluso el poder del Estado, debe intervenir sólo para ayudar a los particulares, apoyándolos en sus propios proyectos.⁵⁵ Por el principio de subsidiaridad, una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, ya que lo privaría de sus competencias. En caso de necesidad, debe sostenerlo y ayudarlo a coordinarse con los demás grupos sociales particulares, con miras al bien común.

Aplicando el principio de subsidiaridad, la sociedad puede superar toda forma de paternalismo, de autoritarismo, de centralismo, de colectivismo, de populismo y de toda injerencia de un poder superior que pretenda limitar o eliminar la creatividad responsable de los grupos sociales menores.

Principio del destino universal de los bienes. Para fundamentar una genuina definición de justicia social es necesario admitir que los bienes de la Tierra están destinados al uso de todos los hombres para satisfacer el derecho a una calidad de vida conforme con la dignidad de cada persona y de su familia. Ahora bien, el derecho a la propiedad privada, en sí legítimo y necesario, debe ser interpretado en su función social, a la luz de los principios de la subsidiaridad y de la solidaridad. Por cierto, la ley natural nunca ha sostenido el derecho de la propiedad privada como algo absoluto e intocable. Al contrario, el derecho de la propiedad privada debe ser entendido en el contexto amplio del derecho de usar los bienes de la creación

⁵³ La palabra subsidiaridad se deriva del término latino *subsidium* que significa las tropas de reserva. En efecto, la milicia romana distinguía las tropas que combatían en el frente (en primera fila) y las tropas de reserva (*cohortes subsidiariae*). La subsidiaridad expresa pues la idea de reserva, de ayuda suplementaria, de sostén y de refuerzo.

⁵⁴ Hay que aplicar el principio de subsidiaridad en el núcleo familiar y en el salón de clase. Solamente así podremos aprender a educar a la libertad, es decir, a tomar decisiones.

⁵⁵ Apoyar (*ad*=hacia; *podium*= base, plataforma) tiene la idea de sostener. Ayudar, coadyuvar (*ad*=hacia; *juvenis*=joven), tiene la idea de renovar, es decir, de mantener joven.

entera. En efecto, el derecho natural de la propiedad privada se subordina al principio del destino universal de los bienes. Consecuentemente, el dueño no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas. Debe considerarlas también comunes, en el sentido de que no sean de provecho para él solamente, sino también para los demás. En efecto, los bienes creados deben llegar a todos los hombres en forma equitativa, en un contexto de justicia y de solidaridad.

Principio del valor de trabajo humano. Para llegar a una genuina definición de justicia social es necesario revalorar el trabajo⁵⁶ humano, que se realiza fundamentalmente en tres ámbitos: personal, familiar y social.

En el ámbito personal, el trabajo tiene como finalidad primaria el perfeccionamiento de todas las dimensiones del ser humano.

En el ámbito familiar, el trabajo promueve el desarrollo doméstico integral. Además, los ejemplos de responsabilidad en la obligación de trabajar contribuyen a educar en la laboriosidad a los miembros de la familia.

En el ámbito social, el trabajo de cada individuo y de cada familia es una contribución al bien común entendido como el conjunto de condiciones económicas, educativas, políticas y culturales que promueven el desarrollo de las personas y de todos los grupos sociales.

En efecto, consta que el bien común no puede existir ni perdurar sin el trabajo humano en todos los sectores de la sociedad.

Ahora bien, al hablar de lo humano del trabajo humano, es necesario aclarar la relación entre capital y trabajo. En efecto, desde el punto de vista económico, el capital significa el dinero de inversión. Sin embargo, es importante distinguir entre las cosas que constituyen el capital y las personas que son los propietarios de ese capital, quienes a veces son denominados también como “el capital”.

Ahora bien, si se compara el trabajo humano con el capital entendido como cosa, es indudable la absoluta superioridad del trabajo humano sobre el capital.

Asimismo, si comparamos la persona humana de quienes integran el grupo del “capital” con la persona humana de los trabajadores, debemos reconocer una identidad sustancial entre ambas, así que la lucha de clases

⁵⁶ Etimológicamente la palabra trabajar deriva del verbo latino *tripaliare* y tiene un sentido poco humano. En efecto, *tripaliare* viene de *tripalium* (tres palos), que era un yugo con tres palos sobre el cual se amarraban los esclavos para azotarlos.

La palabra salario deriva de sal, que era un agregado al sueldo de los trabajadores romanos de las salinas. Sal deriva de *salus* (salud), ya que la sal no era solamente un condimento, sino también un antiséptico.

es contraria a los derechos humanos fundamentales. En efecto, la solución de los conflictos se encuentra en el reconocimiento de la igualdad de la dignidad de todas las personas, aunque actúen en grupos diversos.

Es importante reconocer que, para hablar de trabajo humano, es urgente tener presente la constitución de la naturaleza humana. Creados a imagen del único Dios y dotados de una idéntica alma racional, todos los humanos tenemos un mismo origen y poseemos una misma naturaleza. En consecuencia, hay que superar y eliminar toda forma de discriminación por motivos de sexo, raza, color, lengua, religión o condición social. En resumen, en el trabajo, la persona aplica sus capacidades físicas y espirituales (la inteligencia y el querer reflexivo) para obtener el sustento personal y familiar, y para prestar los servicios a la comunidad. Por ello, el justo salario es el fruto legítimo del trabajo. Negarlo o retenerlo constituye una grave injusticia.

Aquí terminamos el desarrollo de los seis principios fundamentales de los cuales puede brotar una genuina definición de justicia social.

V. Conclusión

De las reflexiones acerca de la visión clásica de justicia y de los seis principios relativos al hombre y a la sociedad se deriva la siguiente definición de justicia social.

Justicia social es la virtud adquirida que inclina la voluntad del hombre a crear el conjunto de condiciones de vida que permiten a los grupos humanos y cada uno de sus miembros alcanzar su propia realización.

Sin embargo, esta definición de justicia social será transformadora, solamente si la vivificamos con cuatro de sus presupuestos antropológicos:

Sostenemos que todo ser humano es una persona que ha nacido corporalmente, dotada de los valores de la inteligencia y del querer reflexivo, para llegar a su realización integral. Alcanzaremos la verdadera realización, si aprendemos a no divinizar el dinero y el poder. Conseguiremos nuestra realización definitiva, solamente si creemos que el ser humano se encuentra realizado en la unión, mientras que se encuentra frustrado en la división. Obtendremos la realización total, si somos constructores de la paz, convencidos que el principio de la paz social radica en nuestra paz interior.

Todo promotor de los derechos humanos debe ser un maestro de estos valores de la sabiduría que hemos heredado, cuya práctica puede llevarnos a adquirir y a conservar personal y socialmente una mentalidad unificadora.

VI. Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 1981.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2001.

Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Barcelona, Planeta, 2005.

CORETH, Emerich, *¿Qué es el hombre? Esquema de una antropología filosófica*, Barcelona, Herder, 1973.

GALLEGOS ROCAFULL, José María, *La filosofía en México en los siglos XVI y XVII*, México, UNAM, 1963.

MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1947.

PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1980.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica y Suma contra gentiles*, Madrid, BAC, 1963.

VERNEUX, Roger, *Filosofía del hombre*, Barcelona, Herder, 1983.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1999.

La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos

Carlos Brokmann Haro*

RESUMEN: Tomando en cuenta la historia universal, se ha entendido en ocasiones que basar las relaciones internacionales en los derechos humanos es una imposición de Occidente, y que el discurso universal de los derechos esconde los intereses de las naciones más poderosas, y esto es un pretexto común para la poca atención a la tutela de los derechos humanos, lo cual dificulta la cooperación internacional. Los derechos humanos son un medio para lograr la dignidad de las personas, pero deben ser estudiados a la luz de la antropología, la historia y la sociología de cada país para su verdadera efectividad, ya que las diferencias en el debate cultural entorpecen también la colaboración entre Estados para su tutela. La Doctrina del Margen de Apreciación, desarrollada por el Tribunal Europeo, tiene como propósito preservar la autonomía de las decisiones judiciales de los Estados, respetando ciertos valores que son centrales y merecen protección a pesar de las diferencias culturales, lo cual limita el campo de acción de los organismos internacionales y fortalece la idea de que la tutela de los derechos está primordialmente en manos de los Estados que serán supervisados por los organismos internacionales, cuya labor será subsidiaria, es decir, que buscarán la protección de los derechos humanos sin interferir con la soberanía y autonomía de los Estados, equilibrio que ha representado el mayor reto para los derechos humanos a nivel internacional.

ABSTRACT: Considering world history, it has sometimes been understood that using human rights as a basis for all international relations is an imposition from the west world, and that this whole discourse is just a cover for the interests of the most powerful nations, and this has been used very often as an excuse for the lack of attention to the guardianship of human rights, which makes international cooperation very difficult. Human rights are supposed to be the means towards dignity, but they must be studied in the light of anthropology, history, and sociology so they can be really and effectively protected, because cultural differences are also slowing down the cooperation between nations for this purpose. The purpose of the margin of appreciation doctrine, which was developed by the European Court of Human Rights, is to preserve the autonomy of judicial

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

decisions of every nation, but always respecting certain values that deserve a special protection, despite cultural differences, which restricts the activity of international organisms and strengthens the idea that it is the responsibility of the nations to protect human rights in the first place, and they will be supervised by the international organisms, whose job will be subsidiary, which means that they will seek the protection of human rights without interfering with sovereignty or self-government of the nations, which has been one of the biggest challenge for human rights worldwide.

SUMARIO: I. Relativismo cultural y derechos humanos. II. La Doctrina del Margen de Apreciación y su desarrollo como instrumento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Definición de la doctrina. 2. Origen y desarrollo temprano. 3. Consolidación de la doctrina. III. La protección de los derechos humanos a través de la Doctrina del Margen de Apreciación. 1. Fuentes, métodos y técnicas de la doctrina. 2. Análisis de la aplicación de la doctrina. IV. Balance de la Doctrina del Margen de Apreciación. V. Bibliografía.

I. Relativismo cultural y derechos humanos

Una de las razones de mayor importancia para tomar en consideración el contexto contemporáneo y las razones de su origen a través de la antropología y la historia es el desarrollo diferencial de las naciones. Este desarrollo en muchos casos se debe a la imposición de modelos y regímenes por parte de los poderosos a los débiles. En este plano, la postura liberal-democrática de basar las relaciones internacionales en los derechos humanos es percibida por muchos sectores como una nueva imposición occidental. El Occidente tiene una deuda histórica con las naciones que fueron víctimas de su explotación a través de los sistemas coloniales. Esta herencia incluye la necesidad de crear y mantener especial cuidado y sensibilidad al tratar de impulsar argumentos de universalidad ante los conflictos derivados del choque de valores culturales diferentes. Los occidentales debemos recordar el poderío económico, político, militar y cultural que se encuentra detrás de las acciones de nuestros gobiernos y que realza cualquier intento que sea percibido como una imposición por otras culturas. En opinión de Donnelly, sin embargo, esta precaución no puede, sin embargo, ser usada como excusa para la pasividad en el campo de la defensa y promoción de los derechos humanos en el plano internacional. La crítica común de que la universalidad de los derechos humanos esconde detrás los intereses de las naciones occidentales poderosas tiene muchos casos como apoyo. Pero al mismo tiempo sería imposible crear un sistema global de rendición de cuentas de no establecerse con bases y normas que se puedan

extender a todo el orbe. La experiencia internacional demuestra que las disputas entabladas fuera del orden jurídico y la racionalidad suelen resolverse mediante el poder, sea cultural, político o económico.¹ De esta manera, la única manera relativamente práctica de establecer mecanismos internacionales eficientes ha sido, precisamente, a través de la aceptación de principios universales.

Una de las primeras propuestas para incorporar la visión antropológica en los instrumentos de protección de los derechos humanos surgió en 1947. En este año la American Anthropological Association (AAA) postuló en su Statement una pregunta crucial en relación con la entonces propuesta de declaración universal de los derechos humanos: ¿cómo puede ser la Declaración propuesta aplicable a todos los seres humanos y no ser una declaración de derechos concebidos solamente en términos de los valores prevalentes en los países de Europa occidental y América? Para la AAA este propósito sería realizable solamente si se cumplían aspectos clave. El primero sería tomar en consideración que el individuo cumple (realiza) su personalidad a través de su cultura; por lo tanto, el respeto a las diferencias individuales implica un respeto por las diferencias culturales. El segundo que el respeto por las diferencias está validado por el hecho científico de que no ha sido descubierta ninguna técnica para evaluar cualitativamente las diferentes culturas.² Aunque la AAA envió su misiva al comité que se encontraba elaborando la propuesta final para la Organización de las Naciones Unidas (ONU), estos comentarios y premisas no fueron tomados en cuenta y no se invitó a los especialistas a participar. El resultado fue la Declaración Universal de Derechos Humanos, un documento que a pesar de su reconocimiento y adopción virtualmente universales muestra sesgos culturales similares a la institución que lo creó. El objetivo del equipo de redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) fue que al declararlos como universales morales se crease una conciencia nueva: "al declarar estos derechos como universales morales, se fomentaría una conciencia de derechos globales por la 'gente común' de todo el mundo".³

¹ Jack Donnelly, *International Human Rights*, pp. 52-53.

² Marie-Bénédicte Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, pp. 156-157, en http://www.amazon.com/gp/reader/0521683076/ref=sib_dp_pt/103-9169719-4585407#reader-link, consultado en octubre de 2007.

³ Helen Stacy, "Human Rights in a Fragmenting World", conferencia no publicada, 10th Annual Conference on "The Individual vs. the State", Universalism in Law: Human Rights and the Rule of Law, Central European University, Budapest, 14-16 June 2002, pp. 3-4, en www.ceu.hu/legal/ind_vs_state/Stacy_paper_2002.htm, consultado en agosto de 2007.

Diversos autores han señalado la importancia que ha tenido en la ONU la influencia de la cultura y la política de sus Estados partes y existen numerosos ejemplos prácticos de choques en el marco de la aplicación de un documento aceptado en principio por todos, un caso de la existencia de percepciones sistémicas en el seno de la organización.⁴ El conjunto de factores cuya influencia en las políticas de la ONU es más difícil evaluar proviene de la cultura política y la ideología de los países miembros. Aunque es casi imposible determinar cómo y en qué medida condicionan estas bases la política de la ONU, su influencia como marco limitante es innegable. Ejemplos de “tradición cultural” y autopercepción incluyen el pacifismo de la India, el panafricanismo de Jamaica y la neutralidad no intervencionista de Alemania.⁵

Para John Ruggie se trata de cómo “lógicas” diferentes en el ámbito doméstico afectan la cooperación internacional. La influencia de la cultura política y la ideología no se aprecian claramente debido a la exclusión por

⁴ La fundación de la ONU supuso la creación de un organismo multilateral basado en una serie de premisas y valores culturales específicos. Contiene todas las estructuras centrales del mundo de la posguerra, incluyendo reglas para determinar las relaciones entre los Estados: Estado soberano como sujeto de la ley internacional, concepto de la no intervención, o el principio de autoayuda. Entre las ideas que subyacen a la Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentra la de la legitimidad del gobierno (governance) de las grandes potencias en materia de paz y seguridad (Consejo de Seguridad), la validez de la guerra como árbitro (arbitrer) y, por último, una concepción liberal e individualista de los derechos humanos. Diversos investigadores han analizado el “liberalismo subsumido” (embedded liberalism) que gobierna instituciones y normas de la ONU desde su fundación. Keith Krause y W. Andy Knight, “Introduction: Evolution and change in the United Nations system”, en K. Krause y W. Andy Knight, eds., *State, Society, and the UN System: Changing Perspectives on Multilateralism*, pp. 8-10.

⁵ Desde el punto de vista antropológico, la Declaración Universal de Derechos Humanos es evidente resultado de una posición específica en cultura, tiempo y espacio. Se trata de una concepción particular del bien común que está repleta de conceptos de alcances tan particulares como los señalados por Dembour: personalidad jurídica (art. 6); nacionalidad (art. 15); acceso a los servicios públicos (art. 21); protección contra el desempleo (art. 23), y vacaciones periódicas con goce de sueldo (art. 24).

Casi todas ellas simplemente no se registran en la mayoría de las sociedades que han existido. La suma de todas estas características lleva a lo obvio según Dembour; los encargados de su formulación expresaron deseos personales y culturales compartidos, no una visión “universal”. Marie-Bénédicte Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, p. 156, en http://www.amazon.com/gp/reader/0521683076/ref=sib_dp_pt/103-9169719-4585407#reader-link1, consultado en octubre de 2007.

parte de la perspectiva realista (que sólo evalúa los factores racionales, no los “valores”) y es oscurecida por un análisis institucional de corte liberal.⁶

Los factores que han derivado en la gradual pérdida de legitimidad y consenso para la aplicación de diversas medidas de protección a los derechos humanos por parte de la ONU derivan en cierta medida de esta confrontación cultural. Pero esta crisis no es inevitable ni necesaria. Para especialistas como Donnelly y Stacy, los derechos humanos son una combinación dinámica de justificaciones jurídicas, políticas y morales que deben responder una pregunta central: ¿cómo debe construirse una legitimidad profunda para el consenso internacional a través de las divisiones culturales e intelectuales? Esta construcción asume una serie importante de variables; que el individuo/reclamante se considera agente y no sujeto únicamente, se asume un papel mayor que el simple reconocimiento jurídico y un compromiso institucional ante el individuo, creando los que se podría denominar una “ética de la alteridad” como base para la implementación de sistemas eficaces en la defensa y protección de los derechos humanos.⁷

Donnelly, basado en la experiencia global y en el discurso de los derechos humanos, propone que se trata de un proyecto político en construcción, caracterizado por tres ejes:

- Liberal*: en el sentido de que se basa en y está comprometido con el cumplimiento de los derechos de sus ciudadanos.
- Democrático*: porque reconoce en los sistemas electorales y en la igualdad de los ciudadanos y el sufragio el instrumento más efectivo de gobierno.

⁶ K. Krause y W. Andy Knight, “Conclusion: States, societies, and the United Nations in a multilateral context”, en K. Krause y W. Andy Knight, eds., *op. cit.*, pp. 254-256.

⁷ Stacy propone la perspectiva metodológica que llama eufemísticamente “bailar en el borde de la transición entre la subjetividad y la objetividad” para alcanzar estos objetivos:

- Ética de la alteridad; entender las diferencias culturales como imperativo moral.
- Procedimentalismo como marco operativo de este propósito moral.

Entendimiento dialógico de la diferencia cultural; imposible aprehender al Otro por completo, pero se supera la idea de los derechos humanos como simple discurso político. Helen Stacy, “Western Triumphalism: the Crisis of Human Rights in the Global Era”, reseña de Anthony J. Langlois, *The Politics of Justice and Human Rights: Southeast Asia and Universalist Theory*, *Macquarie Law Journal*, vol. 2, pp. 14-16, 2002.

—*Bienestar social (welfare)*: porque está comprometido con el extenso conjunto de derechos económicos y sociales.⁸

La democracia y el desarrollo, así como los derechos humanos, no son el objetivo de, sino los medios de proveer una vida digna. Para diversos analistas, los organismos y tratados internacionales han dado forma a esta “vida digna” a través de los instrumentos de derechos humanos.

Ante la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y un par de décadas tras el final de la Guerra Fría los nuevos regímenes se encuentran ante un dilema. Por un lado, el fin de la bipolaridad ha permitido en surgimiento y empoderamiento de nuevos actores políticos. Éstos han permitido extender los derechos humanos en regiones que ahora son parte de actividades de desarrollo transnacional. Por otra parte, la expansión del discurso de los derechos humanos resalta los problemas teóricos, prácticos y fenomenológicos que existen su centro mismo.⁹ La antropología, como ciencia dedicada al estudio de las culturas y de su comparación tiene diversos elementos que podrían servir el la implementación efectiva de un sistema de protección de los derechos humanos efectivo.

Poner los instrumentos de la antropología al servicio de la protección de los derechos humanos no es una idea nueva.¹⁰ A continuación analizaremos desde esta perspectiva la Doctrina del Margen de Apreciación, una herramienta diseñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para cumplir varios de estos objetivos. En su conjunto, la doctrina refleja bien varios de los postulados de algunos antropólogos altamente reconocidos. Para empezar, Geertz propone que la búsqueda de “universales” en las culturas ha sido planteada de forma errónea; es necesario buscar relaciones sistemáticas entre fenómenos diversos, no identidades sustantivas entre fenómenos similares. Para lograrlo debemos eliminar la concepción “estratigráfica” de las relaciones que existen entre los diversos aspectos de la existencia humana (psicológica, cultural, etcétera) para tratarlos como diferentes aspectos de un solo proceso. Es necesario integrar teorías de tipos diferentes y conceptos de forma que se puedan hacer propuestas con sen-

⁸ J. Donnelly, “Ethics and international human rights”, en Jean-Marc Coicaud y Daniel Warner, editores, *Ethics and international affairs: Extents and limits*, pp. 153-154.

⁹ Mark Goodale, “Toward a Critical Anthropology of Human Rights”, en *Current Anthropology*, vol. 47, pp. 509-510.

¹⁰ Carlos Brokmann, “Relativismo cultural: evolución de un concepto antropológico ante los derechos humanos”, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 2, núm. 5, pp. 7-43.

tido de manera globalizadora. Para cumplir el objetivo de crear una imagen más exacta del ser humano, Geertz sugiere que debemos tomar en consideración dos premisas. La cultura debe ser vista como un conjunto de mecanismos de control para gobernar la conducta (eliminando la tendencia a verla como patrones de conducta concreta). El ser humano es el animal que más requiere estos mecanismos de control extra-genéticos y externos para regular su conducta.¹¹ Con estos objetivos en mente, proponemos al lector analizar la doctrina con cierto detenimiento.

II. La Doctrina del Margen de Apreciación y su desarrollo como instrumento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al término de la Segunda Guerra Mundial y de manera paralela al desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas se llevó a cabo el Congreso de Europa en La Haya (1948). Los países participantes, temiendo una nueva conflagración, optaron por crear dos nuevos instrumentos. El primero sería una carta de derechos humanos y el segundo un tribunal europeo que aplicase las sanciones ante el incumplimiento de la primera. En 1950, en la ciudad de Roma, se firmó la Convención Europea de Derechos Humanos, que en su artículo 19 incluyó la constitución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹² A través de su historia, ambos se han consolidado como creaciones fundamentales para el manejo pacífico y legal de las relaciones entre sus Estados partes. El término “margen de apreciación” tiene acepciones jurídicas distintas. En este caso nos referimos únicamente a la manera en que ha sido desarrollado como doctrina a través del tiempo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El concepto ha sido utilizado en cientos de sentencias por los organismos de Estrasburgo al aludir al “margen de maniobra” del que gozan las autoridades nacionales de los Estados partes de la Convención Europea de Derechos Humanos para cumplir sus obligaciones principales dentro de este convenio. Se ha convertido en un instrumento de interpretación útil para que el tribunal decida

¹¹ Clifford Geertz, “El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre”, en C. Geertz, *La interpretación de las culturas*, pp. 52-54.

¹² Pedro José Adib, “La sentencia del caso Diane Pretty a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 2, pp. 10-14.

con claridad y transparencia acerca de la competencia local, nacional y europea. Para este propósito se han ido afinando criterios para determinar los valores centrales contenidos en la convención, que deben ser protegidos a pesar de las diferencias culturales que existen entre las naciones, de aquellos casos en los que existe un margen de discrecionalidad basado en estas diferencias.¹³

1. Definición de la doctrina

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado la Doctrina del Margen de Apreciación como una herramienta útil para englobar las necesidades de los Estados miembros de la convención dentro del marco de los valores centrales que fueron acordados. En su manifestación contemporánea, la doctrina se enfoca primordialmente a la confrontación de valores de un individuo frente a la sociedad en la que vive. La Doctrina del Margen de Apreciación ha resultado valiosa en la legitimación de las decisiones del tribunal en tanto se toman en cuenta los principios y costumbres del país del cual se trata; una manera de que la normativa europea adquiera carácter local dentro del principio de universalidad. Aunque frecuentemente ha sido contrapuesta a este principio, para la mayoría de los autores la doctrina ha servido para implementar de manera más eficaz este carácter universal de los derechos humanos.¹⁴ En la actualidad se debate el papel de la doctrina en la jurisprudencia de Estrasburgo, siendo considerada uno de sus elementos centrales e importante aportación en términos de la creación de consensos y legitimación de sus decisiones. Uno de los aspectos que más han llamado la atención de los investigadores es la posibilidad de los Estados europeos de tomar en cuenta las condiciones y el contexto en la aplicación de la normativa de los instrumentos internacionales: “Aunque es difícil para definir, el margen de apreciación se refiere a la capacidad de

¹³ Aaron A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *Hanse Law Review*, vol. 1, núm. 1, pp. 48-50, en <http://www.hanselawreview.org/cgi-bin/>, consultado en septiembre de 2007.

¹⁴ Aaron A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *Hanse Law Review*, 2005, vol. 1, núm. 1, pp. 47-48, en <http://www.hanselawreview.org/cgi-bin/>, consultado en septiembre de 2007.

maniobra que se permite a los Estados miembros [de la Convención Europea de Derechos Humanos] en su observancia de la convención”.¹⁵

Benvenisti ha sugerido que este margen de maniobra se centra en los conflictos de índole moral o ética que pueden surgir en la observancia de un solo código en condiciones históricas y culturales distintas. El concepto que quizás se le acerca es el de la discrecionalidad judicial; la capacidad de un juez de elegir una resolución cuando existe una gama de ellas basándose en criterios antropológicos, históricos o sociológicos.¹⁶ De manera amplia podemos afirmar que la Doctrina del Margen de Apreciación es una herramienta que permite a los organismos de Estrasburgo enlazar los conceptos jurídicos con una realidad en continua transformación y permite a sus jueces aplicar los valores centrales de los derechos humanos atendiendo las condiciones particulares de cada caso.

2. Origen y desarrollo temprano

La base real de la Doctrina del Margen de Apreciación se origina en la forma en que se desarrolló la Convención Europea de Derechos Humanos. Al ser adoptada, la convención representaba el común denominador europeo en materia económica, social, cultural y política, una suerte de consenso mínimo para el nuevo pacto. La necesidad de respetar la competencia de cada Estado miembro hizo que Estrasburgo impulsara la doctrina para preservar la “buena fe” y la “continua cooperación”; la doctrina es así un mecanismo de equilibrio entre la aplicación nacional de los derechos humanos y la aplicación uniforme del sistema de la convención.¹⁷ En el marco de esta laxitud o margen de aplicación de la normativa en derechos humanos que los países europeos ejercían en razón de su soberanía y principios e intereses nacionales, dos artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos fueron la base para la creación de una jurisprudencia específica. El primero de ellos es el:

¹⁵ Los datos provienen de la obra de Thomas A. O’Donnell, “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *4 Human Rights Quarterly* 474, 475, 1982, citado por Onder Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, en *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, p. 711.

¹⁶ Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, consensus, and universal standards”, en *International Law and Politics*, vol. 31, pp. 843-844.

¹⁷ O. Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, en *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, p. 717.

Artículo 19. Institución del Tribunal.

Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado el Tribunal. Funcionará de manera permanente.¹⁸

De esta manera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se erigió como un árbitro supremo en lo referente a las frecuentes disputas que existían en razón de las marcadas diferencias sociales, económicas, políticas y culturales que caracterizan a sus Estados miembros. El segundo artículo que posibilitó el desarrollo de la doctrina se refiere expresamente a la importancia del consenso como plataforma de la legitimidad jurídica (y podríamos añadir, de carácter político):

Artículo 45. Motivación de las sentencias y de las resoluciones.

1. Las sentencias, así como las resoluciones por las que las demandas se declaren admisibles o no admisibles, serán motivadas.

2. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los Jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado.¹⁹

En el primer estudio que elaboró la historia del surgimiento, desarrollo y consolidación de la Doctrina del Margen de Apreciación, Howard Yourow planteó que las funciones de supervisión internacional fueron las que llevaron a su surgimiento. Una serie de casos paradigmáticos y la compleja contraposición de posiciones jurídicas que revelaron desembocaron en una serie de principios que dieron forma a la Doctrina del Margen de Apreciación. El primer principio fue el de la posible derogación de una norma europea en el nivel nacional en circunstancias específicas. A este principio corresponde una serie de casos en los cuales se habló por vez primera del margen de apreciación. Los principales eventos específicos que llevaron a la adopción del principio de derogación como parte de la naciente Doctrina del Margen de Apreciación fueron los Casos de *Chipre* —nacimiento del

¹⁸ Red Iris, Red Española de I+D, Constituciones, Convención Europea de Derechos Humanos, en http://constitucion.rediris.es/legis/1950/tr1950-11-04_roma.html, consultada en mayo de 2008.

¹⁹ Red Iris, Red Española de I+D, Constituciones, Convención Europea de Derechos Humanos, en http://constitucion.rediris.es/legis/1950/tr1950-11-04_roma.html, consultada en mayo de 2008.

término—, Caso *Lawless* —propuesta del margen a la Corte—, Caso *Coroneles griegos* —derogación permitida por primera ocasión— y Caso *Irlanda vs. Reino Unido* —cuyo resultado fue la derogación y una queja entre los Estados nacionales.²⁰ No obstante, durante las discusiones se desecharon cuando menos dos casos en los cuales se había invocado el principio del margen de apreciación. Ambos fueron rechazados por tratarse de problemas relacionados con la seguridad interna de los países involucrados y se trató de los Casos *Klass* y *Arrowsmith*.²¹

El análisis judicial de todos estos casos llevó a una discusión cada vez más enfocada a debatir el carácter universal de la normativa referente a los derechos humanos con la necesidad de reconocer las particularidades de cada uno. Éste es un ejemplo evidente de que el debate con el relativismo cultural no está restringido solamente a la confrontación de “civilizaciones” (Braudel, Huntington), sino que se encuentra en todos los niveles. De hecho, Dembour considera erróneo e improductivo considerar siquiera que los derechos humanos representen una perspectiva occidental. El debate existe aún dentro de la cultura occidental; el análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos muestra claras diferencias e inclusive aplicación de principios relativistas en un marco de supuesta “homogeneidad de criterio” respecto de los derechos humanos. No es correcto ver el debate como choque entre regiones; el relativismo cultural resalta el hecho de que en la noción de “estándares comunes mínimos” (minimal common standards) éstos no son comunes en realidad.²² En realidad, lo que los países europeos debatían a través de estos casos puede verse como una extensión del problema filosófico entre universalismo y particularismo o unida y diversidad. En ausencia de una unidad auténtica, identificar las posiciones antagónicas según cul-

²⁰ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 10-21.

²¹ Alternativamente a esta visión cronológica que adopta Yourow, Bakircioglu propone un esquema de la evolución de la Doctrina del Margen de Apreciación con base en la forma en que fueron adoptadas e implementadas sus normas esenciales. Para este autor, la doctrina tiene sus raíces en el *Conseil d'Etat jurisprudence* francés, así como en la ley administrativa de las jurisdicciones civiles. R. St. J. Macdonald, “The Margin of Appreciation”, en R. St. J. Macdonald, F. Matcher y H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights* 83; véase Takahashi, *supra* nota 1, at 2-3, citado por O. Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, en *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, p. 713.

²² M.-B. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, en http://www.amazon.com/gp/reader/0521683076/ref=sib_dp_pt/103-9169719-4585407#reader-link.

tura, raza o región no resulta solamente inútil, sino que contiene elementos de un peligroso esencialismo. En este marco, la Doctrina del Margen de Apreciación comenzó a gestarse como un instrumento novedoso y útil para la eficaz defensa de los valores centrales de los derechos humanos.

Howard Yourow advierte en *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* que el desarrollo doctrinario del margen de apreciación tiene dos fases claramente distintas, siendo 1979 el parteaguas de su evolución. Hasta 1979 los casos tendieron al establecimiento de estándares para aplicar lo que en ese momento era una serie de principios cuya aplicación podía resultar casuística. Los casos que se relacionan con este periodo temprano de la Doctrina del Margen de Apreciación pueden analizarse según el tipo temático que les dio principio. Los casos relacionados con el debido proceso, tanto en el ámbito penal como civil, fueron la base de este segundo periodo de desarrollo. Sin embargo, el área de las libertades individuales en la cual floreció el interés jurídico debido a que se trata de un tema en el cual resulta más que evidente la contraposición de los principios abstractos de la normativa universal con los valores y principios culturales y de las personas. El caso *Belgian Linguistic*, con su abierta discusión de cómo enfrenta el problema del rechazo local de una norma sin permitir la derogación en el nivel nacional, sirvió como un “principio puente” que permitió enlazar los cambios en la perspectiva que impulsaba un margen de apreciación de naturaleza restrictiva con la puntualización de los principios básicos que la conformaban. De hecho, dio pie a que se tratara la doctrina desde la perspectiva de que podría generarse una relativa autonomía en las funciones de supervisión internacional.²³

En la primera etapa de la Doctrina del Margen de Apreciación (antes de 1979), las instituciones de Estrasburgo retomaron los principios de aplicación discrecional en el nivel nacional para ejercer su función de supervi-

²³ En el Caso *Belgian Linguistic* se aceptó la crítica al sistema educativo belga por parte de padres francófonos que no querían educar a sus hijos en el sistema bilingüe.

El derecho a la educación garantizado por la primera frase el artículo 2 del Protocolo (P1-2) por su naturaleza misma requiere la reglamentación por parte del Estado, reglamentación que puede variar en tiempo y espacio dependiendo de las necesidades y recursos de la comunidad y los individuos.

[the right to education guaranteed by the first sentence of Article 2 of the Protocol (P1-2) by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals.]

O. Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, pp. 715-716.

sión de manera moderada. A partir del artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que contempla los casos extraordinarios de derogación, se proyectó como principio para aquellos que no cumplieren con la normativa en forma menos tajante:

Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia.

1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2 salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.²⁴

Se comenzó a utilizar como mecanismo en el ámbito de las libertades individuales (artículos 8 al 11 de la convención) dentro del marco del margen de apreciación que la corte reconoce en los países miembros. El principio fue manejado de manera discrecional; en ausencia del consenso de la mayoría de los Estados el margen fue apreciablemente más amplio. En los casos en que el consenso parecía más sólido el margen tendía a restringirse, pudiendo identificarse esta tendencia en varios casos en los que la corte obligó a ciertas naciones a aceptar la normativa europea. Para Yourow, el surgimiento del principio de proporcionalidad en el margen de apreciación fue uno de los desarrollos más importantes del proceso. La dualidad analítica derechos-limitaciones, la definición necesaria de “sociedad democrática” y de “necesidad”, así como los factores sociales y tecnológicos de cambio, comenzaron a ser definidos durante el periodo.²⁵ En lo general,

²⁴ Red Iris, Red Española de I+D, Constituciones, Convención Europea de Derechos Humanos, en http://constitucion.rediris.es/legis/1950/tr1950-11-04_roma.html, consultada en mayo de 2008.

²⁵ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 54-55.

la tendencia de la corte fue conservadora con respecto a los temas álgidos, defendiendo el derecho de los Estados a tener una legislación relativamente de derecha en diversos aspectos.²⁶

3. Consolidación de la doctrina

Intereses políticos, sociales y culturales, discusión de casos y el desarrollo de una jurisprudencia propia desembocaron en la gradual expansión de la doctrina. La primera formulación explícita del margen de apreciación en opinión de Bakircioglu y otros investigadores se presentó en la sentencia del Caso *Irlanda vs. Reino Unido* de 1978:

En primera instancia recae en cada Estado miembro, con la responsabilidad de la existencia de su nación, el determinar si esta existencia está amenazada por una emergencia pública y, si es así, que tan lejos es necesario ir al intentar sobrepasar esta emergencia. En razón de su contacto continuo y directo con las apremiantes necesidades del momento, a las autoridades nacionales se encuentran en principio en mejor posición que el juez internacional para decidir tanto acerca de la presencia de dicha emergencia, como acerca de la naturaleza y ámbito de las derogaciones necesarias para evitarla. En este sentido, el artículo 15 (1) deja abierto a estas autoridades un amplio margen de apreciación.²⁷

²⁶ Un aspecto que Yourow, Ostrovsky y Bakircioglu han destacado es la ausencia absoluta de la aplicación del margen de apreciación en casos de debido proceso en los ámbitos civil y criminal (los que derivan de los artículos 5 y 6 de la convención). Sin embargo, a partir de la segunda etapa de la Doctrina del Margen de Apreciación este ámbito fue uno de los analizados en mayor detalle por las importantes aristas de intervención del Estado que presenta.

²⁷ Esta misma lógica fue utilizada en otros casos, como *Brannigan and McBride* de 1993, que cimentaron una actitud deferente hacia las decisiones de los Estados participantes y las medidas destinadas a evitar la confrontación. El texto original de la sentencia es el que sigue:

It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for the life of [its] nation, to determine whether that life is threatened by a public emergency and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter, Article 15(1) leaves those authorities a wide margin of appreciation.

La Doctrina del Margen de Apreciación se convirtió gradualmente en una parte fundamental de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo (tanto en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en el de la convención), expandiéndose para cubrir diversas áreas de la normativa europea.

Habiendo establecido el principio de la Doctrina del Margen de Apreciación con base en casos relacionados con la derogación nacional de normas europeas, la Tribunal Europeo de Derechos Humanos gradualmente comenzó a expandirla como un instrumento útil en el sistema internacional. La expansión doctrinaria se basó en que los miembros de la corte percibieron la utilidad de aplicar el mismo principio en casos de naturaleza jurídica diferente. A partir de los artículos relacionados con el debido proceso, se fueron incorporando otros, como los relativos a la propiedad privada, a la discriminación de personas y a diversas libertades individuales.²⁸ La preservación de la autonomía de las decisiones judiciales de los Estados miembros constituyó, de esta manera, el propósito fundamental de la doctrina. Al delimitar el ámbito de acción de los organismos internacionales se fortaleció la noción de que la responsabilidad de proteger los derechos y libertades individuales es una obligación de los gobiernos nacionales. Fue esta labor, que sería supervisada por las instituciones europeas, lo que dio como resultado que no se interfiriese con juicios internos ni siquiera como tribunal de apelación extranacional. Con ello se impulsó un segundo aspecto interesante de la doctrina: su énfasis en el carácter subsidiario de todo el sistema europeo. Este principio de subsidiaridad fue explicado con claridad en el paradigmático Caso *Handyside*:

En razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades de los Estados en principio están en una mejor posición que el juez internacional para emitir una opinión sobre el exacto contenido de estos requisitos, tanto como de la “necesidad”, de una “restricción” o de una “penalización”... Es responsabilidad de las autoridades nacionales realizar la evaluación inicial de la realidad de las necesidades sociales urgentes implícitas en la noción de “necesidad” en este caso.²⁹

O. Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, en *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, pp. 714-715.

²⁸ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 21-24.

²⁹ Caso *Handyside*, citado por O. Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, en *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, pp. 717-718.

La definición de la Doctrina del Margen de Apreciación permitió mediante estas diferentes sentencias precisar el ámbito de actuación de los organismos de Estrasburgo frente a las instituciones de los Estados partes. Construyó un mecanismo de equilibrio entre el principio de soberanía nacional y los principios generales de la convención y mediante el reforzamiento del principio de subsidiariedad dejó en los niveles inferiores una mayor responsabilidad en la toma de decisiones con relativa autonomía e intervención limitada por parte de los niveles jerárquicos superiores.

A partir de 1979 la Tribunal Europeo de Derechos Humanos comenzó a ejercer sus funciones de supervisión de manera más positiva. El proceso incluyó una delimitación más precisa de los márgenes de acción nacional legislativos, ejecutivos y judiciales. Con estas acciones el tribunal desarrolló un sistema propio que ha sido más agresivo en la defensa de los intereses de los derechos que los quejosos y en fijar los límites de la discrecionalidad de los Estados miembros. Los casos analizados abarcaron los artículos 5, 6, 8, 10, 11 y 14, además del Protocolo I. En todos ellos, la Doctrina del Margen de Apreciación se fue consolidando como instrumento fundamental en la aplicación de la legislación europea desde 1979. Este estado jurídico se cristalizó con la definición de la doctrina:

Aunque el tribunal no está formalmente sujeto a seguir ninguna de sus sentencias anteriores, es en el interés de la certeza jurídica, previsibilidad y equidad ante la ley que no se debe apartar, sin razón forzosa [cogent] de los precedentes asentados en los casos previos. Dado que la convención es ante todo un sistema para la protección de los derechos humanos, el tribunal debe, sin embargo, tener en consideración las condiciones cambiantes en los Estados miembros y responder, por ejemplo, a cualquier consenso emergente que se refiera a los criterios [standards] que se deben alcanzar.³⁰

³⁰ Este importante criterio para la definición de la DAM fue propuesto en el Caso *Stafford vs. Reino Unido* (para. 68):

While the Court is not formally bound to follow any of its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without cogent reason, from precedents laid down in previous cases. Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must however have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved (see, among other authorities, *Cossey v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1990, series A, núm. 184, p. 14, § 35, and *Chapman v. the United Kingdom* [GC],

III. La protección de los derechos humanos a través de la Doctrina del Margen de Apreciación

La doctrina se ha construido de manera tal que al equilibrar diversos principios en competencia permite fortalecer la visión antropológica e histórica de la protección de los derechos humanos. Para algunos, el espacio de los derechos humanos se encuentra entre la contingencia y la certeza. La contingencia está formalizada en el reconocimiento y la búsqueda de entender las diferencias culturales. La certeza surge del marco de procedimiento (procedural framework) en el cual se deben articular estas diferencias. Con esta perspectiva se puede comenzar a resolver la tensión y las contradicciones inherentes a la confrontación entre la universalidad de los derechos humanos y el relativismo con dos consecuencias importantes. La primera es que el proceso implica una mayor democratización; el énfasis del procedimentalismo en el individuo como agente hace que existan tantas interpretaciones de los derechos humanos como personas y esto se adecua también a los valores culturales. En segundo término se destaca el valor del juicio como instrumento para valorar los actos a través de las diferencias culturales.³¹ Resulta interesante que el edificio jurídico del tribunal haya cumplido metas al parecer irreconciliables mediante la adopción de principios netamente liberales y el recalcar la importancia del valor del juicio al ponderar las diferencias culturales. Desde el punto de vista antropológico, la mejor perspectiva es mantener la fundamental universalidad de los derechos humanos al mismo tiempo que se reconocen las particularidades históricas y culturales. En la propuesta de Donnelly, este relativismo cultural se aplica como dique al extremo del universalismo, particularmente en cuanto a la forma y la manera en que se implementan determinados derechos o nor-

núm. 27238/95, § 70, ECHR 2001-I). It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement.

H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, p. 56.

³¹ H. Stacy, "Human Rights in a Fragmenting World", conferencia no publicada, 10th Annual Conference on "The Individual vs. the State", Universalism in Law: Human Rights and the Rule of Law, Central European University, Budapest, 14-16 June 2002, pp. 16-17, en www.ceu.hu/legal/ind_vs_state/Stacy_paper_2002.htm, consultado en agosto de 2007.

mas.³² Para Geertz, el simple hecho de establecer universales culturales sobre la base de la investigación antropológica es un problema que sólo tiene sentido si se parte de la aceptación del concepto de *contentius gentium*. La dificultad de que estos universales culturales también resulten significativos (substantial) estorba el cumplimiento de una segunda premisa de la idea del *contentius gentium*: el anclaje de estos universales en procesos biológicos, psicológicos o sociológicos. Geertz nota otro obstáculo en la conceptualización “estratigráfica” de los factores culturales con respecto a los no culturales. Cuando se separan artificialmente los “niveles” científicos (psique, cultura, sociedad, organismo) es casi imposible volver a aprehenderlos en su totalidad. Una forma común de hacerlo es utilizar los “puntos de referencia invariantes”; la confluencia de realidades inescapables que producen “cristalizaciones universales”.³³ El análisis típico consiste en aparejar los universales “asumidos” con las “necesidades básicas” para demostrar su correlación. El problema estriba en que parece imposible detectar si la relación entre ambas es unívoca y determinante o bien frágil e indeterminada.

1. Fuentes, métodos y técnicas de la doctrina

Las fuentes del derecho en la Doctrina del Margen de Apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido claramente delimitadas a través de diversas sentencias:

- Texto de la Convención Europea de Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre Leyes de Tratados (Law of Treaties), especialmente en lo referido en los artículos 31 y 32.
- Tratados internacionales dentro y fuera del ámbito de la Convención Europea de los que los países miembros son signatarios.
- Derecho internacional, tanto general como tradicional (customary).³⁴

La doctrina ha creado mediante estos instrumentos un mecanismo de equilibrio entre la normativa europea y las prácticas nacionales. Uno de los

³² J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, pp. 109-110.

³³ C. Geertz, “El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre”, en C. Geertz, *La interpretación de las culturas*, pp. 49-51.

³⁴ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, p. 185.

rasgos más complejos en todo sistema internacional de derechos humanos es el reto de balancear la universalidad con el particularismo. En ausencia de una normativa o doctrina claras ha sido común que los choques se resuelvan a favor de la parte más poderosa y en detrimento de la legitimidad y percepción de la justicia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado diversos métodos de interpretación durante su desarrollo de la Doctrina del Margen de Apreciación:

- Textual*. Se basa en la interpretación literal, mediante la cual los miembros del tribunal analizan el significado del texto de la convención y deducen inferencias lógicas del texto.
- Autónomo*. Esta perspectiva parte de la base de que los miembros del tribunal deben analizar toda la legislación de la convención para invocar soluciones de carácter europeo y no exclusivamente nacional.
- Teleológico*. Este método ha sido empleado por el tribunal cuando trata de interpretar el sentido y propósito finales del texto de la convención, proyectando sus valores allende los límites de su articulado. Se trata de buscar soluciones de largo plazo que rebasan el sentido literal de la normativa.
- Evolutivo, histórico o dinámico*. Se trata de la interpretación que llevan a cabo las autoridades internacionales acerca de la convención a la luz de los eventos y condiciones de la actualidad social. La intencionalidad de los textos pasa a segundo plano ante esta postura de "realismo" que supone que éstos fueron elaborados en y para otras condiciones históricas.

La doctrina ha llegado a definir a los organismos de Estrasburgo quizá como su rasgo más característico. Al desarrollar esta jurisprudencia se ha creado una metodología de la interpretación jurídica que ha sido imitada ya en diversos sistemas internacionales. Para McInerney es el pivote de la operación de una simbiosis crítica entre la sustentación nacional de la convención y la supervisión internacional que define las funciones del tribunal.³⁵

Yourow identificó una serie de factores en los procesos y casos que la Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó con base en el margen de apreciación:

³⁵ McInerney, reseña de Howard Yourow, 1998.

- Influencia del margen de discrecionalidad en los organismos judiciales de cada país.
- Consenso entre la ley nacional y la práctica entre los Estados miembros de la convención.
- La historia legislativa de la convención, cuyos textos de discusión (*Travaux Préparatoires*) son una importante fuente de decisiones.
- Jurisprudencia y casos anteriores y relacionados con el establecimiento de los organismos de Estrasburgo.³⁶

Se reconoce, de manera explícita en varias sentencias, el peligro que subyace en las posiciones extremistas al oscilar entre el principio de universalidad y el relativismo particularista al aplicar la doctrina. En la práctica es obvio que un margen demasiado amplio es sinónimo de la discrecionalidad nacional proporcional; circunstancia en la cual los individuos y sus demandas son generalmente rechazados. El fenómeno es igualmente cierto al invertir la proporcionalidad. Un margen de apreciación reducido resulta en el debilitamiento de las instituciones nacionales por aceptar el tribunal todos los recursos y apelaciones, lo que llevaría al descontento de cada país. Yourow apunta que el tribunal, de hecho, ha oscilado entre la interpretación restrictiva del margen para los casos cubiertos por los artículos 5 y 6 (Debido Proceso y otros derechos) de la Convención Europea de Derechos Humanos y la más laxa de los amparados por los artículos 8 al 11 (referentes a las Libertades Individuales). El caso de aplicación de un mayor margen de apreciación, hasta ahora, han sido los casos cubiertos por el artículo 15, que se refiere a la capacidad nacional de derogación en casos de guerra, emergencia o debido a la seguridad nacional.³⁷

Uno de los aspectos que los tradicionalistas han criticado de la Doctrina del Margen de Apreciación es la posibilidad de que las normas *jus cogens* pudieran ser rotas mediante la creación de una serie de excepciones jurídicamente establecidas. Este peligro crearía una casuística que implicaría el quiebre del carácter obligatorio aun en casos de consenso acerca de su aplicación.³⁸ Desde la perspectiva legalista (estrictamente apegada a la

³⁶ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 56, 185-187.

³⁷ Cf. H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*.

³⁸ *Jus cogens* alude al carácter de "norma obligatoria", es decir, aquella que debe ser cumplida de manera forzosa.

normativa escrita) la idea de preservar la protección de los derechos de manera dinámica en tiempo y espacio resulta arriesgada. En su defensa, los miembros del tribunal han señalado que la mayoría de los peligros identificados por los críticos se refieren a casos que quedarían igualmente desprotegidos de haber fallas en el sistema judicial o de los miembros que lo integran. Benvenisti deja de lado la discusión entre lo universal y lo particular en los derechos humanos en su ataque a los principios y alcances de la doctrina, prefiriendo delinear los límites de la teoría con base en las deficiencias de los sistemas democráticos actuales. Para él, no sirve en conflictos que ocurren entre mayorías y minorías dentro de un sistema político porque la formulación original invoca el "interés nacional", no el de las mayorías. Así, puede ser útil al aplicar principios que benefician a todos por igual (o impiden acciones dañinas) como el "discurso de odio" (hate-speech) o las expresiones racistas. Pero la doctrina podría ser invocada por la mayoría para aplastar a las minorías en sus derechos educativos, de expresión o religiosos. En el marco de las reglas de la democracia actual, en diversas naciones europeas la mayoría puede aplastar y negar los derechos de minorías utilizando la Doctrina del Margen de Apreciación.³⁹

2. Análisis de la aplicación de la doctrina

A partir de 1979 la Tribunal Europeo de Derechos Humanos reforzó los aspectos doctrinarios del margen de apreciación para analizar casos relacionados con las diversas libertades individuales. La legislación separa claramente los temas de su protección, clasificándolas según el tipo de derechos que protegen. En el caso del respeto por la privacidad y la vida familiar, el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido la base para la aplicación de la doctrina.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la

³⁹ Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, consensus, and universal standards", en *International Law and Politics*, vol. 31, pp. 847-854.

defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.⁴⁰

Los casos relativos a las libertades individuales funcionaron como el motor principal de la Doctrina del Margen de Apreciación antes de las reformas de la normativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1979. Una serie de importantes casos han marcado el desarrollo conceptual en esta área. El Caso *Dudgeon* tuvo un cometido difícil, tratándose de reconciliar con la sentencia del anterior Caso *Handyside*. La dificultad comenzó por tratar de establecer un modelo de trabajo que permitiese jerarquizar los derechos cuando entrasen en conflicto, lo cual sólo se consiguió parcialmente. A la opinión de “consenso” se opusieron las de posiciones de varios jueces; de forma similar, se percibió la utilidad para ciertos problemas de identificar tanto consenso “europeo” como el local. A principios de la década de los años setentas se presentaron una serie de casos que Yourow y otros autores han agrupado como de “ambientes restringidos”. En ellos se dictaminó la necesidad de expandir la discrecionalidad del Estado en condiciones específicas (Caso *Vagrancy*), el necesario distanciamiento con relación a la interpretación estática por parte de la mayoría, aun ante la posición de los conservadores de la corte (Caso *Golder*) y la necesidad de establecer un margen de discrecionalidad estatal ante ciertos elementos de sindicalización (Caso *National Union of Belgian Police*). El Caso *Engel et al.* significó un punto importante porque a través de su discusión fue evidente que existía en la corte una constante dialéctica entre libertad y autoridad que debía ser analizada ponderando lo significativo de la opinión en el desarrollo general de la normativa de los casos que eran estudiados.⁴¹

A mediados de la década de los años setentas la doctrina se fue consolidando con base en casos relativos a las libertades individuales, aunque en ese momento el énfasis fue diferente. Uno de los más populares y debatidos fue conocido como “Educación sexual danesa” a raíz del Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca*. Pero el caso de mayor cobertura y relevancia social en este periodo fue el Caso *Handyside*, en el cual se apli-

⁴⁰ Red Iris, Red Española de I+D, Constituciones, Convención Europea de Derechos Humanos, en http://constitucion.rediris.es/legis/1950/tr1950-11-04_roma.html, consultada en mayo de 2008.

⁴¹ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 35-43.

có el principio de margen de apreciación a la moral pública como limitante del derecho a la información. El caso sirvió para que el tribunal de Estrasburgo enunciara principios claros para la forma de operar la libertad de expresión bajo la convención y surgió a raíz del “pequeño libro rojo”, cuyo objetivo era liberalizar la educación sexual a través de información para menores de edad. Para Luzius Wildhaber, actualmente presidente de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo más relevante es la afirmación del tribunal de que la libertad de expresión: “Constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de toda persona”.⁴²

Al confirmar que la libertad de expresión es uno de los derechos más preciosos del individuo se subrayaba este principio, que está presente desde la Declaración del Hombre y el Ciudadano (1789), y se negaba la primacía única de la voluntad del Estado en esta materia. De hecho, la corte determinó que el principio no sólo es aplicable “a la información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, contradicen o rechazan al Estado o a cualquier sector de la población”.⁴³

Para el tribunal, este paso era necesario para satisfacer las “demandas que el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de perspectiva” exigen para la existencia de una sociedad democrática. Una vez determinado el principio se decidió, sin embargo, que en el Caso *Handyside* no se había violado debido a que el margen de apreciación permitía amparar la acción del sistema jurídico británico. La experiencia pre-1979 concluyó con la discusión del Caso *Klass et al.*, en el cual se discutió el problema de los límites a las libertades individuales en función de la seguridad interna y la vigilancia y supervisión de personas por parte de un Estado. El caso sirvió como introducción al debate acerca de estos límites dentro de la cláusula de la convención que establece fórmulas para acomodarlos, así como aquellas razones de seguridad o interés nacional válidas para que un Estado invoque las limitaciones. Posteriormente, en el Caso *Silver* los derechos de los prisioneros volvieron a ser analizados en tanto se sostuvo que el cumplimiento de la ley (en el sentido textual) debía ser cumplido para poder aplicar el margen de apreciación siempre dentro del Estado de Derecho y de acuerdo

⁴² Luzius Wildhaber, “The place of the European Court of Human Rights in the European Constitutional landscape”, *Concourt*, en <http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.16-2002/vildxaber-rez.htm>, consultado en abril de 2008.

⁴³ *Idem.*

con el fin último, la democratización de las sociedades. Otros casos importantes trataron la reglamentación de la intervención y vigilancia electrónica policiaca (Caso *Malone*), el acceso privado a los tribunales, el espionaje realizado al amparo de la seguridad nacional y problemas por la prohibición local del divorcio (Casos *X y Y*, *Gillow y Johnston et al.*).⁴⁴

Un área de las libertades individuales que tuvo un desarrollo inmenso después de 1979 fue el de la libertad de expresión. Al amparo del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos se impulsó una amplia discusión del tema:

Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.⁴⁵

El primer choque ocurrió con el Caso *Sunday Times*, el cual protagonizó un violento debate acerca del concepto de desacato judicial (*contempt of court*), que antes había sido determinado casuísticamente.⁴⁶ Un largo proceso llevó al establecimiento de un "criterio razonable" con el cual se propuso un consenso para aplicar soluciones de manera proporcional al

⁴⁴ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 44-55, 94-109.

⁴⁵ Red Iris, Red Española de I+D, Constituciones, Convención Europea de Derechos Humanos, en http://constitucion.rediris.es/legis/1950/tr1950-11-04_roma.html, consultada en mayo de 2008.

⁴⁶ Había comenzado por el escándalo provocado por los efectos colaterales de la talidomida, mismos que el periódico en cuestión destapó hasta llegar a constituir el blanco de una demanda por parte de los laboratorios que la producían.

daño. Otros casos discutieron la libertad de expresión en función de las profesiones, el problema de la difamación a los personajes públicos y políticos, la moral pública como límite de la expresión artística, la difamación de los miembros del poder judicial y el discurso mercantil.⁴⁷

A partir de 1979 la Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio seguimiento a una serie de casos relacionados con otros principios de las libertades individuales. El primero fue el de la libre asociación (cubierto por el artículo 11 de la convención). El Caso *Young, James y Webster* trató el problema aparentemente laboral de la “tienda cerrada”, de manera que se discutió la pertinencia del Bill of Rights como “constitución” del sistema británico y el papel de la convención europea como marco complementario.⁴⁸ En relación con el Protocolo I, relativo al goce pacífico de las posesiones, se sostuvo el derecho a la propiedad, a la compensación justa por la pérdida (pero de acuerdo con la práctica nacional), al derecho de reglamentar las relaciones entre las partes contractuales, a la revocación de licencias y a la expropiación.⁴⁹

En el año de 1979 la Doctrina del Margen de Apreciación fue aceptada y definida plenamente como instrumento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir de este momento, considerado por la mayoría de los autores que la han estudiado, la doctrina se convirtió en uno de los ejes centrales de la política europea respecto de los derechos humanos y se fue ampliando su espectro de aplicación. Los casos de debido proceso del ámbito civil y criminal constituyeron un primer escenario para la implementación de estos principios. Amparados en los artículos 5 y 6 de la convención, se pueden separar en dos grandes grupos. El primero es el de privación de la libertad, en cuyos casos destaca la aplicación de limitantes europeas al aislamiento y, particularmente, las condiciones de encierro por causas psiquiátricas. En segundo término, los casos de debido proceso en la aplicación de las leyes nacionales apuntaron a la necesidad de controlar los pronunciamientos públicos por parte de los jueces (Casos *Pretto, Axen* y

⁴⁷ Se trata de los casos *Barthold, Lingens, Müller, Barfod y Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beerman*. H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 110-135.

⁴⁸ *Closed shop* se refiere en la práctica judicial de la Gran Bretaña a un establecimiento que se niega a tener sindicalizados con base en argumentos religiosos.

⁴⁹ Estos aspectos fueron desarrollados durante los juicios relativos a los casos *Sporrong y Lönnroth, Lithgow et al., James et al., Tre Traktörer, Mellacher y Håkansson y Sturesson*. H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 136-176.

Sutter), el complicado ejemplo de los delitos administrativos (Caso *Öztürk*), juicios *in absentia* (Caso *Colozza*) y la expansión del propio margen de apreciación (Caso *Brogan*).⁵⁰

IV. Balance de la Doctrina del Margen de Apreciación

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene la tarea de dar seguimiento a la observancia de los compromisos adquiridos por los Estados partes en Europa. Por un lado, ésta es una labor subsidiaria dado que la protección efectiva de los derechos fundamentales recae en la jurisdicción de cada Estado miembro. Pero por el otro, para lograr implementar la normativa europea, los organismos de Estrasburgo no pueden estar limitados por las decisiones de las autoridades domésticas, sin importar si se entra en conflicto con las constituciones nacionales. Por este motivo, como propuso el entonces presidente del tribunal, se podría decir que la tarea de los organismos europeos es “encontrar el tenue pasaje entre la interferencia no debida con la soberanía y la autonomía de las autoridades nacionales y la protección efectiva de los derechos garantizados por la Convención Europea”.⁵¹

La legitimidad necesaria para aplicar una normativa de contenido eminentemente moral es difícil de conseguir. Ignorar los contextos culturales diferentes que existen dentro de cualquier sistema internacional, nacional, regional e inclusive local constituye una plataforma peligrosa. La Doctrina del Margen de Apreciación permite al tribunal oscilar entre el dominio abstracto del universalismo y el pragmático de la aplicación de la ley. Para Ostrovsky, visto de esta forma, el margen de apreciación se basa en el compromiso judicial de reconocer al ejecutivo la capacidad de maniobra en los temas que el legislativo dejó deliberadamente vagos.⁵² De esta forma permite al tribunal tomar la convención como un estatuto similar a un texto constitucional dinámico.

⁵⁰ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 56-83.

⁵¹ Stefan Treschel, en el Prefacio a H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, p. xiii.

⁵² A. A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *Hanse Law Review*, 2005, vol. 1, núm. 1, pp. 59-60.

Un aspecto que ha sido ampliamente discutido en torno a la Doctrina del Margen de Apreciación es la forma en la que ha construido un contrapeso entre la legislación europea y la capacidad real de implementarla en los contextos jurídicos nacionales. Desde el año de 1979 la incorporación plena del margen de apreciación nacional a las funciones de supervisión internacional que ejerce la Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido como resultado una interpretación dinámica del sistema de protección de derechos humanos. Este cambio histórico ha estado marcado por una cada vez mayor disposición del tribunal a criticar y revisar la discrecionalidad legislativa, administrativa y judicial de los países miembros de la Convención Europea. Para Yourow es difícil determinar si esta contraposición que ha impulsado entre el ejercicio de la supervisión internacional y la discrecionalidad nacional tiende a fortalecer la idea dinámica de sus tratados. De hecho, aun cuando la doctrina aparece claramente en posición de defensa del individuo y sus derechos, el resultado de la mayoría de los casos analizados sugiere que las sentencias han beneficiado en la mayoría de los casos a los Estados nacionales.⁵³ El margen de apreciación se ha convertido en un instrumento de legitimación de las decisiones del tribunal. La perspectiva de tomar en consideración las costumbres o prácticas nacionales ha consolidado una manera eficaz de extender los principios de universalidad que constituyen la base de los derechos humanos.

En el plano internacional la Doctrina del Margen de Apreciación fue utilizada por primera ocasión en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos y desarrollada por los órganos de Estrasburgo. A partir de allí se ha transplantado (transplanted) a la jurisprudencia de otros organismos, como es el caso de algunas resoluciones de la ONU.⁵⁴

⁵³ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, pp. 56-58, 186-187.

⁵⁴ La Doctrina del Margen de Apreciación fue utilizada de manera laxa y sin referencia específica en el Caso *In Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius*, al discutir la discriminación ejercida en contra de las mujeres de Mauritania. El comité subrayó la importancia del margen de apreciación para aplicar normas de reglamentación de la vida familiar dentro de las naciones al resaltar que: "La protección jurídica o medidas que una sociedad o Estado puede dar a la familia puede variar de país a país y depender de las diferentes condiciones sociales, económicas, políticas y culturales".

Communication No. R.9/35 (2 May 1978), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 134 (1981), para. 9.2(b)2(ii), available at <http://www.server.law.wits.ac.za/humanrts/undocs/session36/9-35.htm>], citado por O. Bakircioglu, "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", en *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, p. 714. El mismo autor menciona que la Corte Interamericana de Dere-

Un aspecto frecuentemente olvidado de la Doctrina del Margen de Apreciación es que, a pesar de su carácter doctrinario y de criterio guía, se trata de un instrumento variable y dinámico. De hecho, el tribunal la define en cuanto a sus límites, alcances y variabilidad para cada caso en particular. La forma en que es aplicada conceptualmente depende del contexto (histórica y antropológicamente determinado), de los valores centrales representados por cada derecho específico y, en contraparte, los intereses y objetivos que representa su no-aplicación. Yourow, Bakircioglu, Ostrovski, Benvenisti y Shany han llamado la atención acerca de este carácter y sus riesgos. De no definirse con mayor precisión, se correría el peligro de que la Doctrina del Margen de Apreciación se convierta solamente en una normativa por consenso, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tomado medidas que minimizan esta posibilidad.

Los conceptos culturales relacionados con los derechos humanos tradicionalmente han enfatizado la importancia de su universalidad. Esta retórica se basa también en conceptos morales que desafortunadamente han chocado cuando se trata de aplicarlos en contextos culturales diferentes.⁵⁵ La Doctrina del Margen de Apreciación es evidencia clara de esta contraposición entre el principio universal y la práctica relativista. También se ha constituido como una herramienta de gran eficacia en la implementación de los derechos humanos mediante el respeto por las diferencias culturales que no infrinjan sus valores centrales. Para la mayoría de los especialistas, lejos de debilitar el principio de la universalidad, la eficacia y legitimidad que la doctrina ha permitido lo han fortalecido. La concepción dinámica de la normativa y la incesante búsqueda de mejores soluciones para cada caso resultan dos logros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos alcanzados gracias a la Doctrina del Margen de Apreciación. El desarrollo y éxito de la doctrina demuestran el valor de la perspectiva antropológica e histórica en la implementación de sistemas eficaces de protección de los derechos humanos. Sin un punto de vista basado en el relativismo cultural no será po-

chos Humanos ha utilizado la Doctrina del Margen de Apreciación de manera explícita, haciendo referencia a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84 (Jan. 19 1984) Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 4, paras. 56-59.]

⁵⁵ A. A. Ostrovsky, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", en *Hanse Law Review*, 2005, vol. 1, núm. 1, pp. 57-58.

sible comprender la alteridad. La contextualización de las respuestas ante los desafíos a los derechos humanos pasa necesariamente por el estudio de cada caso dentro de sus propios parámetros. La experiencia europea demuestra el valor e importancia que tiene fortalecer los derechos humanos a través de este tipo de instrumentos.

V. Bibliografía

- AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION, Declaration on Anthropology and Human Rights, Committee for Human Rights, adoptada por los miembros de la AAA en junio de 1999, consultado en <http://www.aaanet.org/stmts/humanrts.htm>., en agosto de 2007.
- BAKIRCIOGLU, Onder, "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", en *German Law Journal*, vol. 8, núm. 7, 2007, pp. 711-733.
- BARFIELD, Thomas, ed., *Diccionario de antropología*, traducción de Verónica Schussheim, México, Siglo XXI Editores, 2000.
- BENVENISTI, Eyal, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", en *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 843-854.
- BOSTIAN, Ida L., "Cultural relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda", en *bepress (Berkeley Electronic Press)*, 2005, Paper 656, en <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso>, consultado en septiembre de 2007.
- COHEN, Roberta "Human Rights in Africa: Cross-cultural Perspective", en *Human Rights Quarterly*, vol. 15, núm. 2, mayo de 1993, pp. 459-461.
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 (Law in Context) en http://www.amazon.com/gp/reader/0521683076/ref=sib_dp_pt/103-9169719-4585407#reader-link.
- DONNELLY, Jack, "Ethics and international human rights", en Jean-Marc Coicaud y Daniel Warner, eds., *Ethics and international affairs: Extents and limits*, Tokio / Nueva York, United Nations University Press, 2001, pp. 128-160.
- DONNELLY, Jack, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., Boulder, Westview Press, 2006 (Dilemmas in World Politics).
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca / Londres, Cornell University Press, 1989.

- GEERTZ, Clifford, "Distinguished Lecture: Anti Anti-Relativism", en *American Anthropologist*, vol. 86, núm. 2, 1984, pp. 263-277.
- GEERTZ, Clifford, "El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre", en Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 43-59 (Antropología, Serie Cla-De-Ma).
- GOODALE, Mark, "Toward a Critical Anthropology of Human Rights", en *Current Anthropology*, vol. 47, núm. 3, 2006, pp. 485-511 (Abstract).
- HOWARD-HASSMANN, Rhoda, Universal Human Rights, Paper, presentado el 12 de noviembre de 2001, en <http://www.equitas.org/english/programs/downloads/ihrtp-proceedings/22nd/universal-hr.pdf>.
- IFEDIORA, John O., "Universal Human Rights and Cultural Relativism: A Marriage of Inconvenience", en *Policy Perspective*, vol. 3, núm. 1, abril de 2004.
- KRAUSE, Keith y W. Andy Knight, "Conclusion: States, societies, and the United Nations in a multilateral context", en Keith Krause y W. Andy Knight, eds., *State, Society, and the UN System: Changing Perspectives on Multilateralism*, Tokio / Nueva York, United Nations University Press, 1995, pp. 245-264.
- KRAUSE, Keith y W. Andy Knight, "Introduction: Evolution and change in the United Nations system", en Keith Krause y W. Andy Knight, eds., *State, Society, and the UN System: Changing Perspectives on Multilateralism*, Tokio / Nueva York, United Nations University Press, 1995, pp. 1-33.
- OSTROVSKY, Aaron A., "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", en *Hanse Law Review*, vol. 1, núm. 1, abril de 2005.
- Red Iris, Red Española de I+D, Constituciones, Convención Europea de Derechos Humanos, en http://constitucion.rediris.es/legis/1950/tr1950-11-04_roma.html, consultada en mayo de 2008.
- SHANY, Yuval, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", en *The European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 5, 2006, pp. 907-940.
- SLOANE, Robert D., "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 34, 2001, pp. 527 y ss.
- STACY, Helen, "Human Rights in a Fragmenting World", conferencia no publicada, 10th Annual Conference on "The Individual vs. the State", Universalism in Law: Human Rights and the Rule of Law, Central European University, Budapest, 14-16 June 2002, en www.ceu.hu/legal/ind_vs_state/Stacy_paper_2002.htm, consultado en agosto de 2007.

- STACY, Helen, "Western Triumphalism: The Crisis of Human Rights in the Global Era", reseña de Anthony J. Langlois, *The Politics of Justice and Human Rights: Southeast Asia and Universalist Theory*, *Macquarie Law Journal*, vol. 2, 2002.
- WHITAKER, Mark P., "Relativism", en Alan Barnard y Jonathan Spencer, eds., *Encyclopedia of Social and Cultural Anthropology*, 2a. ed., Londres, Routledge, 2002 (Routledge World Reference).
- WILDHABER, Luzius, "The place of the European Court of Human Rights in the European Constitutional landscape", *Concourt*, en <http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.16-2002/vildxaber-rez.htm>, consultado en abril de 2008.
- YOUROW, Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Tesis doctoral, Facultad de la University of Michigan Law School, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers y Kluwer Law International, 1996.

El mandato del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Naturaleza jurídica y funciones

Verónica de la Rosa Jaimes*

RESUMEN: En 1949 se creó el Consejo de Europa como un sujeto internacional que estaba facultado para estipular la creación de tratados internacionales con el objetivo de unir a sus miembros y salvaguardar los ideales que éstos tenían en común y favorecer el desarrollo económico-social. Actualmente cuenta con 47 países miembros, y aunque no tiene un carácter supranacional ha tenido una gran influencia en la codificación de los derechos humanos. En 1999 El Consejo de Europa creó, mediante una resolución del Comité de Ministros, la figura del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, con la función de promover la educación y la concientización de la importancia de los derechos humanos, así como el respeto y cumplimiento a las disposiciones del Consejo, y además con facultades político-diplomáticas. Esta figura es una institución política, sin facultades jurisdiccionales, cuya función más relevante es la promoción de los derechos humanos, pero también puede elaborar investigaciones y visitas, así como informes y recomendaciones sin carácter vinculatorio y emitir sus opiniones. Otro aspecto importante es que se relaciona de manera directa, y sin necesidad de que nadie intervenga, con los Estados. Aunque existen algunas lagunas acerca de la manera en que debe realizar sus funciones y de que no existe un mecanismo de responsabilidad para esta figura, este nuevo *Ombudsman* ha logrado hacer una eficiente tarea en la promoción de los derechos humanos.

ABSTRACT: In 1949 the European Council was created as an international character with the power to encourage the creation of international treaties and with the objective of unify its members and safeguard the ideals that they had in common and favor the economic and social development. Nowadays there are 47 nations that are members of the European Council, and even tough it doesn't have supranational powers, it has been a very important influence in the codification process of human rights. In 1999 the European Council created the legal concept of The European Council Human Rights Commissary, whose job is to promote the education and to make people aware of the importance of human rights, and also the respect and observance of the Council's resolutions, and it also has diplomatic and political faculties. This figure is a political

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

institution, without jurisdictional powers, but it also can investigate, perform visitation, elaborate non-mandatory informs and deliver recommendations and express an opinion. Another important aspect to be considered is that the commissary's relation with every state is direct, and it doesn't need any mediator. Even though some specifications about the way this commissary must do this job are incomplete and there is not a mechanism of responsibility for this figure, this new Ombudsman has succeeded in making a very efficient job in the human right's promotion.

SUMARIO: Introducción. I. Aproximación jurídica al tratamiento de los derechos humanos por el Consejo de Europa. 1. Antecedentes. 2. Estructura y funciones. II. Naturaleza jurídica y funciones del mandato del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. I. Naturaleza jurídica. 2. Funciones. III. Acciones relevantes. IV. Consideraciones finales.

Introducción

El Consejo de Europa (CE), con el ánimo de cumplir con uno de sus objetivos fundamentales —la protección de los derechos humanos— creó dentro del marco de su quincuagésimo aniversario la institución del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (CDH-CE). El mandato del Comisario surge de la Resolución (99)50, aprobada por el Comité de Ministros, con la misión de promover la educación y la sensibilización de las personas sobre la importancia de los derechos humanos, así como el respeto de éstos, y velar por el cumplimiento efectivo de las disposiciones del Consejo de Europa. Su papel es complementario al de las demás instituciones de protección de los derechos humanos; es esencialmente preventivo y no tiene poderes jurisdiccionales.

El presente artículo analizará las tres funciones esenciales que otorga la Resolución (99)50 al CDHCE: fomento a la educación y sensibilización en materia de derechos humanos; identificación de posibles insuficiencias en el derecho y la práctica de los Estados miembros, en lo que se refiere a los derechos humanos, tal y como están contenidos en los instrumentos del Consejo de Europa, y contribuir a fomentar el respeto efectivo y el pleno goce de los derechos humanos en los Estados miembros.

El presente artículo se ha dividido en cuatro apartados, en el primero se revisará el trabajo del CE con respecto a la protección y promoción de los derechos humanos, así como el contexto en el que fue creado el CDHCE. En el segundo, se examinará el marco jurídico que rige las atribuciones del Comisario, con especial énfasis en aquellas que se refieren a la promoción de la educación y el respeto en materia de derechos humanos, así como la

contribución a su observancia efectiva. En el tercero, se revisarán algunas de las actuaciones más sobresalientes del CDHCE. Para concluir, con algunas reflexiones finales.

I. Aproximación jurídica al tratamiento de los derechos humanos por el Consejo de Europa

1. Antecedentes

El horror provocado por la Segunda Guerra Mundial suscitó en el seno de la Europa de la posguerra la voluntad política de construir una paz duradera, así como de proteger la dignidad humana y los derechos humanos, evitando los riesgos y la opresión de los regímenes dictatoriales.

La idea de una Europa unida había tenido profundas raíces históricas pero no fue sino hasta la época de la posguerra cuando se consolidó. La capitulación alemana tuvo lugar en mayo de 1945, con la firma del Acuerdo de Paz de Potsdam. Después de seis años de guerra aún prevalecía en Europa una situación de fuerte endeudamiento, además del menoscabo de la agricultura y parques industriales. El continente había quedado dividido en dos bloques antagónicos, oriental y occidental, organizados por dos estructuras totalmente opuestas: la Organización del Tratado del Atlántico Norte y el Pacto de Varsovia. Con ellos terminaba una guerra armada pero nacía una nueva guerra, la Guerra Fría. Era urgente recuperar la capacidad productiva y para eso hacía falta capital, materia prima y equipo.¹

Bajo esas condiciones se volvió a pensar en una alianza entre los países europeos y fueron tres los escenarios que mostraron la necesidad de una nueva orientación hacia la integración europea. En primer lugar, el poder hegemónico de Europa había sido sustituido por dos superpotencias: Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Soviética, las cuales superaban en gran medida al heterogéneo conjunto de Estados europeos. En segundo término se reafirmó la convicción de evitar por todos los medios posibles, otro enfrentamiento entre Estados europeos y la unidad se convirtió en el único sendero posible para garantizar la paz. Finalmente, el deseo de con-

¹ Graciela Arroyo Pichardo, "Los grandes momentos de la identidad europea", en *Europa en transformación (procesos políticos, económicos y sociales)*, México, Plaza y Valdés, 2000, p. 39.

vertir a Europa en un continente próspero y democrático que pudiera crecer en un marco de concordia.²

El 19 de septiembre de 1946, el primer ministro inglés Winston Churchill pronunció, en la Universidad de Zurich, un discurso en el que proclamaba que la unificación de los países europeos occidentales, contra “la cortina de hierro que había bajado sobre Europa”, dependería de una alianza previa entre Alemania y Francia. Para el primer ministro, el paso inicial consistía en constituir un Consejo de Europa.³

Del 7 al 10 de marzo de 1947 se llevó a cabo el Congreso de la Haya donde comparecieron los representantes de varios de los movimientos de unificación, políticos eminentes y personas destacadas de la época. Durante el Congreso se distinguieron dos tendencias: la corriente federalista y la unionista. La corriente federalista, inspirada en el modelo de Estados Unidos de Norteamérica, proponía una unión de los países europeos como una federación: los Estados Unidos de Europa. En tanto que la corriente unionista, proponía una unificación progresiva a través de una cooperación cada vez mayor entre los países europeos.

A partir de la posguerra, los hechos históricos que contribuyeron a la reconstrucción económica, política y militar de Europa sucedieron muy rápidamente. Podemos referirnos a ésta como fase o etapa de cooperación.

El 5 de mayo de 1949 fue creado en Londres el Consejo de Europa inicialmente integrado por Bélgica, los Países Bajos, Luxemburgo, Francia, Inglaterra, Italia, Dinamarca, Suecia y Noruega, con sede en Estrasburgo. Los Estados partes acordaron resguardar los principios liberales como la libertad política, individual y la prioridad del derecho.⁴ Siendo el objetivo del Consejo de Europa el “realizar una unión más estrecha entre sus miembros a fin de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común, y de favorecer el progreso económico y social”.⁵ Esta organización representó el triunfo de las tesis unionistas y se convirtió en una expresión viva de la cooperación internacional manifestada en el Congreso de la Haya.⁶

² Virgilio Ruiz Rodríguez, *Democracia y derechos humanos como fundamento de la Unión Europea*, México, Porrúa, 2004, pp. 19-20.

³ Antonio Truyol y Serra, *La integración europea. Análisis histórico institucional con textos y documentos*, t. I, Madrid, Tecnos, 1999, p. 38.

⁴ Consejo de Europa, *El Consejo de Europa, 800 millones de europeos*, Talleres del Consejo de Europa, 2002.

⁵ Artículo 1o. de la Convención de Londres.

⁶ Raúl Trujillo Herrera, *Derecho de la Unión Europea: principios y mercado interior*, México, Porrúa, 1999, pp. 1-3.

2. Estructura y funciones

El Consejo de Europa está integrado por un Consejo de Ministros, una Asamblea Parlamentaria y una Secretaría. El CE se ocupa, entre otras cosas, de la celebración de convenios, especialmente en materia de derechos humanos, cultural, social, sanitaria, de defensa del medio ambiente, de protección de los recursos naturales, la flora y la fauna y de la lucha contra el terrorismo. Puede ejercer su acción de protección en todos los ámbitos, excepto en el de la defensa. Sus facultades se derivan de tres grandes rubros: proteger y fortalecer la democracia pluralista y los derechos humanos; buscar soluciones a los problemas de la sociedad, y favorecer el nacimiento de una verdadera comunidad cultural europea.⁷

A pesar de que ha sido altamente cuestionada la naturaleza jurídica del Consejo de Europa, sin duda alguna se trata de un sujeto internacional y tiene facultades para estipular tratados internacionales. No obstante, cabe señalar, que el Consejo de Europa no tiene carácter supranacional, ya que los Estados miembros se niegan a ceder parte de su soberanía.⁸ Actualmente, el Consejo de Europa está integrado por 47 países.⁹

La labor del Consejo de Europa ha sido importante en muchos campos, pero ha sido especialmente meritoria en lo que se refiere a la promoción y los mecanismos de protección de los derechos humanos. Esto no se reduce únicamente a los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, sino que se ha extendido a formas más específicas de protección como son la prohibición de la tortura, la protección de las minorías o los migrantes, entre otros. El Consejo de Europa ha definido cuatro grandes líneas de trabajo para poder cumplir con la defensa de los derechos humanos:¹⁰

- El establecimiento de sistemas eficaces de control y protección de los derechos y libertades fundamentales.
- La identificación de nuevos problemas que puedan poner en riesgo los derechos humanos y la dignidad del ser humano.
- La sensibilización acerca de la importancia de los derechos humanos.

⁷ Manuel Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 468-471.

⁸ *Ibid.*, p. 484.

⁹ Consejo de Europa, *Council of Europe*, <http://www.coe.int>, consultada el 10 de abril de 2008.

¹⁰ Consejo de Europa, *Human Rights and legal affairs*, http://www.coe.int/t/dghl/default_en.asp, consultada el 11 de abril de 2008.

—La promoción de la educación y de la formación profesional en el ámbito de los derechos humanos.

Por lo que se refiere al alcance del respeto a los derechos humanos, cabe resaltar que la admisión de un Estado al CE depende de que cumpla, a juicio del Comité de Ministros, con el principio que establece que cualquier persona que se halle bajo la jurisdicción de dicho Estado, deberá gozar de los derechos y libertades fundamentales. Lo anterior ha sido de gran relevancia para lograr el fortalecimiento progresivo de los mecanismos de garantía, tanto políticos como jurídicos, y la aplicación de los Convenios de derechos humanos auspiciados por el Consejo de Europa.¹¹

El proceso de codificación en materia de derechos humanos se desarrolló paralelamente a la creación del Consejo de Europa. El 4 de noviembre de 1950 fue firmado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, conocido como el Convenio de Roma. El mencionado convenio ha sido completado con 14 protocolos adicionales.¹² Los protocolos adicionales 1, 4, 6, 7, 12 y 13 aumentan la gama de derechos protegidos. Por otro lado, los protocolos 2, 3, 5, 8, 9 y 10 introducen modificaciones a los procedimientos seguidos ante la Comisión y Corte Europeas de Derechos Humanos. El 11, aprobado en 1994, crea un Tribunal único que ha asumido las competencias de la Comisión y la Corte previstas en el Convenio de Roma. Finalmente, el protocolo 14 establece reformas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio de Roma no sólo define, sino que además garantiza, aquellos derechos que protegen la vida, la libertad personal, intelectual y política de la persona, así como su seguridad jurídica. Se refiere a aquella lista mínima de derechos fundamentales reconocidos en países democráticos. Por lo que toca a los protocolos, éstos se extienden a los derechos civiles y políticos, al derecho a la no discriminación y la prohibición para los Estados parte de extender las restricciones previstas en el convenio.

Otro logro importante en el proceso de codificación fue la firma, en 1961, de la Carta Social Europea, la cual se enfoca en los derechos sociales y económicos, misma que entró en vigor en 1965. Esta carta se ha complementado con un protocolo adicional, de 1988, que amplía los derechos reconocidos. La Carta Social Europea asegura derechos sociales y

¹¹ M. Díez de Velasco, *op. cit.*, p. 471.

¹² Mireya Castillo, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 79-80.

económicos, tales como el derecho al trabajo en condiciones equitativas, de higiene y seguridad, la libertad sindical, la protección de la salud y la seguridad social. Asimismo, reconoce derechos a la población trabajadora que se encuentra en situaciones especiales.

Es importante señalar que lo que hace que el sistema europeo de derechos humanos sea muy avanzado es que los instrumentos internacionales antes mencionados no se limitan a enumerar derechos, sino que prevén mecanismos de garantía cuya misión es vigilar e interpretar el convenio y sancionar las violaciones al mismo. Los órganos creados para cumplir dicho cometido fueron, en un principio la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Este triple mecanismo funcionó así hasta la entrada en vigor del protocolo adicional número 11, el cual implicó la desaparición de la Comisión Europea, la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la modificación de las atribuciones del Comité de Ministros y el reconocimiento del particular afectado para interponer de manera directa sus demandas ante el nuevo tribunal. De tal manera, que la Comisión dejó de ser la instancia intermedia entre los particulares y el Tribunal.¹³

El Tribunal, cuya competencia es obligatoria para todos los Estados contratantes del Convenio de Roma, funciona de manera permanente. Cualquier Estado o particular, sea cual fuere su nacionalidad, puede recurrir a esta institución judicial, establecida en Estrasburgo, si considera haber sido víctima de alguna infracción, por parte de los Estados contratantes, de los derechos que garantiza el Convenio. Anteriormente existía el doble mecanismo de la Comisión de Derechos Humanos y el Tribunal, pero con el Protocolo número 11 se puso de relieve el cambio tan importante que supone el acceso de los particulares lesionados ante una instancia jurisdiccional suprema única europea, a condición de que se hayan agotado antes las instancias nacionales previas.

El Tribunal comprende un número de jueces igual al de los Estados contratantes. Los candidatos son propuestos inicialmente por los gobiernos, aunque los jueces actúan a título individual, sin representar al Estado que les propuso. El control de la ejecución de las decisiones del Tribunal es competencia del Comité de Ministros.

En el apartado siguiente se analizará de manera detallada el trabajo que realiza el CDHCE, por ahora baste señalar algunas de las diferencias que existen entre el Tribunal y el Comisario. El primero es una institución judicial

¹³ M. Díez de Velasco, *op. cit.*, pp. 474-475.

que se encarga de dirimir controversias a través de sentencias; en tanto que el CDHCE no tiene funciones jurisdiccionales, por lo que únicamente puede elaborar informes y, en algunos casos, emitir recomendaciones, las cuales no tienen carácter vinculatorio. Por otra parte, una de las funciones más relevantes del Comisario es la Promoción de los Derechos Humanos, tarea que no realiza el Tribunal, al menos de manera directa.

Por lo que se refiere al sistema de protección de la Carta Social Europea, éste no se encuentra tan desarrollado como el Convenio de Roma. Dicho sistema se basa principalmente en los informes bianuales que deben enviar los Estados parte al secretario general del Consejo de Europa, sobre la aplicación de medidas relativas a los derechos reconocidos en el instrumento internacional. Posteriormente, el informe mencionado es revisado por un Comité de Expertos nombrado por el Comité de Ministros a propuesta de las Partes Contratantes de la Carta. El Comité de Expertos presenta un informe y sus conclusiones al Comité de Ministros, mismo que formula sus recomendaciones al Estado parte.

II. Naturaleza jurídica y funciones del mandato del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa

1. Naturaleza jurídica

La institución del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa se estableció el 7 de mayo de 1999. La idea se había concebido casi 30 años antes, pero no fue materializada sino hasta el año mencionado, a través de la Resolución (99)50 del Comité de Ministros. La iniciativa para la instauración del Comisario surgió en la Segunda Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, que tuvo lugar en Estrasburgo, del 10 al 11 de octubre de 1997.

No obstante que nació como un órgano no jurisdiccional, el Comisario no es un *Ombudsman* tradicional, sino una institución política, ya que su nombramiento es por elección y no se relaciona con los gobiernos de los Estados a través del Secretariado, sino que lo hace de manera directa. Asimismo, la Resolución prevé que no recibirá mandato imperativo alguno de la Asamblea, del Comité de Ministros o del Secretariado, dejando así una importante laguna ya que tampoco hace referencia a ningún mecanismo de responsabilidad para el Comisario, es decir, no establece ningún mecanismo de cese.

El Comisario es elegido por la Asamblea Parlamentaria, por mayoría de votos, entre una lista de tres candidatos que propone el Comité de Ministros. El mandato tiene una duración de seis años, sin posibilidad de reelección. Los candidatos deben ser nacionales de alguno de los Estados miembros del Consejo de Europa, gozar de buena reputación y tener una trayectoria reconocida de apego a los valores del Consejo. De igual manera, no sólo deben contar con amplia experiencia y reconocimiento en el ámbito de los derechos humanos, sino también tener la autoridad moral necesaria para llevar a cabo su misión de manera eficaz. Durante su mandato el Comisario no puede comprometerse con ninguna actividad que sea incompatible con las demandas de su cargo.¹⁴

El artículo 3 de la Resolución (99)50 señala que el Comisario tiene las siguientes competencias:¹⁵

- Promover la educación y concientización de los derechos humanos.
- Promover la efectiva observancia y el respeto a los derechos humanos.
- Orientar respecto a la protección de los derechos humanos.
- Identificar los problemas que pudieran surgir en el derecho y la práctica en el ámbito de los derechos humanos.
- Enviar, cuando lo considere conveniente, al Comité de Ministros o a la Asamblea Parlamentaria informes sobre problemáticas específicas.
- Colaborar con los Estados miembros en la aplicación del marco de protección y promoción de los derechos humanos que establece el Consejo de Europa.
- Presentar un informe anual de actividades al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria.

En las competencias que establece el mandato para el Comisario pueden distinguirse tres planos diferenciados pero complementarios:

Uno puramente teórico o de promoción genérica; un segundo de análisis del marco legal y la práctica de los Estados identificando sus insuficiencias y fomentando o recomendando las modificaciones a que hubiera lugar, y, por

¹⁴ Resolución (99) 50 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Adoptada el 7 de mayo de 1999 en su 104 Sesión en Budapest. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=458513&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>, consultada el 11 de abril de 2008.

¹⁵ *Idem.*

último, un tercero absolutamente concreto como es el de fomentar el respeto efectivo y pleno goce de los derechos humanos en los Estados miembros, es decir analizando la patología, las violaciones concretas, sobre el terreno y operando en consecuencia.¹⁶

Cabe puntualizar que el Comisario no puede aceptar solicitudes individuales para presentar quejas ni ante tribunales nacionales o internacionales, ni ante administraciones nacionales.

El primer Comisario para los derechos humanos fue el español Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, elegido por la Asamblea Parlamentaria, en septiembre de 1999, y quien terminó su mandato el 31 de marzo de 2006. Actualmente, el Comisario es el sueco Thomas Hammarberg, quien tomó posesión el 1 de abril de 2006.¹⁷

2. Funciones

Derivado del triple mandato antes mencionado, el CDHCE ha operado en consecuencia. El artículo 3a de la Resolución (99)50 otorga facultades al Comisario para promover la educación y concientización de los derechos humanos, pero lo hace de una manera muy general, sin definir con exactitud cómo debe hacerlo. A pesar de esto, la oficina del Comisario ha logrado, a través del actuar cotidiano, un largo alcance en sus políticas en este ámbito.

Se han descartado, por motivos presupuestarios, los programas educativos a largo plazo destinados a agentes específicos. Dando lugar, únicamente, a pequeños eventos centrados en áreas muy bien definidas de acción ejecutiva, cuyo arribo a buen puerto depende en gran medida del apoyo de las autoridades de aquellos Estados que estén colaborando con la oficina del Comisario en el proyecto.¹⁸

¹⁶ Álvaro Gil-Robles, "El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa: naturaleza, competencias y procedimientos de actuación", en Ricardo Méndez Silva, coord., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, p. 310.

¹⁷ Council of Europe, *Commissioner for Human Rights*. http://www.coe.int/t/commissioner/About/biohammarberg_en.asp, consultada el 15 de abril de 2008.

¹⁸ John Jacob Dalhuisen, "El Comisario para los Derechos Humanos y defensores del pueblo nacionales: reflexiones institucionales", conferencia dictada en la sede de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, el 14 de febrero de 2002.

Así, se organizan seminarios y conferencias respecto a áreas de interés específicas a las cuales se convoca a diferentes organizaciones no gubernamentales, expertos institucionales y autoridades interesadas en el tema, con el propósito de identificar problemas de actualidad, proponer soluciones y elaborar estándares de aplicación. De estas reuniones se derivan conclusiones que sirven al CDHCE para hacer propuestas de mejoras relacionadas con los derechos humanos respecto a problemáticas determinadas e incluso, si lo considera necesario, puede emitir una recomendación sobre el tema en cuestión a todos los Estados parte del Consejo de Europa.¹⁹

Otro punto que vale la pena resaltar es que el Comisario da atención primordial a aquellos temas cuyo interés es relevante no sólo por la actualidad del problema sino por tratarse de tópicos poco explorados en la mayoría de las instancias de defensa de los derechos humanos. Por ejemplo, temas como los derechos de los extranjeros recién llegados y los procedimientos de expulsión o respeto de los derechos humanos en las fuerzas armadas.²⁰

Por lo que se refiere a la promoción, el trabajo del CDHCE con *Ombudsmen* nacionales, y sobre todo la discusión de temas relevantes en foros internacionales y ante las autoridades involucradas, constituyen un aspecto importante para este rubro.²¹ En este mismo sentido, el impulso que ha dado el Comisario para la creación de instituciones nacionales de protección de derechos humanos en aquellos países donde no existían o incluso todavía no existen, ha sido fundamental.

En enero de 2001 se creó el Proyecto EUNOMIA, proyecto financiado en gran medida por el gobierno de Grecia, específicamente por la oficina del *Ombudsman* griego. El objetivo del proyecto es contribuir a la creación y al soporte a mediano plazo de instituciones recién fundadas de promoción y defensa de los derechos humanos en los países de Europa del Este. El proyecto ha podido realizarse bajo los auspicios del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa.²²

El Comisario también promueve el establecimiento de *Ombudsmen* regionales. De hecho a instancia del Comisario fue creado por la Unión

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Council of Europe, *Commissioner for Human Rights, activities*. http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/mandate_en.asp, consultada el 14 de abril de 2008.

²¹ *Idem.*

²² EUNOMIA, *EUNOMIA Project*. http://www.synigoros.gr/eunomia/en_index.htm, consultada el 15 de abril de 2008.

Europea, en 2003, un programa para el fortalecimiento de las instituciones regionales de derechos humanos en la Federación Rusa.

El artículo 3b de la Resolución (99)50 establece la atribución del Comisario para contribuir a la observancia efectiva de los derechos humanos. La inclusión de la palabra *efectiva* en este artículo es importante porque garantiza la intervención del Comisario, cuando a su juicio la práctica en un país o una situación en particular tiene como resultado una extendida y sistemática violación de los derechos humanos. Así, la contribución del Comisario respecto a dicha observancia, proporciona orientación e información sobre la protección de los derechos humanos y la prevención de violaciones a los mismos, a través de la elaboración de informes temáticos, recomendaciones y opiniones.

El Comisario tiene la facultad de emitir informes especiales sobre temas vinculados con los derechos humanos, los cuales pueden dar lugar o no a una Recomendación. También está facultado para emitir opiniones o pronunciarse respecto a un tema, ya sea a solicitud de algún organismo nacional o de oficio, por lo regular sobre temas relacionados con proyectos de ley o ciertas prácticas específicas. Las opiniones tienen un carácter más técnico que las recomendaciones.²³

Además de lo anterior, el Comisario hace efectiva esta atribución al realizar visitas de manera sistemática a los diferentes Estados miembros con el fin de llevar a cabo una revisión global de la situación de los derechos humanos en cada país y, al mismo tiempo, sobre algunos temas de interés más específico. Dichas visitas incluyen reuniones con funcionarios y ejecutivos del gobierno, representantes del poder judicial y de la sociedad civil, así como la inspección de lugares como prisiones, centros psiquiátricos o centros para refugiados, donde es fácil conculcar derechos humanos.

Usualmente con base en las visitas *in situ*, el Comisario hace recomendaciones relativas a deficiencias legislativas o prácticas abusivas de dichos Estados. Por lo que se refiere a la elección de los países para la realización de estas visitas, su distribución intenta hacerse de manera uniforme entre los países de Europa occidental, miembros más antiguos del CE, y los nuevos, los países del Este.²⁴

El papel del Comisario respecto de la protección de los derechos humanos no termina con los informes y las recomendaciones, se extiende

²³ Council of Europe, *Commissioner for Human Rights, mandate*. http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/mandate_en.asp consultada el 29 de marzo de 2008.

²⁴ Véase J. J. Dalhuisen, *op. cit.*

hasta el derecho internacional humanitario, ya que es justamente en los abusos a los derechos humanos a gran escala, resultado de conflictos internos, donde su actividad es más visible. El Comisario también ha informado sobre las violaciones de los derechos humanos derivadas de actividades terroristas.²⁵

Finalmente, por lo que respecta a las relaciones con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éstas se limitan a la remisión de tiempo en tiempo, por parte del Tribunal, de algún caso que aun cuando es admisible, a su consideración debe ser conocido por el CDHCE.

“En cuanto a una posible legitimación activa ante el Tribunal, en línea de la que tiene reconocida el Defensor del Pueblo español ante el Tribunal Constitucional para interponer recursos de amparo, hoy por hoy es impensable, tanto porque el Tribunal es hostil a la idea, como porque el Comisario carece totalmente de los medios para hacer frente a una responsabilidad de esta naturaleza”.²⁶

III. Acciones relevantes

Al ser el cargo del Comisario un nombramiento político mantiene una estrecha relación con los gobiernos nacionales, a través de sus recomendaciones generales o específicas, según los casos. Es importante enfatizar que no tiene autoridad para asumir quejas individuales, aunque éstas llegan cada vez en mayor número conforme la institución se hace más conocida. Sin embargo, el CDHCE tiene la libertad de alcanzar conclusiones generales de las quejas individuales, lo que hace que sea todavía más relevante su relación con los *Ombudsmen* nacionales, a los que remite las quejas individuales que recibe para que sean analizadas.

Precisamente por la importancia de esta interrelación el mandato del Comisario hace referencia en tres momentos distintos a las instituciones nacionales de protección de derechos humanos. En primer lugar, el artículo 3d de la Resolución 99(50) señala que el CDHCE tiene la tarea de facilitar las actividades de los *Ombudsmen* nacionales. Asimismo, el artículo 3c del mismo documento dispone que debe estimular el establecimiento de aquellos como una importante estructura de los derechos humanos en los Estados miembros en los que aún no existen, y por último, el artículo 5 de

²⁵ *Idem.*

²⁶ Á. Gil-Robles, *op. cit.*, p. 315.

la Resolución 99(50), identifica a los *Ombudsman* como recursos de información en los que el Comisario se debe apoyar. Sentando así las bases para crear una relación recíproca, en la que el Comisario y los *Ombudsman* nacionales deben ayudarse mutuamente.

En situaciones en las que no ha sido posible promover la creación de un *Ombudsman* general se ha impulsado la creación de *Oficinas de crisis* similares al *Ombudsman* de Guerra, como es el caso de la oficina del Representante Especial del Presidente de la Federación de Rusia para los Derechos Humanos en la República de Chechenia.²⁷ Haciendo de esta manera, uso de sus facultades para actuar en casos de Derecho Internacional Humanitario.

Otra de las funciones importantes del CDHCE es organizar en colaboración con los *Ombudsman* nacionales reuniones internacionales de trabajo. Reuniones que permiten al Comisario, además de presentar informes de sus actividades realizadas, discutir sus futuros proyectos de trabajo. Esto último es especialmente importante ya que le permiten retroalimentarse con la experiencia de los *Ombudsman* nacionales, quienes al estar en contacto de manera más cercana con ciertas problemáticas, están en posibilidad de orientar al CDHCE hacia los asuntos de mayor relevancia en ese momento. Además, dichas reuniones permiten examinar los problemas comunes con el fin de reunir la experiencia necesaria para buscar e implementar soluciones. Para dicho objetivo se invita a los participantes a presentar ponencias sobre temas acordados en reuniones previas.²⁸ Entre los temas tratados en las últimas reuniones destacan la inmigración ilegal, los solicitantes de asilo y la discriminación contra las comunidades Roma/gitanos.

Por lo que toca a las recomendaciones destaca, por la actualidad del tema, aquella que se refiere a la situación de los extranjeros que llegan a las fronteras en Europa, la cual está dirigida a todos los Estados miembros del Consejo de Europa,²⁹ ya que los países que se visitaron fueron Rusia, sobre el caso de Chechenia; Georgia; Moldavia; Noruega; Finlandia —donde aparentemente no había problemas de derechos humanos, pero se detectaron—; Eslovaquia; Andorra; Bulgaria; España; Turquía; Grecia; Hungría; Azerbaijón; Portugal; Polonia, y Luxemburgo.

²⁷ Cf. *ibid.*

²⁸ Council of Europe. *Commissioner for Human Rights*, http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/mandate_en.asp, consultada el 8 de abril de 2008.

²⁹ *Idem.*

Como se puede observar son varias las acciones relevantes que realiza el CDHCE. No obstante, es obligado destacar por su importancia el caso específico de intervención en periodo de guerra activa en la República de Chechenia, por ser la primera vez que el Consejo de Europa entró a un país en una acción de guerra en misión de protección de los derechos humanos. Esta actuación, se realizó en un contexto extremadamente complicado ya que la Federación de Rusia negó la entrada a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa,³⁰ a la Cruz Roja y a cualquier otro organismo internacional, únicamente el Consejo de Europa fue testigo de lo sucedido.

El artículo tercero, apartado b), que señala que “el Comisario deberá contribuir a la promoción de la observancia efectiva y el pleno disfrute de los derechos humanos en los Estados miembros”, fue invocado ante las autoridades de la Federación de Rusia para intervenir en el conflicto armado en la República de Chechenia, visitar la región, las ciudades después de los combates y los campos de refugiados. Acciones que redundaron en recomendaciones concretas al gobierno ruso, al Comité de Ministros del Consejo de Europa, así como en el establecimiento de una oficina para la protección de los derechos humanos en Chechenia, con presencia de expertos del Consejo, promocionando así la intervención humanitaria, respecto de demandas de juicios penales contra los militares. Ésta, además de ser la primera Recomendación que emitió el Comisario, fue también la primera interpretación política de lo que se podía hacer en un Estado parte que vive un periodo de guerra.³¹

IV. Consideraciones finales

Aun cuando la naturaleza del mandato del CDHCE no es del todo clara, se puede afirmar que el Consejo de Europa creó un nuevo *Ombudsman*, ya que el rol de esta figura tradicional es proteger a los ciudadanos de las violaciones a los derechos humanos y abusos del poder, con el propósito de mejorar la administración pública y hacer que las acciones del gobierno

³⁰ La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) tiene su origen en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, celebrada en Helsinki en 1975. Está conformada actualmente por 56 Estados participantes. Está reconocida como organismo regional conforme a la Carta de las Naciones Unidas.

³¹ Á. Gil-Robles, *op. cit.*, pp. 310-311.

sean más transparentes. Función que el Comisario lleva a cabo a través de las investigaciones y visitas *in situ* que realiza, tanto en tiempo de paz como de guerra, con el fin de cerciorarse del correcto cumplimiento del Convenio Europeo, así como con las recomendaciones que emite en caso de que los derechos humanos contenidos en Convenio de Roma sean conculcados.

A pesar de que la oficina del Comisario es muy pequeña, y que parecería estar en la frontera entre lo jurídico y lo político, entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos, sus funcionarios han logrado dar sustancia y eficacia, a través del trabajo cotidiano, a las amplias funciones asignadas a un cargo no muy definido.

El papel del CDHCE es complementario al de las demás instituciones europeas de protección de derechos humanos, es esencialmente preventivo y no tiene poderes jurisdiccionales. Siendo su objetivo fundamental crear una cultura en favor de la protección y el respeto de los derechos humanos a través de campañas educativas y de difusión. Lo anterior, sin dejar de lado la labor político-diplomática que desempeña, destacando la vinculación que busca crear, fortaleciendo a los organismos locales, para la prevención y la defensa de los derechos humanos.

La vulneración de los derechos humanos de las personas sordas en México

Benito Estrada Aranda*

RESUMEN: Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, las personas que nacen con una discapacidad son libres, como cualquier persona, pero reconoce que corren mayor riesgo de que sus derechos sean vulnerados. En México no existe un censo concreto sobre las personas con discapacidad auditiva y sordera, y tampoco se tiene un concepto correcto de esta discapacidad. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera a este grupo como vulnerable y lo es aún más en el caso de las mujeres. Actualmente las personas con esta discapacidad han comenzado a asumirla bajo una nueva perspectiva, por lo cual se vuelve muy importante eliminar las barreras que presenta el entorno para la correcta tutela de sus derechos fundamentales. La principal barrera que enfrenta esta comunidad es la del lenguaje, y aunque han desarrollado uno propio, sufren una constante exclusión del acceso a la información, la atención a la salud, el trabajo y otros derechos como los procesales o la expresión de ideas y de manera muy especial la educación.

ABSTRACT: According to the Universal Declaration of Human Rights, disabled persons are as free as every other person, but it also admits that their human rights are more likely to be violated. In Mexico there is not a special census for the hearing-impaired or the deaf, and neither a correct concept of this disability. The National Commission of Human Rights considers this group of people as vulnerable and even more when it comes to women. Nowadays these people are assuming this problem under a new perspective, which is why it has become very important to eliminate the obstacles that the environment presents in order to properly protect their fundamental rights. The main obstacle that this group faces is the language barrier, and even though they have developed a language of their own, they are constantly excluded from information, healthcare, work and other rights like in trials or the expression of their ideas and most of all education.

* Profesor de la Facultad de Psicología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

SUMARIO: Introducción. I. Derecho a la protección de la salud. II. Derecho al trabajo. III. Derecho a la educación. IV. Derecho urbanístico. V. Derecho a la cultura, recreación y deporte. VI. Derecho a la protección del consumidor. VII. Derechos penal y procesal penal. VIII. Los derechos humanos de las mujeres con discapacidad. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

Introducción

Este año se cumplen 60 años de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El artículo 1 de esta declaración comienza de la siguiente manera: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” Las personas que nacen con alguna discapacidad (sea física, sensorial o mental) también nacen libres pero su dignidad y derechos se encuentran bajo mayor y continuo riesgo de ser vulnerados.

Precisar el número de personas que padecen una discapacidad auditiva en México no es fácil. El problema está en la heterogeneidad de esta discapacidad. Entendemos por discapacidad auditiva la presencia de alguna pérdida auditiva (que puede ser mínima, leve, moderada o severa), mientras que cuando hablamos de sordera nos referimos a una incapacidad total para escuchar con ambos oídos (que puede ser de nacimiento, prelocutiva o adquirida antes de los tres primeros años de vida, o bien adquirida después de los tres primeros años de vida, postlocutiva).

En México, al igual que sucede con población con otras discapacidades no existe hasta el momento un censo oficial y específico para determinar la incidencia de la discapacidad auditiva y de la sordera, a pesar de que según datos de la Organización Mundial de la Salud la discapacidad auditiva es una de las más presentes en nuestro país. Según cifras disponibles del censo de población y vivienda realizado por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), en el año 2000 en México había 281,793 personas con discapacidad auditiva (155,814 hombres frente a 125,979), siendo la tercera discapacidad (luego de la motriz y la mental) que afecta a la población (INEGI, 2005). El INEGI no ofrece datos para conocer cuántas personas existen en México con sordera.

Hay que señalar que esta cifra es muy incierta debido a que el censo sólo habla de discapacidad auditiva y la define como “una pérdida o restricción de la capacidad para recibir mensajes verbales u otros mensajes audibles”, y ésta es una definición imprecisa que no clasifica con claridad

la diversidad de la pérdida auditiva y que no permite conocer qué tipo de sordera (ni aclarar lo referente a la clasificación¹ o al tipo² de la misma) está reflejando este dato.

Hoy en día las personas Sordas³ han asumido la sordera desde una perspectiva sociocultural. Esto es más como una *capacidad* que como una *discapacidad* y como una realidad visual plasmada a través de una lengua viso-manual. En ocasiones, la sordera es reivindicada por el colectivo de personas Sordas como un territorio llamado *comunidad sorda*, en donde la lengua de señas (en adelante, LS) y su propia cultura delimitan una geografía muy poco conocida para la mayoría de la población oyente. En este sentido, la sordera se transforma en una construcción social (Alonso y Domínguez, 2004) en donde si el entorno únicamente ofrece limitaciones y barreras, la discapacidad se vuelve más evidente, pero si ese mismo entorno elimina o reduce al mínimo estas barreras (en este caso de comunicación), los efectos de la discapacidad pueden reducirse dejando a la vista capacidades y recursos que potenciar. De este modo, eliminar estas barreras o reducirlas al mínimo es una manera de atender los derechos humanos más fundamentales de la población sorda, pero justamente los más vulnerados: el derecho a tener acceso a la información, a la educación y a poder ser entendido y comunicarse en su lenguaje de señas. La privación básica de la sordera profunda congénita, según Meadow (1980), no es la privación de sonido, sino la privación de lenguaje.

¿Qué es una LS? Podemos definirla como un sistema de comunicación totalmente visual o viso-manual, en donde a través de una o varias señas producidas con las manos (y usualmente acompañadas de expresiones gestuales y corporales) es posible emitir y recibir información y sentimientos (Estrada, 2008). Aunque cada país cuenta con su propia LS, podemos mencionar algunos aspectos en común en cuanto a la realización o producción de los signos o señas, que se realizan mediante una serie de mecanismos que permiten la codificación de la información que se desea expresar (Alonso y Valmaseda, 1993). En resumen, estos “mecanismos de produc-

¹ Según el momento en que se originó, según la localización de la lesión y según el grado de la pérdida auditiva.

² Hereditaria o adquirida.

³ En este trabajo, al hacer referencia a las personas Sordas con “S” mayúscula, lo haremos para referirnos al colectivo de personas sordas profundas de nacimiento, que utilizan la LS para comunicarse y que tienen un sentimiento de pertenencia a la comunidad sorda, como un colectivo de la población diferenciado al resto, y con un contacto con la realidad (llámese entorno social, familiar, laboral, educativo) meramente visual.

ción” de la LS son los siguientes: 1) articuladores manuales (principalmente las manos), 2) articuladores no manuales (posiciones del cuerpo y expresiones faciales), 3) uso del espacio (el espacio más cercano a la persona que produce los signos) y 4) modificaciones del movimiento con el que se producen los signos.

Estos mecanismos permiten una presentación simultánea y no lineal de las producciones (Domínguez y Alonso, 2004). Para comprender mejor su funcionamiento, según explican Perelló y Tortosa (1992), cada signo no traduce una palabra (de la lengua oral), sino que cada signo es capaz de transmitir todo un pensamiento con una sintaxis propia. En definitiva, hablar de la lengua de señas es hablar de un completo sistema de comunicación y no de un simple sistema paliativo y de apoyo para el intercambio de información.

En general se puede mencionar que al igual que sucede en casi la mayoría de los países, en México la población sorda está en constante riesgo de exclusión social, principalmente en lo que se refiere al acceso a la información, debido al uso de una lengua minoritaria y visual como lo es la LS. La mayoría de las personas que nacieron con una sordera profunda no consiguen acceder a la lengua oral, y para ellos su lengua materna es la LS. Esto hace que todos los días se enfrenten con barreras comunicativas en todos los contextos de su vida, como podría ser una consulta con el médico o con los profesionales de la salud mental (psicólogos y psiquiatras) que en la mayoría de los casos desconocen la LS y las variables culturales (identidad sorda, comunidad sorda), educativas (si tuvo acceso a una educación a través de la LS o puramente a través de la lengua oral) y psicosociales, que hacen de esta población un colectivo tan heterogéneo. Sin duda, esta realidad propicia que sistemáticamente los derechos humanos de las personas sordas estén sujetos a una mayor vulneración, y por este motivo en México son consideradas dentro de los grupos vulnerables de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH).

Algunos de los principales derechos humanos de las personas con discapacidad que la CNDH reconoce⁴ son:

⁴ www.cndh.org.mx

I. Derecho a la protección de la salud

En el papel:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”. En caso de no ser derechohabiente de alguna institución podrá acudir a los institutos, hospitales y centros de atención médica pertenecientes a la Secretaría de Salud, al DIF, así como a los sistemas estatales de salud y sistemas locales de asistencia social.

En la realidad:

Cuando las personas sordas requieren de asistencia médica, así como de atención en salud mental, no cuentan con servicios especializados para su atención a través de la LS. Al requerir de una consulta médica en la red pública de servicios de salud, tanto estatales como federales (Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado), no pueden comunicarse directamente con el médico ya que la gran mayoría desconoce lengua de señas mexicana (en adelante LSM), y tampoco estas instituciones proveen de intérpretes profesionales de LSM. De esta manera, las personas Sordas se ven en la necesidad de asistir ya sea a consulta médica o de salud mental acompañados de algún familiar que pueda funcionar como intérpretes pero que inevitablemente conocerán todo acerca del motivo de consulta de la persona Sorda con estos profesionales de la salud. Con lo cual la confidencialidad (uno de los derechos de todos los pacientes) no puede garantizarse, así como tampoco una evaluación exacta del problema por el cual la persona Sorda está consultando al profesional de la salud.

En México no existe en la red de servicios públicos un servicio gratuito de atención en salud mental, con profesionales especializados para cubrir las necesidades de atención en salud mental a pesar de que está comprobado que la población sorda es un colectivo más propenso a algunas enfermedades mentales y algunos trastornos psicológicos como la depresión (Leigh, Robins, Welkowitz, y Bond, 1989; Marcus, 1991; McGhee, 1995; Watt y Davis, 1991; Leigh y Anthony, 2001). Otros estudios indican que los niños sordos son más vulnerables a los problemas de salud mental que los niños oyentes (Departamento de Salud, 2003) y que los trastornos conductuales aparecen al menos dos veces más en niños sordos que en niños oyentes (Meadow, 1981; Hindley, McGuigan, y Kitson, 1994; BSMHD,

1998; Departamento de Salud, 2005). Además, en algunas ocasiones las dificultades de comprensión o entendimiento pueden llevarles a la frustración o a trastornos conductuales (Denmark, 1994).

II. Derecho al trabajo

En el papel:

No se podrá impedir el trabajo a ninguna persona, ni que se dedique a la profesión, industria o comercio que desee. Tampoco se hará distinción entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social.

En la realidad:

La mayoría de las personas sordas en México están desempleadas o llevan a cabo actividades laborales poco gratificantes tanto económica como moralmente. La equidad en el acceso al mundo laboral en igualdad de oportunidades simplemente no existe para las personas sordas, al igual que para otras personas con discapacidad. Según la 1a. Encuesta sobre Discriminación⁵ en México, realizada en el 2005, a casi 40 % de las personas con discapacidad le han pagado un salario menor por desempeñar un trabajo similar al de una persona no discapacitada y al 42 % le han negado un trabajo por su condición. También informa que son las personas con discapacidad quines más se han sentido discriminados en su trabajo y es para ellos el derecho al trabajo uno de sus derecho más vulnerados. Además, según esta encuesta, más de la mitad de los discapacitados en México dice que no se le han respetado sus derechos y que uno de cada dos mexicanos con discapacidad se siente incapaz de tener un rol importante en la sociedad.

⁵ Llevada a cabo por la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

III. Derecho a la educación

En el papel:

Todos los habitantes del país tienen las mismas oportunidades de ingresar al Sistema Educativo Nacional. Una persona con discapacidad puede acceder a una escuela regular, siempre y cuando sea propicia su integración; en caso contrario, la educación especial los atenderá de manera apropiada a sus condiciones y con equidad social.

En la realidad:

En México, quizás éste ha sido el derecho más vulnerado de las personas Sordas. Hasta hace muy pocos años los padres de niños sordos no podían elegir de qué manera sería la educación de sus hijos ya que la Secretaría de Educación Pública (SEP) imponía como única estrategia de aprendizaje la lengua oral. Esto a pesar de estar suficientemente demostrado que esta estrategia no sólo es ineficaz, sino perjudicial. La tendencia mundial en la actualidad es hacia el bilingüismo; es decir, facilitar como primera lengua de los niños sordos el lenguaje de señas, como el vehículo para que sea capaz de estructurar la realidad y su pensamiento, y a la par, la lengua oral, la lengua mayoritaria de la población y el vehículo de acceso a la cultura, al mundo laboral y social. En la actualidad, parece que se ha iniciado un cambio en la postura educativa de la SEP en la educación de los niños sordos, influido por la aparición en el año 2005 de la Ley Federal para las Personas con Discapacidad. Con este cambio se aleja poco a poco del obsoleto modelo oralista,⁶ aunque como veremos, existen aún muchos rezagos y dificultades para que así suceda en la realidad, es decir, en el salón de clases de la escuela básica regular pública.

De acuerdo a Segura (2005), el oralismo en México tiene su origen en 1833, cuando el maestro mexicano de nombre José María Márquez fue comisionado a visitar las escuelas de Francia, Alemania, Italia y España con el objetivo de estudiar ambas posturas (oralismo y la lengua de señas⁷) y así

⁶ En 1778 Samuel Heinicke fundó la primera escuela para sordos en Alemania y desarrolló el método llamado oral (oralismo) puro o método alemán, que subraya la importancia de un enfoque exclusivamente oral (Segura, 2005).

⁷ También llamado método francés o signos metódicos creado en París por el abate Charles Michel L'Epee en 1760 con el auspicio de la Corona francesa, creándose así la primera institución pública que ofreció educación a los sordos en Francia (Segura, 2005).

se pudiera adoptar una postura definitiva en México. El resultado de este viaje no podía ser otro que el de adoptar el oralismo para la educación de las personas Sordas en México ya que en Europa la batalla entre el oralismo y los signos la había ganado ya el oralismo. Así, el maestro Márquez es mencionado como el introductor del método oral puro, lo que ha llevado a mantener en México una postura en la educación de las personas Sordas que poco ha cambiado desde el siglo XIX.

En México, la historia de la educación de las personas Sordas es una historia de privación, de exclusión y de marginación social (Segura, 2005). Fue el 28 de noviembre⁸ de 1867 que el entonces presidente de México, Benito Juárez, estableció por decreto la Escuela Normal de Sordo-Mudos, aunque en opinión de Segura (2005), en un primer momento sólo 24 sordos se beneficiaron de esta escuela con carácter nacional, mientras que el resto según un oficio enviado al ministro de la época juarista, “vivían en el abandono y la desgracia”. Es importante destacar que esta primer Escuela Nacional de Sordo-Mudos surge con el modelo de educación basado en la LS, opuesto al que hasta hace pocos años reinaba, basado en la lengua oral.

En la actualidad un derecho puntual que la CNDH (2008a) señala para las personas Sordas es “el derecho a la LS: educación bilingüe para las personas sordas”. En este derecho, la CNDH reconoce que en la educación de las personas Sordas, cuando no existe la opción de utilizar un medio que permita la audición, su educación debe ser basada en la LS. Además, la CNDH recuerda que, según la Federación Mundial de Sordos,⁹ el derecho a la LS se puede resumir en tres premisas:

1. El derecho a la educación para las personas sordas de todas las edades, así como para los miembros de sus familias.
2. El uso de la lengua de señas en la educación para estudiantes sordos, así como el uso del bilingüismo y multilingüismo (lengua de señas y las lenguas nativas habladas en el país de origen).
3. Involucrar a adultos sordos en todos los aspectos de la planeación y programación de la educación.

⁸ Es por eso que en México el 28 de noviembre se celebra el Día Nacional de los Sordos (Segura, 2005).

⁹ World Deaf Federation (WDF; www.wfdeaf.org).

La realidad es que en México estos derechos no son del todo cumplidos, y podemos decir que continúan siendo vulnerados. La propuesta actual de la SEP para la educación del niño sordo es la inclusión, es decir, se basa en la incorporación de las niñas y los niños sordos a las escuelas regulares, en donde se encuentran con un maestro que no conoce la LSM, y que por tal no puede comunicarse con su alumno/a sordo/a. Con esto, la realidad más frecuente que viven estos niños en la escuela pública es que ni los maestros ni mucho menos los niños oyentes compañeros de salón pueden comunicarse con ellos, con lo cual la inclusión más bien en realidad sigue siendo exclusión.

Según datos estadísticos de la SEP¹⁰ se reporta que en el ciclo escolar 2005-2006, a nivel nacional, se atendieron 14,767 alumnos con “trastornos auditivos”, siendo los alumnos con esta discapacidad sensorial más atendidos a nivel nacional, y en segundo lugar sólo después de los alumnos con deficiencias mentales. La SEP ha elaborado dos estrategias para dar atención a los alumnos con discapacidad con o sin necesidades educativas especiales (en adelante, NEE). La primera de ellas son las Unidades de Servicio de Apoyo a la Educación Regular (USAER); se trata de maestros de educación especial denominados maestros de apoyo ubicados en escuelas regulares para apoyar escolarmente a los niños sordos y a los otros niños con otras discapacidades con o sin NEE. Además, estas USAER cuentan con el apoyo de otros profesionales que no están fijos en una escuela sino que recorren varios centros educativos formando un equipo de apoyo técnico integrado por psicólogos, trabajadores sociales y maestros de comunicación. La estrategia es insuficiente ya que no todas las escuelas públicas regulares en donde pueda estudiar un niño sordo tienen cobertura de estas USAER.

La segunda estrategia se lleva cabo en los Centros de Atención Múltiple (CAM). Estos centros pueden ser escolarizados (para niños que debido a su discapacidad y a sus NEE no pueden ser incluidos en la escuela regular) o de atención complementaria (para niños con alguna discapacidad que asisten a la escuela regular y en turno contrario reciben apoyo de acuerdo a sus NEE). Los niños sordos incluidos a la escuela regular asisten a Centros de Atención Múltiple para recibir apoyos complementarios, en donde apren-

¹⁰ Unidad de Planeación y Evaluación de Políticas Educativas. Dirección General de Planeación y Programación. Sistema Educativo de los Estados Unidos Mexicanos. Principales cifras. Ciclo escolar 2005-2006. www.sep.gob.mx

den LSM de un maestro de educación especial, así como apoyo escolar, conviviendo con otros niños sordos y con niños con otras discapacidades.

En resumen, podemos decir que la educación de los niños sordos profundos representa todo un reto para el sistema nacional de educación de la SEP, ya que a nivel nacional representan mucho problema por su dificultad para acceder adecuadamente a los contenidos curriculares.

Éste es el modelo educativo de la SEP para la educación del niño sordo y a partir de él hacemos las siguientes reflexiones. La inclusión del niños sordo a la escuela regular no es una estrategia errónea, aunque en la actualidad en México no existen las condiciones para asegurar un aprendizaje y una educación bilingüe como lo establece la Ley de Personas con Discapacidad. Además, hay un gran número de factores por los que no se está cumpliendo con el derecho a la educación bilingüe, entre los que destacamos los principales: 1) Los maestros de las escuelas regulares en su gran mayoría no conocen la LSM. 2) La heterogeneidad de la sordera. 3) La mayoría de los padres oyentes de niños sordos, no aprende la LSM. 4) El niño sordo en la escuela regular se enfrenta a la discriminación o indiferencia de su maestro y de los otros niños. Con esto, quienes más pueden beneficiarse del modelo actual de la SEP pudieran ser los niños sordos postlocutivos e hipoacúsicos, es decir, los niños que perdieron la audición después de los tres primeros años de vida, que tuvieron contacto con la lengua oral y que conservan restos auditivos (hay que decir que son la minoría). Quienes resultan más perjudicados, entonces, son los niños sordos profundos de nacimiento o los que perdieron la audición antes de los tres primeros años de vida y son hijos de padres oyentes, es decir los sordos prelocutivos (la mayoría). Con esta realidad está claro que el modelo seguirá siendo ineficaz mientras el maestro siga sin conocer la LSM, por esto se pretende que los nuevos maestros salgan de la Escuela Normal de Maestros conociendo la LSM, es decir, que desde su formación aprendan y desarrollen las habilidades necesarias para que puedan enseñar y transmitir sus conocimientos a través de ella al niño sordo. No obstante, mientras esto sucede, habrán pasado muchos años antes de que el niño sordo integrado en la escuela normal pueda egresar de la educación básica sabiendo leer y escribir y con el aprendizaje de la LSM.

En la actualidad, en México la CNDH (2008a) reconoce el derecho a una educación pública gratuita bilingüe para los niños sordos, esto es, la LS como primera lengua y en segundo lugar, la lengua oral. Esto sería lo que efectivamente cumpliría con el derecho de todos los niños de tener acceso a una educación de calidad. No obstante, este derecho se enfrenta

con una realidad incómoda: el maestro de escuela regular no conoce la LSM, con lo cual no está capacitado (legítimamente, ya que no es un maestro de educación especial) para comunicarse con el alumno/a sordo/a, y desde esta realidad, podemos afirmar que el derecho de los niños sordos a una educación pública bilingüe gratuita es vulnerado en la actualidad en México.

El compromiso de la SEP como institución responsable de la educación de los mexicanos es asumir una postura que cumpla con la ley y con los derechos humanos de los niños sordos. En este sentido, parece que se está intentando que en la formación de los nuevos maestros de educación regular se les proporcione el aprendizaje de la LSM para que pueda efectivamente cumplirse con el derecho a la educación bilingüe de los niños/as sordos/as.

En el artículo 10, inciso VIII, de la Ley Federal para las Personas con Discapacidad¹¹ se establece lo siguiente: "Garantizar el acceso de la población sorda a la educación pública obligatoria y bilingüe, que comprenda la enseñanza del idioma español y la Lengua de Señas Mexicana..." La CNDH señala que el artículo 22 de la Ley Federal para las Personas con Discapacidad establece que las autoridades educativas procurarán: "Diseñar e instrumentar el Subsistema Nacional de Educación Pública Bilingüe para Sordos que comprenda la enseñanza del idioma español y el lenguaje de señas". Ambos artículos de la mencionada Ley son vulnerados sistemáticamente por la SEP por lo que hemos comentado anteriormente.

Según datos de la Unidad de Servicios de Apoyo a la Educación Regular (USAER) de la SEP, en el pasado curso escolar 2006-2007 estudiaron en escuelas públicas regulares un total de 3,436 alumnos con sordera y un total de 10,003 con discapacidad auditiva, siendo el Estado de México la entidad federativa con más niños sordos y con discapacidad auditiva en escuelas regulares. La pregunta que tenemos que hacer a la SEP es ¿cuántos de estos niños aprendieron LSM en su salón de clases? ¿Cuántos de estos niños terminaron la primaria sabiendo leer y escribir? ¿Cuántos de estos niños pudieron comunicarse con su maestro y con otros niños oyentes a través de la LSM, y a través del lenguaje oral? En México, según cifras del INEGI (2000), existen 11,580 niños con discapacidad auditiva en una edad entre los cinco y los nueve años, y 13,181 en una edad entre los 10 y los 14 años. De estos grupos de edad, aproximadamente entre 12,000 y 13,000 niños

¹¹ Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 10 de junio de 2005.

con discapacidad auditiva están en educación primaria y no recibieron una educación bilingüe como lo establece la ley.

El artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU) establece que:

1. "Toda persona tiene derecho a la educación, [...] El acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos". La *realidad* en México es que las personas Sordas que consiguen terminar su educación básica y media, y desean continuar con estudios superiores, se encuentran una vez más en las Universidades con la barrera del lenguaje oral. No tienen un acceso a los estudios universitarios igual que el resto de la población, y el Gobierno no provee de intérpretes de LSM para que efectivamente las personas Sordas puedan tener un acceso a una educación superior en igualdad de oportunidades.

2. "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales..." La *realidad* es que el modelo educativo de la SEP, basado en la lengua oral, no asegura este pleno desarrollo de la personalidad humana ni el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos de las personas sordas.

3. "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos". La *realidad* es que 90 % de los niños sordos¹² son hijos de padres oyentes, y tan sólo 10 % son hijos de padres sordos (Marchesi, 1999); esta situación condicionará el desarrollo lingüístico del niño así como su educación y aprendizaje. En México, los padres de niños sordos no pueden escoger la forma y el lenguaje por el cual accederán sus hijos a la educación.

La LSM es un idioma reconocido oficialmente desde el año 2005 como lengua nacional por el gobierno de México, en el artículo 12 de la Ley Federal para las Personas con Discapacidad, otorgándole incluso reconocimiento como patrimonio lingüístico de la nación. No obstante, este reconocimiento no ha implicado hasta ahora ningún beneficio significativo para la comunidad sorda. La SEP omite este reconocimiento al negar el acceso a la educación de los niños sordos en un idioma reconocido por el Gobierno de México, dicho en otras palabras, quebranta la ley. La CNDH (2008a)

¹² FIAPAS (Federación Española de Asociaciones de Padres y Amigos de los Sordos) señala que la cifra es del 95 % (<http://www.fiapas.es>), y Torres (1995) más de 94 %.

estima, basándose en cifras de la Federación Mundial de Sordos, que 80 % de las personas sordas que viven en países en vías de desarrollo no recibe educación alguna. En esta línea, algunos investigadores españoles (Torres y cols., 1995) señalan en base a estadísticas internacionales que 94 % de los niños sordos corren el riesgo de pasar los mejores años de su vida sin un sistema eficaz de comunicación.

Parece que el difícil camino que han tenido que recorrer las distintas lenguas de señas para demostrar que son un verdadero y completo lenguaje ha sido un esfuerzo inútil cuando hablamos de México. Superada la polémica entre el oralismo y los signos que comenzó en el siglo XIX y duró hasta mediados del siglo XX, los primeros estudios que demostraron la utilidad y la eficacia de la LS fueron los realizados en el Gallaudet College sobre la LS americana de Estados Unidos por William Stokoe¹³ (primer Signolingüista, término que en la actualidad se designa a los lingüistas que aplican esta ciencia al estudio de las lenguas de señas). Estos estudios marcaron un cambio radical en la percepción de las LS otorgándoles un status de verdadera lengua. Las opiniones que se tenían de las LS (y que en ocasiones desafortunadas todavía se conservan) es que sólo forman parte de un conjunto de gestos más bien pertenecientes a la mímica, capaces de hacer referencia a objetos, cosas y momentos concretos pero incapaces de expresar la realidad en su totalidad, sea de forma abstracta u objetiva, en definitiva que no se trata de una verdadera lengua.

¿Por qué es tan importante la LS para las personas Sordas?

Para el investigador español Álvaro Marchesi (1981) es absolutamente necesario proporcionar al niño durante sus primeros años una estimulación lingüística que favorezca el desarrollo de las estructuras neurológicas y procesos básicos del lenguaje. Además, debido a las dificultades del niño sordo para aprender el lenguaje oral, el camino que recomienda tomar es el de una forma de comunicación enteramente accesible a los niños sordos pequeños, la LS. La CNDH¹⁴ explica que la ONU sugiere la utilización del lenguaje de señas para la educación de los niños sordos, sus familias y comunidades, así como la prestación de servicios de intérpretes de LS que faciliten la comunicación entre sordos y oyentes.

¹³ En 1960 publicó el libro *Sign Language Structure*.

¹⁴ www.cndh.org.mx

En cuanto a la polémica de si la educación de los niños sordos debe ser oral o con LS, desde hace ya muchos años Conrad (1979) llegó a la conclusión de que la educación exclusivamente oral de todos los niños sordos no sólo no tiene base científica sino que la práctica ha demostrado su incorrección. Con esto, Marchesi (1981) afirma, siguiendo la línea de Conrad, que la necesidad de los signos como primer lenguaje de los sordos profundos no sólo es debido a razones sociales, sino sobre todo a razones de tipo biológicas. Del mismo modo concluye que la mejor opción es la educación bilingüe, por un lado como defensa de la LS por ser la lengua natural de las personas Sordas y por otro, porque no podemos olvidar el aprendizaje de la lengua oral ya que es la lengua mayoritaria de la sociedad y constituye el principal medio de acceso a la información y a la cultura (Marchesi, 1999). También podemos decir, siguiendo las razones biológicas, que la adquisición precoz de una lengua, sobre todo en sus aspectos gramaticales, es una condición necesaria para la especialización hemisférica izquierda para el lenguaje (Santana y Torres, 2003).

Lo que sería de vital importancia que comprendiera la SEP (alejándose de cualquier debate sobre si es mejor proporcionar al niño la LS primero que la lengua oral o viceversa, o si la educación debe ser puramente oral o bilingüe), es que proporcionará a los niños un código de comunicación de acuerdo a las características individuales (tipo de sordera, grado de pérdida auditiva, restos auditivos, estatus sordo-oyente de la familia, variables sociales, aspectos educativos) que le permitiera estructurar su experiencia, intercambiar información y representar la realidad para evitar que tanto su desarrollo cognitivo como el de otras áreas se vea afectado.

En síntesis, desde el inicio de los estudios lingüísticos sobre las LS parece haber en todos consenso al afirmar que los niños sordos expuestos a la LS en su medio familiar y desde las primeras edades, adquieren esta lengua a un ritmo madurativo idéntico a como los niños oyentes adquieren la lengua oral (Domínguez y Alonso, 2004). Normalmente esto sucede así cuando el niño es hijo de padres sordos, pero en familias oyentes, en donde los padres realizan su primer acercamiento a la LS, tendrán que aprender todas las estrategias visuales y experienciales (tales como establecer contacto visual con el niño antes de signar, signar más lentamente, prolongar los signos, llamar su atención para después signar, asegurarse de que no haya distracciones y que preste la mayor atención a los signos) que de manera natural desarrollan los padres sordos con su hijo sordo, para conseguir así una comunicación más eficaz (Estrada, 2008).

Solo algunos otros centros privados en México (ubicados en el Distrito Federal), como el Centro Clotet, el Instituto Rosendo Olleta (IRO) y el Instituto Pedagógico para Problemas del Lenguaje (IPPL), imparten educación bilingüe (primaria y secundaria, alfabetización) a la población sorda en México, entre otros. Asimismo, en Monterrey, N. L., el Centro de Estudios Universitarios (CEU) ofrece una preparatoria bilingüe para sordos y la Universidad Tecnológica Santa Catarina una carrera técnica bilingüe. En Monterrey, N. L., en el Instituto para el Desarrollo Integral del Sordo (IDIS-ABP), se ofrece apoyo educativo, así como cursos de español para niños, adolescentes y adultos sordos, así como cursos de LSM para la población sorda en general y sus familiares.

IV. Derecho urbanístico

En el papel:

Las áreas públicas y privadas deben ser accesibles a las personas con discapacidad, por lo que es obligatorio que las construcciones y los sitios públicos cuenten con instalaciones urbanísticas y arquitectónicas adecuadas, que les permitan desarrollar actividades laborales, educativas, culturales y recreativas. Dichas instalaciones pueden consistir en rampas, puertas, escaleras, elevadores, pasamanos e instalaciones sanitarias, entre otras.

En la realidad:

La sordera es la discapacidad más invisible de todas, y por tal suele ser la más olvidada en cuanto al tema de la *accesibilidad* de las personas con discapacidad. La mayoría de las personas Sordas al llegar a la edad adulta son analfabetos funcionales (a pesar de tener primaria y secundaria), con lo cual no tienen acceso a la lectura. Accesibilidad en este sentido es que la información pueda llegar a través de la LS y no de la lengua escrita.

Asimismo, en cuanto a la accesibilidad a la cultura, para facilitar el acceso de los ciegos y sordos a la información y la cultura lecto-escrita, la CNDH (2008b) recuerda que es una obligación del Estado, a través del Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas del país, que exista un porcentaje mínimo del acervo de cada institución en Sistema Braille y en audio. Además, los acervos digitales deben estar al alcance de las personas con discapacidad.

El Gobierno de México está obligado según el artículo 18 de la Ley Federal para las Personas con Discapacidad a vigilar que los medios de comunicación implementen el uso de tecnología y, en su caso, de intérpretes de la LSM, que permitan a la comunidad sorda las facilidades de comunicación y el acceso al contenido de su programación.

V. Derecho a la cultura, recreación y deporte

En el papel:

Las bibliotecas deberán contar con material de lectura en sistema Braille y en audio, para personas ciegas y débiles visuales, además con las adecuaciones arquitectónicas necesarias para el ingreso a las instalaciones. En museos, salas de conciertos y auditorios se han implementado actividades especiales, como visitas guiadas, conciertos didácticos, cursos, talleres y obras de teatro, entre otras.

Las personas con discapacidad pueden realizar actividades deportivas, siempre y cuando no arriesguen su integridad física y mental, además de que se deben atender los requerimientos de orden deportivo para apoyar, promover y fomentar el deporte.

En la realidad:

No se contempla el acceso de las personas Sordas a la cultura en este derecho, al no mencionarse la adaptación del material de bibliotecas a la LSM, o al ofrecer intérpretes que puedan acompañar en recorridos culturales o turísticos a las personas Sordas.

VI. Derecho a la protección del consumidor

En el papel:

No se les podrá negar la venta de productos o la prestación de algún servicio a las personas con discapacidad. El vendedor está obligado a respetar todas las condiciones que ofreció al entregar el producto o al prestar el servicio. Tampoco se deberá excluir ni discriminar a los solicitantes de servicios por ser personas con discapacidad. Asimismo, se debe permitir el

acceso a establecimientos a perros guías que auxilian a personas y dispensar las restricciones de entrada a lugares públicos señaladas en las disposiciones sanitarias.

En la realidad:

¿Cómo puede ofrecerse un servicio profesional a las personas Sordas si quien ofrece ese servicio no puede comunicarse con él a través de la LS? En ese sentido, muchos profesionales prefieren no prestar sus servicios o bien pueden incurrir en actos de negligencia al ofrecer servicios de esta manera. Ante esta situación, la persona Sorda se ve en la necesidad de contratar un intérprete de LS o pedir a un familiar que conozca la LS que haga de intérprete, con el inconveniente de que tengan que enterarse de cosas personales o delicadas (como en el caso de enfermedades, delitos, trastornos psicológicos, etcétera), con lo cual la persona Sorda no tiene acceso autónomo ni en igualdad de condiciones a los servicios (CNDH, 2002).

VII. Derechos penal y procesal penal

La CNDH (2008c) reconoce entre los derechos humanos de las personas con discapacidad que: “tienen derecho a gozar de todas las prestaciones que las diferentes instituciones del Estado proporcionan a los mexicanos, tales como asistencia médica, jurídica y social; educación, empleo, recreación”. También establece que “tienen derecho a recibir orientación y asesoría jurídica en cuestiones legales, principalmente aquellas personas que padecen discapacidad intelectual”.

Al igual que sucede en México, en múltiples países las personas Sordas están expuestas a graves injusticias cuando se ven involucradas en procesos legales, sea como víctimas de un delito o como infractores de la ley. Algunos expertos en el tema opinan que cuando las personas Sordas no cuentan con la educación suficiente (escaso nivel de lectura, pocas habilidades en LS y un desconocimiento de sus derechos legales), se encuentran en riesgo de sufrir serias injusticias cuando se ven involucradas en el sistema de justicia (Vernon y Miller, 2005). Estos riesgos aparecen cuando las personas Sordas se enfrentan a un arresto, juicio, prisión y libertad vigilada o condicional.

Estas características de las personas Sordas (escaso nivel de lectura, pocas habilidades en LS y un desconocimiento de sus derechos legales) han hecho que algunos profesionales de la salud mental, tal y como lo señalan

Vernon y Miller (2005) hayan acuñado el término *trastorno de personalidad primitiva* para describir este conjunto de características. En opinión de estos autores, este término se refiere a un segmento de la población sorda que es incompetente o muy poco competente en términos de la comprensión que puedan hacer acerca del proceso legal. Señalan que el término fue introducido por los psiquiatras Rainer, Altschuler y Kallmann (1963). No obstante, a nuestro criterio este término refleja más bien la constante etiqueta patológica con la cual se ha visto a la persona Sorda, más que un término con el cual podamos entender los abusos e injusticias que pueden llegar a sufrir.

En resumen, Miller (2003) señala que las personas Sordas con este trastorno están expuestas a un alto riesgo de ser arrestadas y encarceladas, y son particularmente vulnerables a las injusticias en el sistema judicial y legal. La cárcel es especialmente difícil y peligrosa para las personas Sordas, y aún más si son ingenuos y pobremente educados (Miller, 2001). Además, Vernon y Miller (2005) aseguran que estas personas no comprenden como se administra la justicia criminal o lo hacen muy poco, así como sus derechos legales.

Además de los derechos humanos de las personas con discapacidad que la CNDH (2008c) reconoce, existen algunos específicos para las personas con discapacidad auditiva (CNDH, 2008d):

a) Atención médica. Las personas con pérdida auditiva tienen derecho a:

- Recibir una orientación adecuada en cuanto a su diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.
- Que un médico, psicólogo o neurólogo les dé a conocer todas las opciones de rehabilitación (oralismo, lenguaje manual, logogenia, etcétera).
- Que su caso sea estudiado con atención y cuidado con el objeto de alcanzar resultados óptimos.
- Tener la orientación adecuada que les permita encontrar la atención médica que requieren.

b) Educación de calidad. Las personas con pérdida auditiva tienen derecho a:

- Recibir la orientación indispensable para seleccionar los métodos de enseñanza más adecuados.
- La oralización y/o el manejo del lenguaje de señas.

- Ser respetadas como personas sordas, recibiendo las oportunidades que tiene el resto de la población.
- Que sus estudios sean interpretados en lenguaje de señas por personal calificado.

c) Derecho a ser oralizado. Las personas con pérdida auditiva tienen derecho a recibir una orientación adecuada para su oralización.

¿Qué implica la oralización según la CNDH (2008d)?

- Un diagnóstico bien realizado.
- La adaptación de un auxiliar auditivo.
- Terapia de lenguaje, realizada eficazmente.
- Asistencia a una escuela regular.

d) Derecho a los avances tecnológicos. Las personas con pérdida auditiva tienen derecho a utilizar todos los avances tecnológicos, tales como:

- Los programas subtítulos de televisión.
- El despertador, el timbre y los avisos luminosos.
- El teléfono de teclas.
- Internet y el correo electrónico.
- El radiolocalizador.

e) Derecho a que se estudie la lengua de señas.

Como ya lo hemos comentado anteriormente, la mayoría de estos derechos son vulnerados sistemáticamente en México, con especial énfasis en los derechos acerca de su educación y el acceso a los servicios de salud. Las personas que trabajan para brindar un servicio a las personas con pérdida auditiva (médicos, maestros, terapeutas y psicólogos) deben tener la preparación adecuada para que, en un momento dado, puedan comunicarse con lenguaje manual, con objeto de brindar la atención que todo individuo merece.

En consecuencia con estos derechos, recientemente en la Facultad de Psicología de la Universidad Autónoma de Nuevo León se ha puesto en marcha un centro de prácticas para estudiantes de último año, con el objetivo de capacitarlos para la atención en salud mental para personas Sordas, para lo cual aprenden la LSM y se comunican mediante ella (Ibarra, Muñoz, Ruiz, Estrada, 2008).

VIII. Los derechos humanos de las mujeres con discapacidad

La CNDH (2002), consciente sobre los derechos humanos de las mujeres con discapacidad en el contexto internacional, reconoce que por tal condición están expuestas a una doble discriminación, ser mujer y ser discapacitada. Además, ofrece algunas razones por las cuales las mujeres con alguna discapacidad son más vulnerables a la violación de sus derechos humanos, entre ellas las siguientes (CNDH, 2002):

1. Las mujeres con discapacidad son el sector de la población más pobre que existe en el mundo.
2. En todas las esferas de la vida cotidiana estas mujeres son discriminadas por su discapacidad y por ser mujeres.
3. Hay pocas oportunidades educativas para las niñas con discapacidad, ya que existe preferencia hacia los varones en las escuelas de educación especial.
4. Las mujeres con discapacidad son especialmente vulnerables a la violencia física, emocional y sexual que conocidos o familiares realizan contra ellas. Y cuando no tienen independencia ni el conocimiento o las herramientas necesarias para denunciar estos actos, muchos de estos abusos no llegan a la justicia.
5. Casi 100 % de las mujeres con discapacidad no tiene trabajo remunerado en los países en desarrollo.

Desde la psicoterapia se ha prestado especial atención a la mujer sorda, ya que al igual que el resto de mujeres con discapacidad pueden enfrentarse a una doble discriminación, en este caso, ser mujer y ser una persona Sorda. En este tema, Wax (1999, p. 72) explica la situación de la mujer sorda de la siguiente forma: "Imaginemos los múltiples dilemas de la mujer sorda: dentro de la comunidad sorda, es desafiada como mujer; en el contexto de la mujer oyente es discriminada como persona Sorda; finalmente, entre la población oyente en general es discriminada como mujer y como persona Sorda". Esta situación plantea para las mujeres sordas un aislamiento significativo que puede tener repercusiones en su desarrollo psicosocial y su salud mental. También se sabe que la incorporación de la mujer sorda al ámbito laboral es más difícil que la de los varones sordos, con lo cual esto también frena su integración y su desarrollo.

IX. Conclusiones

Para terminar, en este trabajo hemos hecho una breve descripción de los principales derechos humanos de las personas Sordas y con esto tuvimos la oportunidad de conocer cuáles de estos derechos son vulnerados con mayor frecuencia. Sin duda, el derecho humano más afectado y vulnerable es el derecho a una educación bilingüe pública y gratuita. Identificamos problemas y errores de base que hacen que la estrategia actual de la SEP vulnere este derecho. El principal problema de base es que el maestro de educación básica regular no conoce la LSM, y no la conoce porque no está obligado (profesionalmente) a conocerla ya que no es un maestro de educación especial (que si está obligado a conocerla). La estrategia de la inclusión, una tendencia mundial en cuanto a la educación de los niños con discapacidad, está bien justificada siempre y cuando existan las condiciones para sustentarla y en México no las hay en la actualidad, y todo parece indicar que no las habrá en un corto y mediano plazo.

El derecho a servicios de salud de calidad es el siguiente derecho más vulnerable; las personas Sordas en México no pueden acceder a los servicios públicos de manera autónoma, ya que no existen intérpretes oficiales de LSM que puedan ayudarles como intérpretes, y la casi totalidad de los profesionales de la salud desconocen la LSM.

El acceso a un empleo y a una autodeterminación económica es un problema para la población general mexicana, para la población sorda mexicana representa un problema mayor, derivado de las barreras comunicativas, pero también culturales, que originan discriminación y rechazo laboral.

X. Bibliografía

CNDH (2002). *Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades en las personas con discapacidad*. Documento consultado en internet el 13 de marzo en: <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>

CNDH (2008a). El derecho a la lengua de señas: educación bilingüe para las personas sordas. Documento consultado en internet el 17 de marzo en: <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>

CNDH (2008b). *La accesibilidad como un derecho humano de las personas con discapacidad*. Documento consultado en internet el 13 de marzo en: <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>

- CNDH (2008c). *Los derechos humanos de las personas con discapacidad auditiva*. Documento consultado en internet el 13 de marzo en: <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>
- CNDH (2008d). *Personas con discapacidad: principales derechos*. Documento consultado en internet el 13 de marzo en: <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>
- CONRAD, R. *The Deaf Schoolchild. Language and Cognitive Function*, Londres, Harper and Row, 1979.
- DOMÍNGUEZ, A. B y Alonso, B. P., *La educación de los alumnos sordos hoy. Perspectivas y respuestas educativas*, Málaga, Aljibe, 2004.
- ESTRADA, A. B., *Salud Mental, Depresión y Sordera*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2008.
- IBARRA, G. L., E. N. Muñoz, I. R. Ruiz y A. B. Estrada, "Entrenamiento de estudiantes de Psicología para personas Sordas". Manuscrito en preparación (2008).
- INEGI, *Censo de Población y Vivienda 2005*. México, 2005.
- MARCHESI, A. "El habla interna de los sordos profundos. Una revisión del libro de R. Conrad, *The deaf schoolchild*", en *Revista de Psicología General y Aplicada*, 36, 5, 1981, pp. 955-962.
- MARCHESI, A., *Psicosociología de la comunidad Sorda*, Madrid, Confederación Nacional de Sordos de España, 1999.
- MEADOW, K. P., *Deafness and child development*, Londres, Edward Arnold, 1980.
- MILLER, K., *Forensic issues of deaf offenders*. Unpublished doctoral dissertation. Lamar, Lamar University, 2001.
- MILLER, K., *Deaf culture behind bars: Signs and stories of a Texas population*, Salem, OR, AGO Publications, 2003.
- PERELLÓ, J. y F. Tortosa, F., *Sordera profunda bilateral prelocutiva*, 4a. ed., Barcelona, Masson, 1992.
- RAINER, J. D., K. Z. Altschuler y F. J. Kallmann, eds., *Family and mental health problems in a deaf population*, Nueva York, Columbia University, Department of Medical Genetics, 1963.
- SANTANA, R. y M. Torres, "Desarrollo comunicativo-lingüístico en el niño sordo profundo", en Puyuelo y Rondal, coords., *Manual de desarrollo y alteraciones de lenguaje. Aspectos evolutivos y patología en el niño y el adulto*, Barcelona, Masson, 2003, pp. 205-252.
- SEGURA, L. M., 2005, "La educación de los sordos en México: controversia entre los métodos educativos, 1867-1902", documento consultado en internet el 17 de marzo de 2008 en <http://www.cultura-sorda.eu/21.html>

- TORRES, M. *et al.*, *Deficiencia auditiva. Aspectos psicoeducativos y educativos*, Málaga, Aljibe, 1995.
- VERNON, M. y K. Miller, "Obstacles faced by deaf people in the criminal justice system", *American Annals of the Deaf*, (150)3, 2005, pp 283-291.
- WAX, T., "The Evolution of Psychotherapy for Deaf Women", en W. I. Leigh, ed., *Psychotherapy with deaf clients from diverse groups*, Washington, Gallaudet University Press, 1999, pp. 69-96.

Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas

Luisa Fernanda Tello Moreno*

SUMARIO: I. Ámbito internacional. II. Adopción de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas. 1. Definición del delito y penalidades. 2. Ámbito de aplicación. 3. Combate al delito y atención a las víctimas. III. Reformas a otros ordenamientos. IV. Conclusiones.

I. Ámbito internacional

En el año 2000 se adoptaron en el ámbito internacional la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹ y sus tres protocolos adicionales, referidos a los delitos de trata de personas, tráfico de migrantes y tráfico de armas. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en virtud de que el fenómeno de la trata de personas en los últimos años ha llegado a colocarse como uno de los negocios más lucrativos de la delincuencia organizada en el ámbito internacional, siendo catalogado como el tercer negocio más prolífico en cuanto a la producción de ganancias ilícitas, sólo por debajo del tráfico de armas y el de drogas.

En el primer párrafo del preámbulo del Protocolo se establece que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas se requiere un enfoque más amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino, que

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 55/25, del 15 de noviembre de 2000.

incluya medidas para prevenir la trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas, amparando sus derechos humanos.

Los fines del Protocolo, establecidos en su artículo 2o., son la prevención y el combate a la trata de personas, con especial atención a mujeres y niños; la protección y ayuda a las víctimas mediante el respeto pleno a sus derechos humanos, y la promoción de la cooperación internacional para lograrlo. El inciso a) del siguiente artículo establece por trata de personas:

La captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Los incisos posteriores contienen algunas precisiones respecto a la definición. El inciso b) señala que el consentimiento otorgado por la víctima a toda forma de explotación considerada como trata de personas no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en la definición (fuerza, amenaza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, concesión, recepción de pagos o beneficios). Y el inciso c) refiere que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño con fines de explotación, se considerará como trata de personas, incluso si no se recurre a ninguno de los medios enunciados.

En los artículos 5o. y 6o. se establecen las obligaciones más importantes derivadas del Protocolo para los Estados partes. En primer término, se menciona la adopción de medidas para tipificar la comisión del delito de trata, incluso la tentativa, la complicidad en su comisión y su autoría intelectual.

Asimismo, se contempla otorgar a las víctimas la protección debida en cuanto a su privacidad e identidad, e informarles sobre los procedimientos judiciales y administrativos; asistirles jurídicamente; adoptar medidas dirigidas a lograr su recuperación física, psicológica y social mediante el suministro de alojamiento; asesoría sobre sus derechos en su propio idioma; asistencia médica, psicológica y material; oportunidades de empleo, educación y

capacitación; velar por su seguridad mientras se encuentren en su territorio, así como la posibilidad de obtener una indemnización por los daños sufridos.

Dado que este documento internacional fue ratificado por el Estado mexicano en marzo de 2003,² surgieron para México diversas obligaciones en la materia, aparte de que como país de tránsito y destino³ de trata de personas se hace indispensable la adopción de todas las medidas necesarias, encaminadas a prevenir y sancionar el delito.

II. Adopción de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas

Después de un largo proceso legislativo, el 27 de noviembre de 2007 fue publicada en el *Diario Oficial* de la Federación la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas. En la primera iniciativa de proyecto de decreto para la expedición de la ley se manifestaba la necesidad de tipificar este delito, pues a pesar de que el capítulo III, del título VIII, Libro Segundo del Código Penal Federal, tuviera el título de “Lenocinio y Trata de Personas”, en el mismo no se tipificaba la trata de personas.

Sin embargo, es necesario precisar que la iniciativa data del 9 de diciembre de 2004, y el 27 de marzo de 2007 —ocho meses antes de la publicación de la ley de trata de personas— se publicaron reformas a diversos ordenamientos en materia de explotación sexual infantil, dentro de las que se incluyó la tipificación de los delitos de trata de menores de 18 años de edad o de personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho o para resistirlo, y el de trata de personas (mayores de edad) en los artículos 205 y 207 del Código Penal Federal (CPF), respectivamente.

Por tanto, independientemente de la conveniencia de modificar la tipificación del delito, las voces que afirman que no se encontraba tipificado el delito al que nos referimos están mal informadas. Lo cierto es que tanto las reformas de marzo de 2007, como las de noviembre del mismo año, resultan tardías y evidencian una suerte de duplicación de la labor legislativa,

² Decreto promulgatorio publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 10 de abril de 2003.

³ Exposición de Motivos de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, párrafo cuarto.

pues resulta un tanto incomprensible y contradictoria la tipificación del delito dentro del CPF para ocho meses más tarde derogarla y expedir una ley específica.

Se entiende que quizá la nueva Ley comprenda una tipificación más completa, todo un sistema de protección para las víctimas del delito, políticas gubernamentales de combate al crimen, pero eso no excluye la duplicación y falta de orden en las funciones legislativas, ni justifica lo largo del proceso de creación de la Ley, ya que la tipificación del delito de trata de personas venía siendo muy necesaria desde hace mucho tiempo.

1. Definición del delito y penalidades

Bajo la reforma de marzo de 2007 la tipificación del delito de trata de personas se constituía por las conductas de promover, facilitar, conseguir, trasladar, entregar o recibir a una persona para someterla a cualquier forma de explotación, ya fuera sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva o para que le fuera extirpado algún órgano, tejido o sus componentes, dentro o fuera del territorio nacional.

Las penalidades a que se hacía acreedor quien cometiera este delito variaban en función de las características de la víctima. Tratándose de menores de 18 años de edad, personas que no tuvieran capacidad para comprender el significado del hecho o para resistirlo, la sanción era de ocho a 15 años de prisión y de 1,000 a 2,500 días de multa, y respecto de víctimas mayores de edad la sanción disminuía, comprendiendo de cuatro a nueve años de prisión y de 400 a 900 días de multa.

La definición actual del delito, comprendida en el artículo 5o. de la Ley, es la siguiente:

Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

Se establece que cuando alguna de las conductas señaladas se realice en contra de menores de 18 años de edad, de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o para resistirlo, no se requerirá acreditar los medios comisivos al igual que en el tratado internacional.

Definitivamente la tipificación del delito fue ampliada, a las seis conductas contempladas se añadieron dos (solicitar y ofrecer) y se agregaron los medios de comisión (por medio de la violencia física o moral, engaño o abuso de poder) omitidos en la tipificación de marzo de 2007. No obstante, se observa que los medios comisivos constituyen por lo general los aspectos más difíciles de probar y los contemplados en la Ley resultan un tanto estilizados. Consideramos que entre los medios se debió incluir la coacción, que no se identifica necesariamente con violencia física o moral o con el abuso de poder y que es un medio comprendido por el Protocolo internacional de la materia.

En la exposición de motivos de la Ley se establece que la esencia del delito es el disponer de una persona como si fuera una cosa y se considera al libre desarrollo de la personalidad, derivado del principio de la dignidad humana, como el bien jurídico tutelado; lo cual puede ser acertado dependiendo del tipo de explotación al que la víctima sea sometida. Consideramos que no toda explotación altera el libre desarrollo de la personalidad, dependiendo de pues todo depende tanto del tipo de explotación como del tiempo que la misma dure, pero definitivamente sí incide en la negación y obstrucción de la libertad y en la alienación de la voluntad.

Las penas contempladas para el delito aumentaron, siendo de seis a 12 años de prisión y de 500 a 1,500 días multa, y de nueve a 18 años de prisión y 750 a 2,250 días multa cuando la víctima es menor de 18 años de edad, no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o para resistirlo, pudiendo incrementar en una mitad en los supuestos en que el agente se valga de la función pública o se ostente como funcionario público para cometer delito; si la víctima es mayor de 60 años de edad o indígena; si el sujeto activo tiene parentesco consanguíneo, por afinidad o civil con la víctima, y si habita en el mismo domicilio o es su tutor o curador. La tentativa será castigada con una pena no menor a la mínima.

Para el caso de que un miembro o representante de una persona moral cometa el delito con los medios que la persona moral le proporcione, en el artículo 8o. se contempla la posibilidad de imponer sanciones jurídicas accesorias como la suspensión o disolución de la persona moral, la prohibición de realizar determinados negocios u operaciones, la remoción de los administradores o su intervención.

Lo anterior constituye algo realmente insólito en nuestro sistema jurídico, pero necesario, dadas las circunstancias de comisión del delito, ya que no es extraña la participación empresarial en la explotación sexual y laboral de las personas. Queda ver si en efecto, dicho artículo será aplicado por los

juzgadores y si se contemplarán sanciones relacionadas desde el ámbito laboral.

El artículo 9o. establece que cuando una persona sea declarada culpable del delito de trata de personas será también sentenciada a pagar la reparación del daño a favor de la víctima, misma que incluirá, entre otros, los costos del tratamiento médico; de la terapia y rehabilitación física y ocupacional; del transporte a su lugar de origen, y gastos de alimentación y de vivienda provisional. También se contempla el pago de los ingresos perdidos, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, indemnización por daño moral y el resarcimiento derivado de cualquier pérdida sufrida por la víctima y generada por la comisión del delito. Respecto a esta disposición también habrá que ver si es tan posible como deseable, que el autor del delito cargue y efectivamente pague dichos gastos.

2. *Ámbito de aplicación*

Como objeto de la Ley, en el artículo 1o., se establecen la prevención y sanción del delito de trata de personas, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas, con el fin de garantizarles el respeto al libre desarrollo de su personalidad.

El artículo 3o. prevé la aplicación de la ley o la “persecución, investigación y sanción del delito” en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el delito se inicie, prepare o cometa en el extranjero, siempre y cuando produzca o se pretenda que tengan efectos dentro del territorio nacional;
- b) Cuando se inicie, prepare o cometa en territorio nacional, siempre y cuando produzca o se pretenda que tenga efectos en el extranjero,
o
- c) Cuando se cometa en territorio mexicano y se actualice alguno de los supuestos del artículo 50, fracción I, incisos b) al j), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

No se entiende la referencia al artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, pues aunque su inclusión pareciera señalar o enumerar otros supuestos en los que la presente Ley pudiera ser aplicable, dicho numeral señala en su primera fracción que los jueces federales penales conocerán de los delitos del orden federal; siendo éstos:

[...]

- b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal;
- c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;
- d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
- e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;
- f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;
- i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;
- j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la federación.

Siendo que la supuesta actualización de los incisos b) al J) de la fracción I, del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se deriva de que el delito sea cometido en territorio mexicano, excluimos de dicha actualización a los incisos c) y d), debido que se refieren a delitos cometidos en el extranjero.

También tendríamos que excluir los incisos e), h) y j), debido a que la trata de personas es un delito que se comete en contra de los individuos y no en contra de la Federación, y tampoco se puede perpetrar con motivo del funcionamiento de un servicio público o en contra del funcionamiento del mismo, y finalmente es difícil imaginar la posibilidad de que la comisión del delito ataque, dificulte o imposibilite alguna atribución o facultad reservada a la Federación.

Respecto al inciso b), que hace referencia a los artículos 2o. al 5o. del Código Penal Federal, habría que analizar las características de los casos concretos, ya que no todos los supuestos son aplicables, al referirse los artículos 2o., 3o. y 4o., al menos en parte, a delitos cometidos en el extranjero. Por lo tanto sólo sería posible la plena actualización de los incisos f) y g). Precisado esto, la inclusión del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, nos parece un error de técnica legislativa en la confección de la presente Ley.

3. Combate al delito y atención a las víctimas

Como parte de la política criminal estatal en materia de prevención y sanción de la trata de personas se prevé establecer una Comisión Intersecretarial que coordine las acciones de sus miembros en la elaboración y puesta en práctica del Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, que deberá incluir “cuando menos”, las políticas públicas en materia de prevención y sanción del delito, así como la protección y atención a las víctimas.

Se contempla que como parte de dicha Comisión participen como mínimo los titulares de las Secretarías de Gobernación, Comunicaciones y Transportes, Relaciones Exteriores, Seguridad Pública, Trabajo y Previsión Social, Desarrollo Social, Salud, Educación Pública y Turismo, así como de la Procuraduría General de la República, Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto Nacional de Migración, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Consejo Nacional de Población. Asimismo, como invitados para efectos consultivos, podrán participar en las reuniones de la Comisión, un representante de cada organismo público autónomo relacionado con la materia, tres representantes de organizaciones de la sociedad civil y tres académicos expertos.

La Comisión Intersecretarial será presidida por quien determine el Ejecutivo, elaborará su reglamento interno y designará a su secretario técnico responsable. Entre sus funciones estarán elaborar el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, campañas de prevención, promover convenios de colaboración interinstitucional, informar sobre riesgos, capacitar, elaborar datos estadísticos, orientar respecto al tema y publicar anualmente un informe con los resultados del Programa.

Deberá fomentar el diseño, evaluación y actualización de los planes y programas de capacitación y formación de los servidores públicos bajo las directrices de prevención; capacitación y formación en tratados internacionales en materia de derechos humanos, trata de personas, derechos de los refugiados y legislación nacional referida a derechos de los niños, mujeres, mayores de 60 años, indígenas y personas con discapacidad. Eje rector: respeto a los derechos humanos de la víctima y el victimario. Una capacitación muy amplia y compleja para muchos servidores públicos.

Por su parte, las autoridades encargadas de prevención, procuración de justicia y migratoria deben rendir un informe semestral a la Comisión respecto de las personas y organizaciones dedicadas a ese delito. Será obligación de las representaciones diplomáticas proporcionar a las víctimas

asistencia jurídica, traductores, protección y asistencia para denunciar el delito, conseguir la reparación del daño u otros beneficios establecidos en la legislación del país en el que se encuentre y expedirle sin demora la documentación necesaria para regresar al país.

Las medidas de atención y protección a las víctimas deberán comprender orientación jurídica y migratoria; asistencia social, educativa, laboral, material, médica y psicológica en lengua o idioma de la víctima; fomentar oportunidades de empleo, educación y capacitación para el trabajo; desarrollo y ejecución de planes para la construcción de albergues específicamente creados para las víctimas; garantizar que bajo ninguna circunstancia se albergue a las víctimas en centros preventivos, penitenciarios o migratorios; proporcionar protección, seguridad, y salvaguardar su integridad y la de sus familiares ante amenazas, agresiones, intimidaciones o venganzas.

El tema de protección a las víctimas es quizá el aspecto por el cual llega a justificarse en mayor medida la expedición de una ley específica sobre trata de personas. En este ámbito la Ley prevé proteger su identidad, otorgarles facilidades para permanecer en el país mientras dure el proceso judicial y una vez concluido este, su permanencia en territorio nacional y, en su caso, su repatriación, quedarán sujetas a las disposiciones jurídicas existentes. Con el objetivo de facilitar la repatriación de toda víctima que carezca de la debida documentación, las autoridades deberán formular y ejecutar acciones y estrategias para que cuenten con un retorno protegido a su país de origen o a aquel en donde tengan su residencia permanente.

El Decreto que expidió esta Ley tiene dos artículos transitorios, el primero establece su entrada en vigor al otro día de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación, por lo que consideramos su vigencia a partir del miércoles 28 de octubre de 2007. El segundo transitorio señala que el Ejecutivo expedirá el reglamento de la Ley en un término de 120 días hábiles; lo cual, al mes de abril de 2008, habiéndose cumplido dicho término, no ha sucedido.

No podemos más que celebrar la expedición de una ley que contemple tantos beneficios para las víctimas, pero la posibilidad de cumplir con tantos beneficios da lugar a suspicacias. Nunca antes se había contemplado un sistema de protección de este tipo y menos para un delito apenas tipificado. Ni siquiera se conocen los resultados que se tendrán en la persecución e investigación del delito que al final de cuentas es el aspecto más importante para evaluar los pasos a seguir posteriormente, sobre todo recordando el nivel de impunidad que priva en el país.

III. Reformas a otros ordenamientos

El artículo 4o. establece que en todo lo no previsto por la Ley serán aplicables supletoriamente las disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de Población y del Código Federal de Procedimientos Penales. Además, por medio del Decreto se reformaron diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) y del Código Penal Federal, veamos.

De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se reformó la fracción V, del artículo 2o., y se le añadió una fracción VI. El objetivo fue retirar de la fracción V la mención de los delitos de trata de personas menores de edad y trata de personas comprendidos en los artículos 205 y 207 del CPF, e incluir dentro en la fracción VI el delito de trata de personas tipificado por la nueva ley, para sancionar como miembros de la delincuencia organizada a las personas que en grupos de tres o más, acuerden organizarse o se organicen para realizar conductas que tengan como fin o resultado la comisión de este delito.

Sin embargo, el legislador omitió modificar el artículo 3o. de la LFDO, en el que se establece que los delitos comprendidos en las cuatro primeras fracciones del artículo anterior, cometidos por miembros de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a dicha Ley; mientras que los incluidos dentro de la fracción V, lo serán únicamente, si además de ser cometidos por miembros de la delincuencia organizada, son atraídos por el Ministerio Público de la Federación. Al no haberse modificado este artículo se deja en el aire lo referente a la recién adicionada fracción VI, del artículo 2o., que se refiere a la trata de personas, lo que debería de quedar claramente especificado.

No obstante, el delito de trata de personas será investigado, perseguido y sancionado conforme a dicha Ley, surtiéndose la competencia de la Subprocuraduría Especializada en Delincuencia Organizada de la PGR, cuando sea cometido por integrantes de la delincuencia organizada, pero cuando dicha circunstancia no se actualice, la competencia será a favor de la recién creada Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas,⁴ como lo señala el artículo 1o. del Acuerdo que la crea.

⁴ Creada mediante el Acuerdo A/024/08 del procurador general de la República, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de enero de 2008.

Dicho Acuerdo en sus considerandos justifica la competencia de la nueva Fiscalía, en virtud de que un gran porcentaje de las víctimas de trata de persona son mujeres, niños y “personas vulnerables”; que es tarea del Estado promover y defender el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, y que resulta pertinente —sin explicarse la razón de la pertinencia— ampliar las facultades de la Fiscalía, antes dedicada exclusivamente a atender delitos relacionados de violencia contra las mujeres,⁵ a los delitos previstos en la nueva Ley, lo que no otorga una justificación clara y razonable para adscribirle dicha competencia, además de que dividir la atención del delito puede resultar contraproducente para la eficacia de su combate.

Del CFPP se reformó el inciso 13), de la fracción I, con objeto de retirar del mismo la mención de los artículos 205 y 207 del CPF; además, se adicionó la fracción XVI, dentro de la que se incluye al delito de trata de personas contenido en la nueva Ley, como delito grave *para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad*.

En el ordenamiento encontramos una omisión, ya que no se derogó el inciso 14), que hace referencia a la consideración del delito comprendido en el artículo 205 del CPF, dejándose vigente en el código procedimental una alusión a un artículo que el mismo Decreto derogó del ordenamiento penal federal.

Del CPF fue reformado el inciso c), de la fracción I, del artículo 85, y se le agregó la fracción II, con objeto de retirar la anterior tipificación de trata de personas de la primera fracción e incluir la nueva tipificación en la segunda, y así quedara comprendido dentro del grupo de delitos que no dan lugar al otorgamiento de libertad preparatoria.

Evidentemente, se derogaron los artículos 205 y 207, en los que se comprendía la anterior tipificación del delito de trata personas a la que nos hemos referido y, se modificó el artículo 205 bis, referido al aumento de la pena, cuando los delitos comprendidos en el este título son cometidos por personas cercanas a la víctima o cuando ejerzan sobre la misma superioridad jerárquica, con el fin de evitar la mención de los artículos, derogados.

⁵ Motivación estrechamente vinculada con los múltiples homicidios contra mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua.

IV. Conclusiones

Una ley que tenga como objeto combatir un delito tan terrible como la trata de personas y proteger de la manera más amplia posible a las víctimas del delito no puede ser más que celebrada y bienvenida. Sin embargo, consideramos que algunas cuestiones de la presente son incomprensibles y contradictorias.

Aún cuando los precursores de la Ley señalan que no se trata de una Ley federal, consideramos que a su naturaleza le corresponde ese carácter. Quizá se refieran a su aplicación, ya que al tener tan pocos supuestos de aplicación, no se asimila a una ley de plena aplicación federal. A lo largo de la exposición motivos y del proceso legislativo no se expone una sola razón que explique porqué se tomó la decisión de no incluir el delito dentro del Código Penal Federal, lo cual otorgaría una mayor cobertura persecutoria del mismo.

No se establece si la decisión de no incluirlo en el CPF obedece a la inclusión en la Ley del sistema de protección a las víctimas o de la política criminal en la materia o si fue debido a la intención de que las entidades federativas legislen en la materia, lo que definitivamente es deseable pero traerá muchas dificultades para la homologación del delito sin conseguir homologarlo.

La Comisión Intersecretarial parece un órgano flácido, sin la adecuada vigilancia, integrado por quienes tienen otras cuestiones como prioridades inmediatas, cargado de funciones complejas y a modo de las ya tan conocidas fiscalías y comisiones especiales que a la larga rinden pocos o ningún resultado. Lamentablemente ni el Ejecutivo la ha tomado en serio al retardar la expedición del reglamento de la Ley y por tanto, la creación de la comisión.

Los resultados de la política criminal en materia de trata de personas contemplados en la Ley no pueden ser más que puestos en duda en este primer momento en el que la labor no ha iniciado y su puesta en marcha se ve tan lejana. Es urgente comenzar a trabajar en este ámbito y la puesta en marcha del sistema contemplado en la Ley tomará mucho tiempo.

Otro aspecto a considerarse es la competencia de dos fiscalías para la persecución e investigación de la trata de personas; creemos que la división en la competencia burocratizará la persecución del delito.

La expedición de la Ley parece más el cumplimiento formal de un compromiso internacional que el compromiso frontal para combatir el delito. Es un primer paso que se ha dado muy despacio. Esperamos que los esfuerzos

dados hasta el momento no decaigan y al menos se cumpla lo más pronto posible con lo establecido en la Ley, con el objetivo tanto de comenzar a utilizarla como instrumento en el combate a este terrible crimen como de evaluar sus resultados.

Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal

Garbiñe Saruwatari Zavala*

SUMARIO: Introducción. I. Tipo de norma. II. Objetivos de la norma. III. Destinatarios de la norma. IV. Conducta principal prevista en la norma. V. Voluntad anticipada. VI. Solicitantes y autorizados. VII. Cumplimiento de la voluntad anticipada. VIII. Conclusión. IX. Bibliografía y legislación. 1. Legislación federal e instrumentos internacionales. 2. Legislación local.

Introducción

La legislación mexicana no ha resuelto aún el problema del uso indistinto en el ámbito doctrinal del término “Eutanasia” porque ni siquiera lo ha definido. No encontramos referencia alguna a la palabra ni en el conjunto de normas sanitarias ni en las normas civiles o penales de carácter federal. En algunos códigos penales locales ya se encuentra tipificado el delito de eutanasia, verbigracia, el Código Penal para el Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza [a. 354],¹ pero eso no significa que haya una postura consistente con respecto al tema.

Mientras que en México, a nivel federal, se prevé que el consentimiento para donación de órganos en vida o muerte sea por escrito o frente a notario público, no se prevén otras figuras para las medidas terapéuticas o medidas en caso de estado vegetativo, coma o para preparar ni solicitar la muerte. El único criterio rector de la conducta permitida en el país, hasta

* Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ Artículo 354. *Sanciones y Figura Típica de Eutanasia*. Se aplicará de tres meses a tres años de prisión: a quien con la voluntad del pasivo le cause la muerte sólo por motivos de piedad; que consistan en evitar que tenga una agonía dolorosa en extremo o porque se trate de un enfermo en fase terminal, sin posibilidad de sanar.

antes de la publicación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (en lo sucesivo “Ley-V.A.”),² lo encontrábamos en el artículo 345 de la Ley General de Salud, que autoriza —a solicitud del cónyuge, concubinario o concubina, descendientes, ascendientes, hermanos, adoptado o adoptante— que se pueda prescindir de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte cerebral comprobada, se manifiesten los demás signos de muerte [ver a. 343, frac. II]. Esta disposición no habla de los estados terminales, ni vegetativos, ni coma; pero permitir el retiro de medios en este caso, debería ser casi obligado, más que optativo.

Ya la Ley de Salud para el Distrito Federal señalaba que el usuario de servicios de salud en estado terminal tiene derecho a una atención humanitaria y a recibir toda la ayuda disponible para morir lo más digna y aliviadamente posible.³ Entonces se dejaba al criterio del médico, que autorizara la interrupción de un tratamiento fútil, para permitir al organismo seguir el proceso de la muerte, pero sin descuidar los medios de cuidado paliativo, como la alimentación por vías aconsejables, posición lo más cómoda posible en la cama, el uso de agentes tranquilizantes y analgésicos, aunque pueda acortarse la vida del paciente, lo cual nos remite al término Ortotanasia o “morir rectamente”.⁴

Pero ahora, con la promulgación de la Ley-V.A., se deja claramente señalado el comportamiento a seguir frente a un enfermo en etapa terminal, por lo menos, en el Distrito Federal. La Ley-V.A. no trata el caso de otro tipo de pacientes, ni deja abierta la puerta a la aplicación de la eutanasia activa, ni de la adistanasia o eutanasia pasiva, en donde se deja morir al enfermo sin propiciarle los medios de sustento básicos. La Ley-V.A. se enfoca a evitar la obstinación médica, que muchas veces es propiciada por el personal médico, cuando busca realizar una hazaña terapéutica, o hasta por los mismos familiares, que no aceptan el curso natural de la enfermedad y muerte.

En el presente trabajo se hará un desglose y clasificación de los diversos elementos de la Ley-V.A., basándose en el orden en que aparecen en el articulado, para facilitar el cotejo del texto de la Ley-V.A. con los comentarios vertidos.

² Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008; con fecha de entrada en vigor del día siguiente (8 de enero).

³ Artículo 16 bis 3, fracción, II de la Ley de Salud para el Distrito Federal. Se agregó la fracción III, para establecer la obligación por parte del Gobierno del Distrito Federal, del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

⁴ Cf. Armando Roa, *Ética y bioética*, pp. 112 y 113.

I. Tipo de norma

La Ley-V.A. es de orden público y aunque sólo sea de aplicación local puede constituirse en un antecedente importante para otros estados de la República. La Ley-V.A. no aparece aislada, sino existe el compromiso para el Jefe de Gobierno del Distrito Federal de emitir el Reglamento y los Lineamientos conducentes para su aplicación, en un plazo de 90 días naturales, a partir de su entrada en vigor (en abril de 2008).

II. Objetivos de la norma

El aspecto más evidente a considerar, y objetivo primordial, es el señalado en la propia ley: regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto de la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.

El objetivo derivado es el de regular la elaboración del *Documento y Formato de Voluntad Anticipada* [capítulo segundo] y estipular las formas cómo se puede llevar a cabo la voluntad expresada en el mismo [capítulos tercero y cuarto]. El *Documento de Voluntad Anticipada* consiste en el documento público suscrito ante notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obsitinación Médica [artículo 3, frac. V].

III. Destinatarios de la norma

Únicamente los habitantes del Distrito Federal. La Ley-V.A. está enfocada no sólo a los enfermos en etapa terminal, sino también a otras personas que estén en buen estado de salud y decidan elaborar el Documento por sí o por interpósita persona, que se encuentre en etapa terminal.

IV. Conducta principal prevista en la norma

Del artículo 1o. de la Ley-V.A. se desprende, que a diferencia de lo que muchos pensaron, no es una ley para regular la eutanasia, sino para instaurar la ortotanasia. No se trata de una ley que regule los métodos para poner fin a la vida del paciente, ya sean, la administración de sustancias mortíferas por parte del personal médico (eutanasia activa), la provisión de medios para ayudar al suicidio, o la suspensión de los medios de sustento (eutanasia pasiva).

Cuando se habla de ortotanasia se entiende como la adopción de la conducta más correcta posible para que el paciente próximo a su fin, tenga una buena muerte, sin adelantar ni atrasar artificialmente ese momento. La Ley-V.A., de acuerdo a la fracción V del artículo 3, combate a la *Obstinación Médica o Terapéutica*, identificada doctrinalmente como “distanasia”, “encarnizamiento terapéutico”, o “enseñamiento terapéutico”, que es el conjunto de medios fútiles, proporcionados o desproporcionados, para retrasar el advenimiento de la muerte todo lo posible.⁵ Es más, el artículo 43 de la Ley-V.A. prohíbe que el personal de salud suministre medicamentos o tratamientos médicos que provoquen de manera intencional el deceso del enfermo en etapa terminal.

En la legislación Penal no existe el tipo penal de la eutanasia, se puede inferir que está prohibida la modalidad de eutanasia activa, directa, voluntaria o involuntaria, porque privar de la vida a otro, está tipificado como el delito de homicidio [artículo 302 del Código Penal Federal y 123 del Código Penal para el Distrito Federal].⁶

A diferencia de lo que ocurre con la legislación federal, en el Distrito Federal el artículo 127 del Código Penal estipula explícitamente que privar de la vida a otro por razones humanitarias o por enfermedad incurable en fase terminal, es un delito, aunque medie la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de la víctima: conducta a la que le corresponde la pena de prisión de dos a cinco años.⁷

⁵ La fracción XII del artículo 3 de la Ley-V.A., a la letra señala: *Obstinación terapéutica*: utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal.

⁶ Artículo 302 del C.P.F.: Comete el delito de homicidio al que priva de la vida a otro.

Artículo 123 del C.P.D.F.: Al que prive de la vida a otro se le impondrá de ocho a 20 años de prisión.

⁷ Ya se agregaron dos párrafos al artículo 127 C.P.D.F., para aclarar que las conductas realizadas bajo la Ley-V.A. no constituyen homicidio.

Ambos Códigos contemplan el tipo de ayuda e inducción al suicidio,⁸ imponiéndole al que presta auxilio para que otro mayor de edad capaz se suicide, una penalidad menor que al homicida, la cual oscila entre un año a cinco de prisión. Mientras que en el Código Federal se equipara el auxilio a la inducción; el Código para el Distrito Federal distingue entre estas dos acciones, estableciendo una penalidad mayor para el sujeto que induzca a otro a suicidarse (de tres a ocho años de prisión).

Además este último Código prevé la tentativa al suicidio, es decir, contempla el supuesto de que por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llegue a la consumación del acto.

Cabe resaltar que los Códigos castigan severamente la conducta de inducción o ayuda al suicidio, si el agente pasivo es menor de edad o no tiene capacidad de comprender la relevancia de su conducta, equiparándola al homicidio o lesiones calificadas, según sea el caso.⁹ Esto es importante apuntarlo para el caso de los pacientes inconscientes o con alguna de las formas de incapacidad señalada en la legislación civil.¹⁰

⁸ Artículo 312 C.P.F.: El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a 12 años.

Artículo 142 del C.P.D.F.: Al que ayude a otro para que se prive de la vida se le impondrá prisión de uno a cinco años, si el suicidio se consuma. Si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de cuatro a 10 años de prisión.

Al que induzca a otro para que se prive de la vida se le impondrá prisión de tres a ocho años, si el suicidio se consuma.

Si el suicidio no se consuma, por causas ajenas a la voluntad del que induce o ayuda, pero sí se causan lesiones, se impondrá las dos terceras partes de la pena anterior, sin que exceda de la pena que corresponda a las lesiones de que se trate. Si no se causan éstas, la pena será de una cuarta parte de las señaladas en este artículo.

⁹ Artículo 313 C.P.F.: Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas.

Artículo 143 C.P.D.F.: Si la persona a quien se induce o ayuda al suicidio fuere menor de edad o no tuviere capacidad de comprender la relevancia de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se impondrán al homicida o inductor las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas.

¹⁰ Artículo 450 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

V. Voluntad anticipada

Hay dos entidades frente a las cuales suscribir la voluntad anticipada:

- a) Frente al notario: cuando cualquier persona sana o enferma puede acudir por sí misma a suscribir, la Ley-V.A. distingue ese instrumento como *Documento de Voluntad Anticipada* (en lo sucesivo “Documento”). Obviamente adquiere el carácter de documento público, cuando se suscribe ante el notario, que es un funcionario con fe pública [aa. 3, frac. V; 8].
- b) Frente al personal de salud y dos testigos: si el enfermo terminal no puede acudir al notario, llenará el Formato que emita la Secretaría de Salud del Distrito Federal; la Ley-V.A. lo denomina *Formato de Voluntad Anticipada* (en lo sucesivo “Formato”).

En el primer caso el notario deberá notificar a la Coordinación Especializada adscrita a la Secretaría de Salud del D. F., mientras que en el segundo el personal de salud es el encargado de notificar a la misma Coordinación. En ambos supuestos, la Coordinación Especializada es la que hace del conocimiento del Ministerio Público, la existencia de este Documento o del Formato. También da aviso al personal de salud que atiende al enfermo, para que lo integre a su expediente clínico.

En ambos casos la voluntad debe constar por escrito, el solicitante debe firmar el Documento o Formato, nombrar un representante que corrobore la realización de su voluntad y también manifestar lo conducente respecto de la disposición de órganos para ser donados. Tanto el notario como las personas facultadas para dichos efectos por la Secretaría deberán leer el Documento o Formato en voz alta para que el signatario asiente su voluntad. Si el solicitante ignora el idioma del país, se deberá nombrar un perito traductor; asimismo, se nombrarán testigos si el solicitante no pudiera leer o firmar, o fuera sordo, mudo o ciego.

Es muy importante señalar que tanto el Documento como el Formato son instrumentos revocables en cualquier momento [a. 38]. Cuando existan dos o más Documentos o Formatos firmados por el mismo signatario, y que no hayan sido revocados, se tomará como válido el último firmado. La expresión de la voluntad sólo versa sobre cuestiones de tratamientos médicos (los señalados en el a. 1), por eso en los instrumentos de Voluntad Anticipada no se establecerán disposiciones testamentarias, legatarias o donatarias sobre bienes, derechos u obligaciones diversos a la materia en cuestión.

VI. Solicitantes y autorizados

De conformidad al artículo 7 de la Ley-V.A., la voluntad (Documento o Formato) puede ser suscrita por:¹¹

- I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio.
- II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal, pero que esté en goce de sus capacidades. Este tipo de enfermo es el que padece una enfermedad mortal, o que por caso fortuito o causas de fuerza mayor tiene una esperanza de vida menor a seis meses y se encuentra imposibilitado para mantener su vida de manera natural.¹²
- III. Los familiares, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad. El orden o prelación que señala la Ley-V.A., en orden subsecuente y en caso de falta, es: i) cónyuge; ii) concubinario o concubina o el o la conviviente;¹³ iii) los hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados; iv) los padres o adoptantes; v) los nietos mayores de edad; vi) los hermanos mayores de edad o emancipados, y vii) hijos menores de 18 años pero mayores de 16 [a. 21], acompañados por quien ejerza sobre ellos la patria potestad o tutela.
- IV. Los padres o tutores del enfermo en etapa terminal cuando éste sea menor de edad o incapaz, legalmente declarado [en estado de interdicción]. La prelación es: i) padres o adoptantes; ii) familiares o personas que ejerzan la patria potestad del menor; iii) los hermanos mayores de edad o emancipados, y iv) hijos menores de 18 años pero mayores de 16 [a. 21], acompañados por quien ejerza sobre ellos la patria potestad o tutela.

¹¹ Aunque se siguió el listado del artículo 7, se agregaron más elementos que señala la propia Ley-V.A.

¹² Artículo 3, fracción VI, de la Ley-V.A. Las razones que establece la ley para que el enfermo en etapa terminal no pueda mantener su vida de manera natural son: a) presenta diagnóstico de enfermedad avanzada, irreversible, incurable, progresiva y/o degenerativa; b) imposibilidad de respuesta a tratamiento específico, y/o c) presencia de numerosos problemas y síntomas, secundarios o subsecuentes.

¹³ En términos de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, aprobada el 9 de noviembre de 2006 por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 16 del mes y año citados.

En el caso de las dos primeras fracciones del artículo 7 se podrá señalar a un representante que vele por la voluntad del suscriptor, distinto a los de la prelación señalada y aun sin parentesco; mientras que en las últimas dos fracciones, los mismos que suscriban la voluntad, serán también los representantes que le darán seguimiento. No podrán ser representantes para la realización de la voluntad:¹⁴ i) los menores de edad que no han cumplido 16 años; ii) los que habitualmente o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio; iii) los que no entiendan el idioma del enfermo terminal (si no hay un intérprete presente); iv) los que hayan sido condenados por el delito de falsedad, y v) los que se excusen del cargo, en los términos del artículo 16.

Hasta antes de la publicación de la Ley-VA. la regulación sanitaria en materia de disposición del cuerpo, a nivel federal, estaba conformada únicamente por la Ley General de Salud (en lo sucesivo "L.G.S") y por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos (en lo sucesivo "Regl.-Órganos").

La *disposición* bajo el entendido de los ordenamientos sanitarios se refiere al conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación [a. 6, fr. X Regl.-Órganos].

El *Disponente*, en el sentido amplio de la fracción IX del artículo 6 del Regl.-Órganos, es la persona que autoriza la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres (no distingue si propios o ajenos).¹⁵ Mientras que para la L.G.S., el concepto de *disponente* es un poco más restringido, ya que lo identifica como aquél que conforme a los términos de la ley, le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.¹⁶ Es necesario hacer una acotación entre ambas definiciones, ya que las implicaciones legales respecto de la disposición del cuerpo son distintas si se trata del propio cuerpo o del ajeno, así como del destino que se les de a los componentes del cuerpo.

¹⁴ Artículos 13-18 de la Ley-VA.

¹⁵ Además el capítulo II está dedicado enteramente a los disponentes.

¹⁶ Artículo 314, frac. VI L.G.S. Disponente, a aquel que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.

Con relación a las personas facultadas para disponer del cuerpo, el Regl.-Órganos estableció la distinción entre disponente originario y secundario:

a) El disponente originario es la persona que decide respecto de su propio cuerpo y los productos del mismo [a. 11]. Tan importante es la voluntad del disponente originario que en vida y aun después de su muerte debe respetarse el destino que quiere y quiso dar a sus órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáver [aa. 9 y 12].

b) Los disponentes secundarios son aquellos que pueden otorgar su consentimiento para la disposición del cadáver, órganos, tejidos y sus derivados, así como de productos del disponente originario, en los términos de la legislación sanitaria.¹⁷ Los disponentes secundarios, de conformidad a los artículos 13, 14 y 15 del Regl.-Órganos, y de acuerdo con el siguiente orden de preferencia, son los siguientes:

- I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.
- II. La autoridad sanitaria competente podrá utilizar la disposición de órganos y tejidos para efectos de trasplante, de conformidad con las normas técnicas que emita la Secretaría. Los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes, adicionalmente, deberán contar con un comité interno de trasplantes y con un coordinador de estas acciones, que serán supervisadas por el comité institucional de bioética respectivo [a. 316 L.G.S.].
- III. El Ministerio Público, en relación con los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones. El Ministerio Público puede ordenar la necropsia, en ausencia de los otros disponentes secundarios.
- IV. La autoridad judicial.
- V. Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación con la disposición de cadáveres.

¹⁷ Artículo 14. Los disponentes secundarios a que se refiere el artículo anterior podrán otorgar su consentimiento para la disposición del cadáver, órganos, tejidos y sus derivados, así como de productos del disponente originario, en los términos de la Ley y este Reglamento.

- VI. Las instituciones educativas respecto de los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado.
- VII. Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas.

Es necesario detenerse en la primera fracción del artículo 13 del Regl.-Órganos, que establece un determinado orden, diverso al de la L.G.S.; esta última establece que el consentimiento tácito para la donación de órganos se da cuando el donante no haya en vida, manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes fueran utilizados para trasplantes; pero para hacer disposición de sus órganos se requiere obtener el consentimiento del o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada [a. 324]. El orden entre los ascendientes y descendientes difiere, además de que la L.G.S. contempla las figuras del adoptado y adoptante que el Regl.-Órganos no hace, suponemos que debido a falta de técnica legislativa.

El orden de esta primera fracción, también es distinto al que señala el Código Civil Federal en cuanto a los sucesores legítimos¹⁸ que son: los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, y a falta de los anteriores, la beneficencia pública.¹⁹ La lógica detrás de esta diferente prelación puede ser que los sucesores legítimos son los que heredan los bienes, mas no el cadáver del *de cuius*. Parece que en cuanto a la sucesión, el legislador privilegió a los hijos —sobre todo si fueran menores—, mientras que en cuanto a la disposición del cuerpo, el legislador colocó en primer orden a los más allegados a las decisiones del disponente originario: mayores de edad que pudieran elegir un tratamiento terapéutico —en el caso de enfermedad— o que pudieran darle un destino al cuerpo u órganos. Aunque en

¹⁸ Artículo 1602 del C.C.F.

¹⁹ Artículo 1599 C.C.F. La herencia legítima se abre: I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez; II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

términos de mismos intereses legítimos y de buena fe sobre la persona o bienes del disponente originario, podría haberse pensado que la prelación de parientes podría haber sido igual en ambos casos.

El Regl.-Órganos aclara que la preferencia o prelación será definida conforme a la reglas de parentesco que establece el Código Civil.²⁰ Claro que ni la L.G.S. ni el Código Civil Federal contemplaron a los *convivientes*, figura que fue instaurada recientemente por la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. Los convivientes no pueden ser cónyuges, ni concubinos, ni parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado [a. 4]. En virtud de la Sociedad de Convivencia, las dos personas que la constituyen están obligados a darse alimentos y a tener derechos sucesorios, aunque el texto no especifica si los convivientes gozan de la facultad para decidir cuestiones de salud con respecto al otro: terapias, tratamientos, disposición de órganos, tejidos o cadáver; esta facultad, en cambio, sí es reconocida en la Ley-V.A.

VII. Cumplimiento de la voluntad anticipada

En el momento que el signatario o su representante consideren oportuno deberán solicitar al personal de salud la correspondiente aplicación de las disposiciones contenidas en el instrumento de voluntad anticipada; momento que el personal de salud deberá dejar asentado en el historial clínico. Cabe mencionar que aunque cualquier persona mayor de edad capaz, sana o enferma, puede suscribir los instrumentos de voluntad anticipada en cuanto a su propia persona, las disposiciones contenidas en el Documento o Formato sólo serán aplicables al enfermo en etapa terminal [a. 44]; éste es un candado para evitar la asistencia al suicidio. Lo mismo se aplica para los familiares o tutores que firmaron los instrumentos en representación de otro, para evitar que se cometa homicidio de un paciente en otro estado de salud que no sea terminal, por ejemplo, estado de coma prolongado, que no reúna las condiciones de la fracción VI del artículo 3.

a) Por el representante: las obligaciones del representante empiezan desde el momento de la suscripción del Documento o Formato, con la revisión y confirmación de las disposiciones establecidas por el signatario en el Documento [frac. I] o con la verificación, cuando tenga conocimiento por

²⁰ Código Civil Federal: libro primero, título Sexto: del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar, capítulos I y II.

escrito, de la integración de los cambios y/o modificaciones que realice el signatario al Documento [frac. III]. Pero de acuerdo al artículo 17, también le corresponde la verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el Documento [frac. II], y la defensa del Documento, en juicio y fuera de él, así como de las circunstancias del cumplimiento de la voluntad del signatario y de la validez del mismo [frac. IV].

b) Por el Personal de Salud: la Ley-V.A. señala que el personal de salud podrá proporcionar al paciente los cuidados paliativos,²¹ las medidas mínimas ordinarias,²² la sedación controlada²³ y ofrecer el tratamiento tanatológico.²⁴ Este trato al paciente va de la mano con lo que dispone, ya desde hace unos años el Código de Bioética para el Personal de Salud: la aplicación de los cuidados paliativos, que alivien en la medida de lo posible, los sufrimientos físicos y psicológicos, a pesar de que la vida del paciente pueda acortarse.²⁵ Asimismo, la Ley-V.A. es congruente con lo establecido en el Código de Conducta para el Personal de Salud, el cual recomienda al médico a abstenerse de realizar procedimientos desproporcionados que no reporten ningún bien al paciente, ni efectuar acciones de reanimación, expresamente prohibidas por éste.²⁶ Las diferencias estriban en que estos Códigos son de materia federal, no en cuanto a su obligatoriedad, sino en que fueron diseñados por la instancia federal en salud. Además, estos Cód-

²¹ Artículo 3, fracción IV. *Cuidados paliativos*: El cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento curativo e incluyen el control del dolor y otros síntomas, así como la atención psicológica del paciente.

²² Artículo 3, fracción X. *Medidas mínimas ordinarias*: Consisten en la hidratación, higiene, oxigenación, nutrición y/o curaciones del paciente en etapa terminal según lo determine el personal de salud correspondiente.

²³ Artículo 3, fracción XVIII. *Sedación controlada*: Es la administración de fármacos por parte del personal de salud correspondiente, para lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un sufrimiento físico y/o psicológico, en un paciente en etapa terminal, con su consentimiento explícito, implícito o delegado, sin provocar con ello la muerte de manera intencional de éste.

²⁴ Artículo 3, fracción XIX. *Tanatología*: Significa tratado o ciencia de la muerte. Consiste en la ayuda médica y psicológica brindada tanto al enfermo en etapa terminal como a los familiares de éste, a fin de comprender la situación y consecuencias de la aplicación de la ortotanasia.

²⁵ El Código de Bioética para el Personal de Salud fue elaborado por la Comisión Nacional de Bioética en el año 2002. Artículo 47.

²⁶ El Código de Conducta para el Personal de Salud fue elaborado por la Secretaría de Salud y la Comisión Nacional de Bioética-IMSS-ISSSTE-SECODAM, en el año 2002. Estándar de Comportamiento Número 28.

digos son recomendaciones de corte deontológico, no tienen un carácter jurídicamente vinculante, como sí lo tiene la Ley-V.A.

La Ley-V.A. también señala que se brindará atención médica domiciliaria a los enfermos en etapa terminal, dependiendo de las posibilidades financieras de la Secretaría de Salud, asunto por demás complejo en una ciudad con tantas necesidades y carencias.

Resulta importante destacar que la Ley-V.A. exime al personal de salud, de dar cumplimiento a las disposiciones del Documento o Formato, si las encuentra contrarias a sus creencias religiosas o convicciones personales. Lo cual significa que se está reconociendo el derecho de objeción de conciencia [a. 42], pero queda la obligación para la Secretaría de Salud del D. F. de ofrecer la prestación de servicios de salud por parte de personal no objetor.

El derecho de objeción de conciencia se deriva de la libertad de pensamiento y conciencia [consagrada en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos-DUDH]²⁷ y, en cierta forma, también de la libertad de opinión y expresión [del artículo 19 de la DUDH y consagrada en el 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos]. La objeción de conciencia constituye una actitud de desobediencia hacia determinada norma jurídica aplicable, cuando el sujeto se ve obligado al desacato por motivos que le imponen sus convicciones personales, de índole religiosa, moral, filosófica o humanitaria.²⁸

c) Por la Coordinación Especializada de la Secretaría de Salud del D. F.: la Coordinación recibe aviso sobre los Documentos de voluntad anticipada que se suscriban ante notario; además resguarda los Documentos y Formatos que provengan de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, lo cual significa que vigilará que los lineamientos de la Ley-V.A. se observen en los dos ámbitos [a. 42, párrafo 4].

Como se mencionó previamente, al recibir estos instrumentos, la Coordinación debe dar aviso al Ministerio Público, lo cual, aunque no lo señala la Ley-V.A. se hace para garantizar mayor seguridad para los que participan en el proceso, en cuanto a deslindarlos de responsabilidad civil, penal o administrativa [a. 6]. Asimismo, supervisa que se de cumplimiento a las

²⁷ Adoptada por la Resolución 217A(III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

²⁸ Para una sucinta explicación, véase Diego Valadés y Miguel Carbonell, coords., *Diccionario jurídico mexicano*, t. III (I-O), pp. 2658-2659, voz: *objeción de conciencia* (autor: Miguel Alejandro López Olvera).

disposiciones de los Documentos y Formatos. También coadyuva y coordina sus actividades con el Centro Nacional y Local de Trasplantes para la donación de órganos y tejidos.

La regulación sanitaria en materia de donación de órganos y trasplante está conformada por la Ley General de Salud,²⁹ por el antes mencionado, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos y por la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Al disponente que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes, ya sea en vida o en estado cadavérico, la L.G.S. lo denomina *Donador* o *donante* [aa. 314, fr. VI y 321 L.G.S.]. Correlativamente, el *Receptor* es la persona a quien se trasplantará o se le ha trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre mediante procedimientos terapéuticos [a. 314, fr. XII y a. 6, fr. XX Regl.-Órganos] y quien se convierte, por ese hecho, en disponente originario del órgano o tejido recibido.

Al hablar de *disposición*, la legislación se refiere tanto a los órganos, tejidos y productos, como a los cadáveres humanos, por lo cual, de conformidad al artículo 314 de la L.G.S., comprende los siguientes conceptos:

- i) Tejido: entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función [a. 314, fr. XIII, y a. 6, fr. XXIII Regl.-Órganos].
- ii) Órgano: entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos [a. 314, fr. X. y a. 6, fr. XIII Regl.-Órganos].
- iii) Producto: todo tejido o sustancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel [a. 314, fr. XI, y a. 6, fr. XV Regl.-Órganos].
- iv) Cadáver: el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida [a. 314, fr. II y a. 6, frac. V Regl.-Órganos].

En cuanto al destino que se puede dar a los órganos, tejidos, productos o cadáveres están:

²⁹ Título décimo cuarto: Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida.

- a) Trasplante: transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo [a. 314, fr. XIV L.G.S.].
- b) Investigación o docencia.
- c) Destino final: que puede ser tanto la conservación como la desintegración [a. 314, fr. V L.G.S y a. 6, fr. VIII y a. 7 Regl.-Órganos].
 - i) Conservación permanente de órganos y tejidos mediante sustancias fijadoras, como la inclusión en acrílico y otras sustancias plásticas, tratamiento a base de parafina o el embalsamamiento, así como la conservación de cadáveres o esqueletos con fines de docencia.
 - ii) Inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables.

La Ley-V.A. no especifica tan puntualmente como lo hace la legislación sanitaria el destino que se le den a los órganos, pero por tratarse de una materia federal se atenderá a lo dispuesto en la legislación vigente y a la autoridad federal correspondiente: Secretaría de Salud, a través del Centro Nacional de Trasplantes.

VIII. Conclusión

Vale la pena reconocer como virtud que a diferencia de lo que sucede en otras ocasiones, en las que se emite una ley pero —por deficiente técnica legislativa— no se adecuan las normas correlativas sobre la materia, con la Ley-V.A. sí se hicieron de manera eficiente, las modificaciones pertinentes a la legislación local: el Código Penal y la Ley de Salud. Siguiendo la crítica que se hizo en el trabajo, sería deseable la inserción de una aclaración en la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, para especificar la facultad que tienen los convivientes respecto de las decisiones de salud y tratamientos médicos. Así como debería revisarse el Código Civil local para dar una mayor congruencia global al concepto de la Sociedad de Convivencia.

No es que exista una polarización entre la legislación federal y la local, en el sentido de que la primera sea conservadora y la segunda liberal, sino que más bien, la legislación federal está quedando desactualizada. La

muerte cerebral es un criterio válido para la declaración de la muerte, más no es la condición exclusiva para la suspensión de medios fútiles [como señala el a. 345 L.G.S.]. El estado de salud terminal pone a la consideración de los médicos y de la sociedad, si existe o no, la obligatoriedad de agotar todos los recursos técnicos disponibles para prolongar una vida o, más bien, retrasar artificialmente el advenimiento de una muerte ya anunciada.

En los artículos transitorios del Decreto por el que se Expide la Ley de Voluntad Anticipada³⁰ se aprecian algunas tareas pendientes para el Gobierno de la entidad federativa, entre otras:

- a) Emitir el Reglamento y lineamientos conducentes para la aplicación de la Ley-V.A.
- b) Adecuar el Reglamento Interior de la Secretaría de Salud del Distrito Federal, para proveer en la esfera administrativa lo relativo a la creación de la Coordinación Especializada en materia de Voluntad Anticipada.
- c) Suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Colegio de Notarios a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley-V.A., así como para asegurar el menor costo posible de los honorarios correspondientes al Documento.
- d) Iniciar las operaciones del Centro Local de Trasplantes y lograr la colaboración con la Coordinación Especializada.
- e) Suscribir los convenios de coordinación de acciones correspondientes con la Secretaría de Salud Federal, el Centro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes, a efecto de garantizar el cumplimiento en materia de Trasplantes y Donación de Órganos y Tejidos.

Estas tareas pendientes podrían constituirse en los cimientos de una nueva percepción sobre el derecho a la protección y atención a la salud, en la esfera administrativa y legal; aunque faltará ver cómo cambiará la percepción de la sociedad a nivel cultural, con respecto al ejercicio de mayor autonomía en la toma de decisiones de salud. La experiencia en el derecho civil, con respecto a la elaboración de testamentos, demuestra que no es

³⁰ Decreto por el que se Expide la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; se adiciona el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con fecha 7 de enero de 2008.

fácil hablar de la muerte y menos, cuando se está sano; no es fácil ordenar los asuntos y peor si se dispone sobre el propio cuerpo o vida. Es en un ejercicio de responsabilidad y autocontrol, el no dejar decisiones de tal envergadura sólo a los parientes o representantes.

La toma de decisiones autónoma, la determinación del fin de la vida, la responsabilidad del gobierno en cuanto a la atención de salud y la objeción de conciencia son todos temas de derechos humanos y bioética. Defender la vida, también implica reconocer la muerte: no provocarla, ni trivializarla; pero sí percatarse de que los avances técnicos y científicos, así como positivamente han servido para aliviar y curar, también han provocado confusión y tratado de engañar a la muerte, pero muchas veces a costa y por encima del paciente.

IX. Bibliografía y legislación

ROA, Armando, *Ética y bioética*, Chile, Andrés Bello, 1998.

VALADÉS, Diego y Miguel Carbonell, coords., *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa / UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, t. III (I-O).

1. Legislación federal e instrumentos internacionales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Resolución 217A(III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

Código de Bioética para el Personal de Salud, elaborado por la Comisión Nacional de Bioética en 2002.

Código de Conducta para el Personal de Salud, elaborado por la Secretaría de Salud y la Comisión Nacional de Bioética-IMSS-ISSSTE-SECO-DAM en 2002.

Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de febrero de 1984.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 20 de febrero de 1985.

Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 14 de agosto de 1931.

2. Legislación local

Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

Código Penal para el Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial el 28 de mayo de 1999.

Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008.

Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006.

Ante el umbral de la esperanza. Reflexiones en torno a la reforma penal 2007/08

Gerardo Armando Urosa Ramírez*

Primero se llevaron a los comunistas pero a mí no me importó porque yo no era... En seguida se llevaron a unos obreros pero a mí no me importó, porque tampoco era... Después detuvieron a los sindicalistas, pero a mí no me importó, porque yo no soy sindicalista... Luego apresaron a unos curas, pero como yo no soy religioso, tampoco me importó... Ahora me llevan a mí, pero ya es demasiado tarde.

BERTOLD BRECHT

SUMARIO: I. Panorama legislativo. II. Triste realidad forense. III. Antecedentes legislativos de la reforma. IV. La reforma penal en teoría. V. Reflexiones en torno a la reforma.

I. Panorama legislativo

La sanción penal intenta inhibir la conducta delictiva, y en nuestro país, contrariamente a la percepción de la comunidad, la ley criminal mexicana —en el papel— es muy severa en comparación con legislaciones de otras latitudes. Lamentablemente, el obtuso criterio que pretende frenar la delincuencia exclusivamente con el endurecimiento de las normas penales se ha impuesto, sobre otro tipo de acciones o de política criminal que pudiera coadyuvar efectivamente a la disminución de la creciente criminalidad que nos agobia.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Lo anteriormente referido ha propiciado el desbordamiento del castigo en la ley, a tal grado, que en múltiples ocasiones lo que se pensó como un caso de excepción se convirtió con el paso del tiempo en norma general, verbigracia: el espíritu que inspiró la reforma constitucional de 1993 con la finalidad de que los procesados penalmente obtuvieran con facilidad la libertad bajo caución, y solamente por delitos de gran envergadura, denominados constitucionalmente como *graves* fuera negado el beneficio, se perdió completamente, ya que en la actualidad resulta problemático encontrar un ilícito “no grave” en la ley; en el delito de robo, el número de agravantes es tan extenso como la imaginación lo permite, al punto de nulificar el beneficio de la mencionada libertad bajo caución en la enorme mayoría de los casos, etcétera. Por otro lado, cada vez es mayor la tipificación de delitos graves, bajo una tendenciosa redacción “abierta” que abarca acciones inocuas para la sociedad, violando el principio de intervención mínima del derecho penal o cuyo bien jurídicamente tutelado es difícil de establecer.

Algunas figuras procesales, como “el cuerpo del delito”, han perdido su sentido garantista, otras como el “arraigo” o “flagrancia equiparada” —de dudosa constitucionalidad— se han “legalizado” o los criterios jurisprudenciales se han encargado de ello.

Mención especial amerita la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sancionando conductas preparatorias o en un estadio previo a la comisión del ilícito (acorde con el artículo 2), castigando de manera irracional infracciones cometidas bajo el crimen organizado (conforme a la fracción V del artículo 2 de la ley, en relación con el segundo párrafo del tercer artículo de la misma normatividad), admitiendo la reducción de garantías procesales y aparición de figuras ajenas al derecho adjetivo tradicional mexicano, como los testigos protegidos (según el artículo 34), el régimen de recompensas (según el artículo 37) o beneficios a favor del soplón (acorde con el artículo 14 y 35), la eliminación de los beneficios de libertad preparatoria o condena condicional (según el artículo 43), etcétera.

Lo preocupante de esta clase de normas que originariamente fueron concebidas como “de excepción” es que de forma paulatina se infiltran en leyes dirigidas a la delincuencia común, y abarcan cada día más conductas no contempladas inicialmente, tal y como ha sucedido con la legislación precitada (véase Decreto que reforma la fracción V del segundo artículo a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada del 27 de marzo del año 2007).

No obstante lo anteriormente reseñado, la criminalidad no ha dejado de avanzar a pasos agigantados, lo que reafirma que ésta no es un problema que se deba concentrar en su punición, sino en su efectiva aplicación, a efecto de evitar la impunidad. Metafóricamente hablando: a nadie espanta la majestuosidad de un león pintado en el lienzo, sino su vitalidad en el mundo de los hechos.

II. Triste realidad forense

Como si se tratara del paciente asesino que dosifica el veneno hasta lograr el resultado letal deseado, sin que exista un punto de referencia en el tiempo; el sistema de enjuiciamiento criminal en nuestro país se volvió de forma gradual anquilosado, corrupto, disfuncional. Así lo confirman escalofriantes estadísticas:

85 % de las víctimas no acuden a denunciar los delitos; 99 % de los delincuentes no terminan condenados; 92 % de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez; 80 % de los mexicanos cree que puede sobornar a los jueces; 60 % de las órdenes de aprehensión no se cumplen; 40 % de los presos no han recibido una sentencia condenatoria. El 80 % de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó (Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, “¿Necesitamos reformas nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre de 2007, p. 189).

En el foro la desconfianza en las instituciones encargadas de investigar y perseguir los ilícitos, así como las componendas para inclinar la vara de la justicia a favor de intereses mezquinos, son una triste realidad, pues, salvo honrosas excepciones, la corrupción se disemina desde el ámbito del Ministerio Público, a todos los niveles. Precisamente es en la averiguación previa en donde se propicia el punto más álgido de la corrupción, quizás por la gran cantidad de facultades constitucionales otorgadas al Ministerio Público —ya que conforme al artículo 21 constitucional éste mantiene el monopolio de la acción penal—, quizás por los requisitos que se deben de colmar para el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, una vez sorteado ese escollo —en la mayoría de los casos— la suerte del procesado está echada, y la autoridad jurisdiccional cumple con el conocido adagio forense: “un vaso con agua y un auto de formal prisión, a nadie se le niega”.

En la práctica, las subsecuentes diligencias realizadas durante la instrucción del proceso se difieren y prolongan de forma exagerada y rara vez son presididas por el juez, recayendo dicha función en el secretario de acuerdos del Juzgado. El juez dicta su resolución “en privado” otorgando una significativa valoración a las pruebas reunidas durante la averiguación previa, aunque la apreciación jurisdiccional de las mismas es más especializada.

III. Antecedentes legislativos de la reforma

Ante tan desolador panorama, diversas acciones legislativas pugnaron por una reforma penal, sobresaliendo la iniciativa de reforma constitucional del 29 de marzo de 2004 del Ejecutivo Federal a cargo de Vicente Fox Quesada, que expuso la transformación del sistema penal inquisitivo o mixto a uno acusatorio. Igualmente, la iniciativa de legisladores del Partido Revolucionario Institucional de diciembre del año 2006, postulada por la “red nacional a favor de juicios orales”, pugnó por el sistema antedicho, retomada en parte por el Ejecutivo Federal mediante el proyecto de reforma constitucional de 9 de marzo de 2007.

El 10 de diciembre del año 2007 se produjo el dictamen de comisiones de la Cámara de Diputados que intentó recoger una serie de reformas coincidentes, así como el clamor social que reclamaba cambios sustanciales en el sistema penal nacional, tal y como lo expone el legislador en la exposición de motivos respectiva, aprobada el día 12 de diciembre.

El 13 de diciembre de 2007 se turno el dictamen al Senado de la República y ese mismo día fue presentada ante el pleno de la Cámara de Senadores, que concluyó con la aprobación del proyecto, con algunas enmiendas, entre las que destacan la eliminación del acceso del Ministerio Público a cierta información de diverso carácter, sin previo mandamiento judicial, tratándose de delincuencia organizada, y la supresión del allanamiento de morada policiaco sin orden judicial. El texto rectificado por el Senado fue remitido a la Cámara de Diputados y mediante un nuevo dictamen del día 19 de febrero de 2008 concedió las modificaciones establecidas por el Senado de la República y, finalmente, de nuevo en el Senado se elaboró un dictamen de fecha 28 de febrero aprobando la reforma y turnando la misma a las entidades federativas para su trámite y aprobación constitucional.

Por último, es oportuno recordar que de conformidad con el primer artículo transitorio del dictamen anteriormente referido, el “Decreto entrará en

vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación”, con excepción de lo dispuesto en el siguiente numeral que señala en lo conducente que: “El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20, y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, *sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto*”; especificando en el subsecuente transitorio, que las actuaciones procesales serán plenamente válidas en las entidades federativas que hayan incorporado el sistema procesal penal acusatorio en sus ordenamientos legales, con independencia de la fecha en que éstos entraron en vigor.

IV. La reforma penal en teoría

Las características del actual sistema de justicia que existe en México corresponden a un modelo mixto o inquisitivo, debido a que no existe una clara discriminación entre los actores del enjuiciamiento penal y sus funciones (jueces, agentes del ministerio público, policía); se parte de la presunción de culpabilidad del acusado y toda la información que se utiliza para resolver el caso se transcribe o presenta en forma escrita, lo que propicia la lentitud en los procesos penales. El peso específico de las diligencias realizadas en la averiguación previa es preponderante para el juez al momento de valorar las pruebas y dictar sentencia, misma que no es expuesta públicamente.

Por su parte, el sistema acusatorio tiene como característica fundamental la presunción de inocencia y la oralidad en el proceso penal, de tal suerte que las diligencias de desahogo de pruebas son expuestas de forma pública y directa, en presencia del órgano jurisdiccional al momento de enjuiciarlo en una sola audiencia —aunque excepcionalmente pueden ser varias— y sin previa contaminación del juez o tribunal, derivada del conocimiento del caso con anterioridad.

Para llevar a cabo los cambios sugeridos por el renovado sistema —ahora ya reconocido constitucionalmente— habrá de modificar el rol y función de quienes intervienen en el juicio, y crearse nuevos jueces como:

- Jueces de control.
- Jueces de sentencia.
- Jueces de ejecución de sanciones.

Estimamos que en teoría el procedimiento acusatorio sugerido por la reforma, se compone de las siguientes fases:

Empezará con la noticia criminal ante el Ministerio Público (en términos del segundo párrafo del artículo 16 constitucional), quien deberá de realizar las diligencias de investigación del posible ilícito tendientes a obtener datos que establezcan la comisión del hecho delictivo y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; o bien archivar la averiguación previa de forma temporal o definitiva, según corresponda.

Es importante destacar que el nuevo estándar probatorio establecido en la reforma para ejercitar acción penal, será menor en comparación con el anterior sistema, pues se pretende que el desahogo de las pruebas sea de forma pública e inmediata en presencia del juez de sentencia y no ante el agente del ministerio público, a efecto de que el procesado y su defensa puedan directamente ante el órgano jurisdiccional refutar los cargos.

Presentada la denuncia o querrela intervendrá el llamado juez de control, también denominado en otros países “de garantías”, a quien se le responsabilizará de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, así como resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público, y realizar audiencias preliminares al juicio conforme a los principios del sistema acusatorio. Una vez que se ha cerrado la investigación, y se ha formulado una acusación, el juez de control deberá dictar el *auto de vinculación*, que se equipara o debe de equipararse al de formal prisión o de sujeción a proceso del enjuiciamiento anterior a la reforma. Al juez de garantías le corresponde velar por los derechos de los indiciados y víctimas u ofendidos, y supervisar, en su caso, la mediación como medida alternativa de solución, previa reparación del daño, lo que comprende las composiciones entre la víctima y victimario, según reforma prevista al numeral 17 constitucional (véase Dictamen de Comisiones de la Cámara de Diputados de 10 de diciembre de 2007).

Una vez dictado el *auto de vinculación a proceso* se celebrará ante el juez de garantías o control una audiencia previa al juicio oral en el que estarán presentes las partes, con el objetivo de proponer las pruebas que deberán de mostrarse durante el juicio propiamente dicho, ante el juez de sentencia y excluir aquellas ociosas o que no puedan ser desahogadas durante la audiencia respectiva. En síntesis, el papel del juez de garantías en esta etapa se traduce en establecer las imputaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales, rechazando las acusaciones que no cumplan con las exigencias legales. Por último, el juez de control o

garantías dictará un auto de apertura especificando el contenido del juicio oral, al que quedará sujeta la resolución definitiva, sin que pueda sobrepasar la imputación contenida en aquél.

Ahora bien, el inculpaado puede optar por el procedimiento abreviado, reconociendo su participación en el hecho y renunciando a su derecho de comparecer a tener un juicio oral, por lo que será juzgado con las pruebas que hasta ese momento se hayan reunido en su contra, con la amplia posibilidad de que su pena sea menor, en comparación con la sanción que hubiera podido imponérsele en caso de haberse sometido al juicio oral ante el juez de sentencia. En este caso la sentencia es dictada por el juez de control.

De someterse al juicio oral por no haber prosperado el procedimiento abreviado anteriormente referido o por que las alternativas de solución no hayan sido viables, se sujetará al procesado al juicio oral en audiencia pública en presencia del juez de sentencia, quien deberá de estar presente durante todo el desahogo de las pruebas y dictar sentencia, debidamente motivada y en forma pública. De conformidad con la experiencia en otros países latinos que han adoptado el sistema acusatorio, se espera que sean muy pocos los casos que lleguen a esta instancia, por haber optado las partes por el procedimiento abreviado antedicho o alguna solución alternativa a través de la amigable composición.

Si la sentencia fuese recurrida se deberán de remitir las constancias y videograbaciones del caso, para que el juzgador se pronuncie en relación a la correcta interpretación de la ley; no así sobre su valoración, pues el juzgador de segunda instancia, al no estar presente durante el desahogo de las pruebas, está impedido para apreciar las mismas.

Finalmente, todo lo relacionado con el cumplimiento de la condena y beneficios a favor del reo correrá a cargo del juez de ejecución de sanciones.

En teoría la reforma es atractiva, mantiene un sano equilibrio entre las partes y puede calificarse como garantista, propia de un Estado de Derecho de corte democrático... en teoría.

V. Reflexiones en torno a la reforma

Da la impresión de que se pretende convencer a la comunidad sobre la generosidad de la reforma constitucional, mostrando únicamente la punta del iceberg que oculta bajo el agua el enorme bloque de hielo que corresponde a una política criminal autoritaria, policiaca, de excepción; y que,

indiscutiblemente, se agudizan tratándose de las normas que regulan la delincuencia organizada —ahora institucionalizada a nivel Constitucional— dando paso cabalmente a lo que en la dogmática denomina Jakobs, *derecho penal del enemigo* (véase Günter Jakobs, Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008).

Lo cierto es que determinar si estamos ante un tramposo espejismo autoritario o una reforma garantista, dependerá en gran medida de la legislación secundaria o códigos de procedimientos penales que se promulguen durante la prolongada *vacatio legis* de la Constitución reformada; del cuestionamiento académico y forense; de los criterios jurisprudenciales que se vayan forjando conforme se desenvuelva la reforma y desde luego, del apego a la dogmática jurídico-penal, que parece menospreciada, a pesar de su extraordinaria importancia, tal y como lo exalta un distinguido jurista español:

Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o la impunidad de una conducta, no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico se desconoce su alcance y límite (Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Temis, Monografías jurídicas, núm. 29, 1983, p. 27).

Indudablemente vivimos momentos delicados, pues atendiendo a la exposición de motivos de la reforma —único medio confiable hasta ahora para inferir la postura del constituyente permanente—, saltan a la vista una serie de interrogantes y justificadas preocupaciones, empero, a pesar de ello, tenemos la esperanza de que la reforma resulte finalmente positiva, garantista y no un vulgar maquillaje cuyo trasfondo sea la imposición de un Estado policiaco.

En fin, *los dados están echados* y no hay marcha atrás, ni tiempo para lamentaciones; la suerte de la reforma ahora depende en gran medida de todos los actores del drama penal, y puede tomar diferentes rumbos. Ojala y se encamine por un sendero garantista que sirva como un eficiente equilibrio entre el interés público de sancionar al responsable de un ilícito y el respeto a las garantías procesales de éste, que es el punto crítico en torno al cual se agita toda la reforma penal.

Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal

Garbiñe Saruwatari Zavala*

SUMARIO: Introducción. I. Particularidades del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. 1. Instrumentos. 2. Uso de la palabra *enfermo*. 3. Historia clínica e información. 4. Comité Hospitalario de Ética Médica. 5. Atención domiciliaria. 6. Medios proporcionados y desproporcionados o medios ordinarios o extraordinarios. II. Concepto de muerte en la legislación mexicana. 1. En la esfera del difunto. 2. En la esfera de los demás sujetos. III. Conclusión. IV. Bibliografía y legislación. 1. Legislación federal e instrumentos internacionales. 2. Legislación local. Anexos.

Introducción

El derecho a morir con dignidad fue consagrado en la Declaración de Lisboa;¹ es un documento emitido por la Asociación Médica Mundial que tiene carácter deontológico; ésta recoge los principales derechos que los médicos deben asegurar a los pacientes.

En la versión original de la Declaración, el inciso e) señalaba textualmente el derecho del paciente a morir con dignidad, pero ahora en la versión ya revisada en 1995 y 2005 la redacción fue matizada y dentro del rubro del Derecho a la Dignidad quedó el derecho del paciente "a una

* Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ Adoptada por la 34a. Asamblea de la Asociación Médica Mundial (AMM) en Lisboa, Portugal, durante septiembre-octubre de 1981. Enmendada por la 47a. Asamblea General en Bali, Indonesia, en septiembre de 1995, y revisada su redacción en la 171a. Sesión del Consejo de la AMM, en Santiago de Chile, en octubre de 2005.

Cf. Versión original: *Enfermos mentales e inimputables. Documentos nacionales e internacionales*, p. 135.

atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible”.²

Tal como se encontraba en la versión de 1981, este derecho quedaba vago: no se entendía si debía consagrarse un derecho a morir, y que el calificativo de “digno” fuera bajo el contexto de una elección libremente tomada; o si se estaba institucionalizando la práctica de la eutanasia para el ámbito médico, o si vagamente se refería a la ortotanasia. Como está redactado actualmente pareciera más específico, pero aun así queda sujeto a una interpretación laxa, ya que lo mismo puede usarse como presupuesto para provocar la muerte por motivos piadosos, que como elemento de la ortotanasia.

Otros instrumentos emitidos por organismos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos [a. 3],³ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [a. 6.1],⁴ la Convención sobre los Derechos del Niño [a. 6.1],⁵ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [a. 1]⁶ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [a. 4.1 y 5],⁷ han reconocido el derecho que todo individuo tiene a que sea respetada su vida, su seguridad, su integridad física, psíquica y moral. Pero no hacen referencia al momento en el que concluye la vida o las circunstancias por las que sería permitido para el personal médico interrumpir los medios extraordinarios de terapia clínica —para dar paso al curso de la muerte— o los presupuestos para que el individuo opte o no por la terminación de su vida.

La Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (en lo sucesivo “Ley-V.A.”) establece la ortotanasia como la conducta médica correcta a seguir con respecto al enfermo terminal, ya que consiste en no provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, pero por otra parte también evitar la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles. Este *justo medio* en la atención del enfermo terminal, se lleva a cabo otorgando los cuidados paliativos, las

² Antes inciso e), ahora principio 10, letra c.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 10 de diciembre de 1948).

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 16 de diciembre de 1966).

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 20 de noviembre de 1989).

⁶ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 2 de mayo de 1948).

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 22 de noviembre de 1969).

medidas mínimas ordinarias y tanatológicas, y en su caso la sedación controlada [a. 3, frac. XIII].

La *ortotanasia* literalmente significa “morir rectamente” o lo que es igual dejarle a uno morir en paz; es un término introducido a la literatura científica por Boskan en 1950. Alude a la adopción de la conducta más correcta y posible para que el paciente próximo a su fin tenga una buena muerte, sin adelantar ni atrasar artificialmente ese momento. Se acude a todas las medidas razonables: respiración asistida, alimentación por vías aconsejables, posición lo más cómoda posible en la cama y uso de antibióticos, entre otros, sin caer en la omisión, en la cual habría una falta de solidaridad con el paciente; pero tampoco caer en el encarnizamiento terapéutico que en ese momento sólo daría una remota esperanza de sobrevivida apenas de calidad mínima.⁸

I. Particularidades del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (en lo sucesivo “Reglamento-V. A.”)⁹

Obviamente el Reglamento-V.A. es congruente con las disposiciones de la Ley-V.A., sólo que agrega aspectos más puntuales o algunos conceptos diversos a los de la Ley-V.A. que la complementan.

1. Instrumentos

El Reglamento-V.A., a diferencia de la Ley-V.A., resume de manera más clara los dos tipos de instrumentos aprobados para la expresión de la voluntad. El artículo 3 hace referencia, tanto al *Documento de Voluntad Anticipada* (en lo sucesivo “Documento”), como el instrumento suscrito ante Notario Público por cualquier persona, que vaya por su propio interés o el de interpósita persona; y el *Formato de Voluntad Anticipada* (en lo sucesivo “Formato”), como el documento emitido por la Secretaría de Salud del D. F., que debe ser suscrito por el enfermo en etapa terminal ante el personal

⁸ Cf. Armando Roa, *Ética y bioética*, pp. 112 y 113.

⁹ La Ley fue promulgada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008; con fecha de entrada en vigor al día siguiente (8 de enero). El Reglamento fue expedido el 31 de marzo de 2008, publicado el 4 de abril de 2008 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con fecha de entrada en vigor el 5 de abril del mismo año.

de salud. El primero se sujetará a los aranceles notariales, mientras que el segundo será gratuito.

Pero en el Reglamento-V.A. encontramos un tercer tipo de instrumento que se debe suscribir: ya sea que se haya optado por el Documento o por el Formato, también debe llenarse el formato emitido por el Centro Nacional o Local de Trasplantes, para que el enfermo pueda manifestar su voluntad de donar órganos y tejidos [a. 9].

2. Uso de la palabra enfermo

Tanto la Ley General de Salud (en lo sucesivo “L.G.S.”) y la Ley de Salud para el D. F. definen al *Usuario del servicio de salud* como la persona que requiere y obtiene los servicios de salud que presten los sectores públicos, social y privado [a. 50 L.G.S. y a. 2, frac. VII L.S.D.F.]. La Ley de Salud para el D. F. no usa el término “pacientes” y el de “enfermo” sólo lo utiliza en la fracción XIV del artículo 8, para referirse a una de las funciones de la Secretaría de Salud del D. F., que es la de vigilar que en los establecimientos que presten servicios de salud el internamiento de enfermos de escasos recursos económicos sea gratuito.

A diferencia de otros ordenamientos, la L.G.S., por su parte, utiliza los tres términos no de manera indistinta, sino con connotaciones diferentes. Dedicó el capítulo IV del Título Tercero, a los *Usuarios*.¹⁰ El Sistema Nacional de Salud se conforma por la participación de los prestadores de servicios de salud, de los sectores público, social y privado, de sus trabajadores y de los usuarios de los mismos, así como de las autoridades o representantes de las comunidades indígenas; todos ellos coordinados por la Secretaría de Salud [a. 10].

En la L.G.S. encontramos el término “pacientes”, que es utilizado en la literatura médica y bioética, para referirse a ellos de manera más humanitaria. Ejemplo de esto es el artículo 93 que señala la importancia del establecimiento de un sistema de enseñanza continua en materia de salud. Asimismo, promueve el desarrollo de programas de prestación de la salud, de atención primaria en comunidades indígenas, los cuales deberán adaptarse, tanto a su estructura social y administrativa, como a su concepción de

¹⁰ Título tercero. *Prestación de los Servicios de Salud*. Capítulo IV. Usuarios de los Servicios de Salud y Participación de la Comunidad.

la salud y de la relación del *paciente* con el médico, respetando siempre sus derechos humanos.¹¹

La L.G.S. utiliza “enfermos” para denominar a los que padecen enfermedades mentales o los que padecen alguna enfermedad contagiosa, portadores de gérmenes o de afecciones transmisibles [aa. 74, 76, 77, 139, 150, 153]. En esta tesitura, *paciente* es quien recibe atención médica por cualquier causa, mientras que *enfermo* es el que específicamente padece una enfermedad; la primera categoría sería el género, y la segunda la especie; aunque el enfermo no en todos los casos estará en la definición de paciente, porque probablemente no esté recibiendo la atención médica que requiera.

La Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 Del Expediente Clínico distingue entre el *paciente*, que es el beneficiario directo de la atención médica, y el *usuario*, que sería toda aquella persona, paciente o no, que requiera y obtenga la prestación de servicios de atención médica, para sí o para otro.

El término “usuario” ha sido criticado porque remite al lenguaje económico [y hasta peyorativamente, economicista], en donde se toma en cuenta la satisfacción de las necesidades del cliente por parte del proveedor, bajo el entendido de transacciones económicas; cuando tratándose de servicios de salud —por la implicación y repercusión de éstos— se esperaría que la relación del paciente con el personal de salud debiera ser más rica en cuanto al trato y profundidad del vínculo. Pero “usuario” parece ser la denominación más frecuentemente encontrada en las diversas legislaciones ya que de manera general, uniforma las diversas connotaciones y que, como es una denominación versátil, puede ser utilizada indistintamente para todos los casos.

Tanto la Ley-V.A. como el Reglamento-V.A. se refieren al enfermo en etapa terminal,¹² no hablan del usuario de servicios de salud ni del paciente. El *enfermo en etapa terminal* es aquel que tiene un padecimiento mortal o que por caso fortuito o causas de fuerza mayor tiene una esperanza de vida menor a seis meses, y se encuentra imposibilitado para mantener su vida de manera natural. De conformidad a las distinciones mencionadas anteriormente, en este caso el término “enfermo” resulta el adecuado, aunque para efectos de la Ley-V.A. podría haber recurrido al término “usuarios” para

¹¹ Los artículos 67, 226, 229 y 262 de la L.G.S. también se refieren a los “pacientes”.

¹² Artículo 3, fracción VI, de la Ley-V.A.

referirse a los familiares, y así ser más congruente con la legislación sanitaria local.

3. Historia clínica e información

Aunque en la Ley-V.A. ya se habían mencionado en diversas partes del articulado, los efectos del cumplimiento de la voluntad anticipada, el Reglamento-V.A. es más esquemático en cuanto a los efectos que produce, que según el artículo 4 son:

- a) No someter al enfermo en etapa terminal a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida, protegiendo en todo momento su dignidad.
- b) Cumplir con lo establecido en el plan de manejo médico respecto de cuidados paliativos y en su caso sedación controlada.¹³
- c) Dar asistencia psicológica o tanatológica al paciente y sus familiares.

Una vez que se inicie el cumplimiento de la voluntad anticipada, todos estos efectos señalados, además de las notas de evolución, actualización del cuadro clínico, signos vitales, resultados de estudios, indicaciones médicas y acciones realizadas, serán registradas por el médico tratante en el expediente clínico del enfermo en etapa terminal. El manejo del expediente o historial clínico debe apegarse a la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 Del Expediente Clínico [a. 35].¹⁴ Esta NOM es de observancia general, nacional y obligatoria para los sectores público, social y privado del Sistema Nacional de Salud. El expediente clínico se refiere al conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención [Numeral 4.4 de la NOM].

¹³ Artículo 3, fracción XVIII, de la Ley-V.A. *Sedación Controlada*: Es la administración de fármacos por parte del personal de salud correspondiente, para lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un sufrimiento físico y/o psicológico, en un paciente en etapa terminal, con su consentimiento explícito, implícito o delegado, sin provocar con ello la muerte de manera intencional de éste.

¹⁴ Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 Del Expediente Clínico, fue emitida el 14 de septiembre de 1999 y publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el día 30 del mes y año citados.

Además de la historia clínica y las notas médicas¹⁵ que debe contener el expediente, la NOM hace referencia a otros documentos, tanto del ámbito ambulatorio u hospitalario, entre los que sobresalen las Cartas de Consentimiento Bajo Información [Numeral 10.1.1 de la NOM], en las que quedará constancia de la aceptación del tratamiento por parte del paciente. En esta tesitura, el Documento o Formato de voluntad anticipada tendrá el mismo efecto que las Cartas de Consentimiento, ya que deja constancia del conocimiento que el paciente tiene de su condición física y de la aceptación del procedimiento ortotanásico que llevará a cabo el personal médico.

De acuerdo con el artículo 10, los instrumentos de voluntad anticipada (Documento o Formato), más aparte la información que se genere y el historial clínico, se sujetarán a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal (en lo sucesivo “Ley-TransparenciaDF”);¹⁶ según la cual hay dos fuentes que generan la información:

- a) La que genera el personal médico sobre el diagnóstico. De esta información siempre hay un tipo de datos que sí se brinda al paciente sobre su estado de salud, pero también puede haber información, que el personal se reserve. Según la Ley de Salud para el D. F. [a. 16Bis2], el usuario de servicios de salud podrá recibir: I. Información apropiada a su condición de género, educativa, cultural e identidad étnica sobre su historial médico y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive sobre los aspectos médicos de su condición; II. Excepcionalmente, se le negará información cuando exista el pleno conocimiento que dicha información representa un peligro para su vida o su salud.
- b) La que genera el paciente al proporcionar sus datos personales: domicilio, números telefónicos y vida familiar e íntima.

Estos dos tipos de información son considerados como información confidencial, ya que contiene datos personales que son susceptibles de ser tutelados por el derecho fundamental a la privacidad, intimidad, honor y dignidad [a. 4, frac. VII Ley-TransparenciaDF].¹⁷

¹⁵ Tipos de notas que señala la NOM: Notas Médicas en Urgencias y Notas Médicas en Hospitalización; dentro de ellas habrá notas de evolución, de interconsulta, de referencia/traslado, pre-operatoria, pre-anestésica, post-operatoria.

¹⁶ Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo de 2008.

¹⁷ Ley-TransparenciaD.F. Artículo 4, fracción VII. *Información Confidencial*. La que contiene datos personales relativos a las características físicas, morales o emocionales, origen

También, de acuerdo con el mismo artículo 16 bis 2 de la Ley de Salud para el D. F., el usuario deberá recibir la seguridad de que la información sobre su estado de salud, será confidencial y protegida [frac. III]. Sólo podrán tener acceso a la información de cualquier tipo de paciente, los titulares de la misma y los servidores públicos que requieran conocerla o la han conocido, por motivos del ejercicio de sus funciones [a. 38 Ley-TransparenciaDF]. La forma de guardar, custodiar y clasificar la información por parte de la institución, así como la forma de solicitarla a los órganos públicos, está regida por la Ley-TransparenciaDF.

En cuanto a la información que se genere con respecto a las disposiciones de la voluntad anticipada y su cumplimiento, obviamente el personal de salud y el personal administrativo están obligados a guardar confidencialidad y reserva [a. 11 Reglamento-V.A].

4. Comité Hospitalario de Ética Médica

En el Reglamento-V.A. existe una incongruencia que llama la atención, no sólo en un sentido técnico-terminológico, sino también en el aspecto de desactualización de las normas relativas. En el artículo 2 se define el concepto de *Comité Hospitalario de Ética Médica* como el grupo consultor interdisciplinario que se ocupa de verificar, avalar y hacer recomendaciones sobre el diagnóstico del enfermo en etapa terminal y la aplicación de la voluntad anticipada [frac. I]. Lo extraño es que este tipo de instancia no está contemplada en la Ley de Salud para el Distrito Federal.

La L.G.S. tampoco es consistente en el uso del término.¹⁸ El artículo 98 señala que las instituciones de salud contarán con una “comisión de investigación”, y una “comisión de ética”, en el caso de que se realicen investiga-

étnico o racial, domicilio, vida familiar, privada, íntima y afectiva, número telefónico privado, correo electrónico, ideología, preferencias sexuales y toda aquella información que se encuentra en posesión de los entes públicos, susceptible de ser tutelada por el derecho fundamental a la privacidad, intimidad, honor y dignidad.

¹⁸ Artículo 98. En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario.

Artículo 316. Los establecimientos a que se refiere el artículo anterior contarán con un responsable sanitario, quien deberá presentar aviso ante la Secretaría de Salud.

ciones en seres humanos y una “comisión de bioseguridad”, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. El artículo 316, por su parte, se refiere a los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes; se prevé que este tipo de instituciones cuenten con un “comité interno de trasplantes” y con un coordinador de estas acciones, que serán supervisadas por el “comité institucional de bioética” respectivo.

Por supuesto que lo más recomendable sería uniformar los términos dentro de la propia L.G.S. y emitir la legislación local en concordancia. Más que las palabras “comisiones” debería usarse el término de “comités de bioética” o el de “comités de ética”, ya que internacionalmente es el que se está adoptando. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos¹⁹ insta a que se apoye y promueva la formación de comités de ética, pluridisciplinarios y pluralistas. Estos comités servirían para evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales con respecto a: i) los proyectos de investigación relativos a los seres humanos; ii) la atención clínica, y iii) brindar asesoría a instancias políticas, educativas y sociales para sensibilizar al público y fomentar el debate sobre cuestiones bioéticas.²⁰

El Reglamento-V.A. sí incorpora la idea de que el Comité debe tratarse de un grupo de consultores de formación multidisciplinaria. Lo que queda confuso es que señala que este grupo se ocupará de evaluar el caso del enfermo terminal, para la aplicación de las disposiciones de los instrumen-

Los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes, adicionalmente, deberán contar con un comité interno de trasplantes y con un coordinador de estas acciones, que serán supervisadas por el comité institucional de bioética respectivo.

¹⁹ Proclamada por la Conferencia General de la UNESCO, el 19 de octubre de 2005.

²⁰ En la versión original en inglés, son denominados “Ethics committees”.

Artículo 19. *Comités de Ética*. Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a:

- a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos;
- b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos;
- c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración;
- d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

tos de voluntad anticipada, como si fuera la única función del Comité. Debería quedar claro que un Comité institucional u hospitalario tiene bajo su responsabilidad la evaluación de diversos casos y problemáticas del hospital, y no sólo las que tienen que ver con los asuntos de enfermedades terminales.

5. Atención domiciliaria

Tanto la Ley-V.A. como el Reglamento-V.A. señalan la posibilidad de brindar la atención médica domiciliaria; pero mientras la Ley-V.A. únicamente la enuncia [a. 42, párr. 3], el Reglamento-V.A. especifica cómo se llevará a cabo [a. 37]. El Reglamento-V.A. ya no especifica de dónde provienen los recursos que se emplearán para este tipo de atención, cuestión que la Ley-V.A. no aborda ampliamente, sino sólo menciona la sujeción de este tipo de atención a las posibilidades financieras de la Secretaría de Salud del D. F.

La atención médica domiciliaria sólo se otorgará dentro del territorio del Distrito Federal, de conformidad a las disposiciones de los artículos 37 y 38:

- i) Será otorgada vía telefónica o a través de visita domiciliaria.
- ii) Aunque será solicitada por el enfermo en etapa terminal, representante y/o familiares a través del área de trabajo social de la Unidad Médica Hospitalaria que le atiende, a su vez deberá ser indicada por el médico tratante, de acuerdo con la condición médica del enfermo en etapa terminal y programada por la Unidad Médica Hospitalaria correspondiente.
- iii) El personal de salud que asista le proporcionará al enfermo en etapa terminal los cuidados paliativos, en su caso sedación controlada, así como tratamiento psicológico y/o tanatológico, para el enfermo y sus familiares.
- iv) El personal de salud instruirá al familiar o persona encargada de atender al enfermo en etapa terminal, respecto del procedimiento para proporcionar los cuidados paliativos.
- v) Las Unidades Médicas Hospitalarias proporcionarán los medicamentos y material de curación, de acuerdo al Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud.

Así como todas las acciones efectuadas deben ser anotadas por el personal de salud en el historial clínico, obviamente con respecto a este tipo de

atención domiciliaria, se incorporará la información al expediente clínico, bajo el cumplimiento del plan de manejo médico del enfermo en etapa terminal.

6. Medios proporcionados y desproporcionados o medios ordinarios y extraordinarios

Para efecto de este comentario la referencia a *medios* es a los medios terapéuticos, no a la calificación moral con respecto al proceder médico y sus formas. En la literatura médica y bioética se había utilizado la terminología de *medios ordinarios* y *extraordinarios* que más tarde fue reemplazada por la de *medios proporcionados* y *desproporcionados*.

La calidad de *ordinario* se adjudica a dos clases de medios: i) los medios necesarios y usuales para el tratamiento y curación de un paciente y que, hasta podrían ser renunciables, como las transfusiones sanguíneas, y ii) los medios indispensables, básicos y por lo mismo irrenunciables, lo que la Ley-V.A. llama “Medidas Mínimas Ordinarias”.²¹ Los medios extraordinarios, en contraposición, son las intervenciones, medicamentos o utilización de instrumentos, que al utilizarlos reportan: i) un mayor sufrimiento para el paciente; ii) un gasto desequilibrado con respecto del beneficio a obtener, o iii) existe gran dificultad de acceder a su aplicación. La Ley-V.A. se encamina a evitar la aplicación o continuación de los medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles, aunque los tres tipos de medios mencionados tienen diferente connotación, para efectos del tratamiento al enfermo terminal y en términos de la ortotanasia, resultan igualmente extraordinarios.

Ahora se utiliza el carácter de *proporcionado* o *desproporcionado* para evidenciar la relación costo/beneficio; no vista bajo la óptica mercantil, sino refiriéndose al balance entre riesgo, sufrimiento y desgaste, con respecto al beneficio o esperanza de beneficio razonable. Esta consideración siempre se hace respecto del tratamiento y sus beneficios, no con respecto al personal de salud, ni el paciente, ya que un mismo tratamiento puede resultar proporcionado para ciertos enfermos y desproporcionado para otros. No hay una aplicación objetiva y unívoca de estos medios, sino que resulta casuística, dependiendo de las condiciones de salud y circunstancias de vida

²¹ Artículo 3, fracción X. *Medidas Mínimas Ordinarias*: Consisten en la hidratación, higiene, oxigenación, nutrición y/o curaciones del paciente en etapa terminal según lo determine el personal de salud correspondiente.

del paciente. Tal puede ser esta situación, que en pacientes gravísimos, hasta la reanimación cardiaca²² podría convertirse en un medio desproporcionado o caer en la obstinación médica.

A diferencia de las medidas de sostenimiento o mínimas que no afectan al paciente sino al contrario, sirven para disminuir su sufrimiento, los medios proporcionados son otro tipo de intervenciones que se aplican con el fin o la intención de aliviar o curar. Mientras las primeras se aplican a enfermos en etapa terminal, los segundos se aplican a cualquier tipo de paciente o usuario de servicio de salud, como método médicamente prescrito para el tratamiento terapéutico.

II. Concepto de muerte en la legislación mexicana

El Reglamento-V.A. señala que una vez que el enfermo en etapa terminal fallezca, sea en su casa o en el hospital, el personal de salud expedirá el certificado de defunción correspondiente [a. 37, fracc. VII.], pero no hace ninguna otra referencia explícita al concepto de “muerte”.

La Ley-V.A. se refiere a la *muerte* en las definiciones de los conceptos de Ortotanasia, Sedación Controlada y Tanatología,²³ así como una de las causas para que termine el cargo de representante del enfermo en fase terminal, sea por muerte del representante o del representado. Pero no abunda sobre el concepto de “muerte” en la legislación vigente, ni sobre los efectos que la muerte produce.

El artículo 343 de la L.G.S. establece dos estadios en los que se considera que hay pérdida de la vida:

I. Cuando se presente la muerte cerebral:²⁴ para lo cual se requiere:

- a) Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos cerebrales.
- b) Ausencia de automatismo respiratorio.
- c) Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

²² Artículo 3, fracción XVI, de la Ley-V.A. *Reanimación*: Conjunto de acciones que se llevan a cabo para tratar de recuperar las funciones y/o signos vitales.

²³ Ley-V.A.: artículo 3, fracciones XIII, XVIII y XIX, respectivamente.

²⁴ Artículo 344 de la L.G.S.

O:

II. Se conjunten los signos de la muerte que se enumeran expresamente:

- a) La ausencia completa y permanente de conciencia.
- b) La ausencia permanente de respiración espontánea.
- c) La ausencia de los reflejos del tallo cerebral.
- d) El paro cardíaco irreversible.

La conjunción disyuntiva “o” entre ambas fracciones me hace afirmar que para la legislación mexicana basta la muerte cerebral para considerar que una persona ha perdido la vida.

La L.G.S. recomienda que la obtención de órganos o tejidos para trasplantes se haga preferiblemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida²⁵ más que de donadores vivos, por lo que considero que la legislación sanitaria estableció el criterio de muerte cerebral para determinar el momento en que se puede disponer del cuerpo para extraer los órganos y tejidos útiles para trasplantes. Esto último con base en el artículo 334 de la misma L.G.S., el cual dispone que para realizar trasplantes de donantes que hayan perdido la vida, deberán cumplirse requisitos tales como el de consentimiento, el de asegurarse que no exista riesgo sanitario y el de comprobar, previamente a la extracción de los órganos y tejidos, la pérdida de la vida del donante en los términos que precisa la ley, de acuerdo al citado artículo 343.²⁶

Cabe hacer notar que mientras la doctrina jurídica o bioética señalan categóricamente que los trasplantes de órganos pueden ser con disponente cadavérico, la legislación señala que se debe comprobar que el disponente haya “perdido la vida” y luego, la propia L.G.S. hace la distinción entre un sujeto que ha perdido la vida y un cadáver. El sujeto que ha perdido la vida, como hemos señalado, es aquel en el que se actualiza cualquiera de los dos supuestos del artículo 343 de la L.G.S.: o solamente tiene muerte cerebral o sólo presenta los signos de la muerte, mientras que cadáver, de acuerdo con artículo 314 de la misma Ley, es el cuerpo humano en el que se comprueba la presencia de los signos de muerte, haciendo alusión exclusivamente al segundo supuesto del multicitado artículo 343.²⁷

²⁵ Artículo 331 de la L.G.S.

²⁶ Artículo 334 de la L.G.S.

²⁷ Artículos 314, fracción II, y 343, fracción II, de la L.G.S.

Tanto el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, como el Reglamento de Cementerios del Distrito Federal, equiparan al cadáver con el sujeto que ha perdido la vida.²⁸ Pero para efectos de los trasplantes basta cualquiera de los dos tipos de muerte: la cerebral o la corporal, mientras que para los demás efectos de la disposición del cadáver, se deben corroborar necesariamente los signos de la muerte.

Este punto es en extremo delicado porque el no determinar el momento exacto de la muerte o manipularlo puede ser con la finalidad, no de ayudar al moribundo, sino de satisfacer intereses ajenos. El énfasis en la importancia de la determinación del momento de la muerte también radica en que éste conlleva otros efectos señalados en la legislación civil y penal:

1. En la esfera del difunto

- i) Extinción de la personalidad jurídica, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, a las que alude el artículo 22 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.
- ii) La consiguiente pérdida de los atributos de la personalidad, derechos personalísimos y garantías individuales.
- iii) Extinción de los derechos reales no transmisibles por herencia como el usufructo, uso y habitación.²⁹
- iv) Extinción de las obligaciones y contratos *intuitu personae*, tanto dentro de los ámbitos civil y mercantil, como laboral.
- v) Fin del matrimonio, la patria potestad, la adopción y la tutela o curatela: aunque parecería lógico afirmar que se establece también el fin de la filiación (paternidad/maternidad), con las técnicas de reproducción asistida y la crioconservación de gametos, percibir la muerte como una imposibilidad para la procreación ya no resulta tan claro.

²⁸ Artículo 6, fracción V, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, y artículo 11, fracción II, del Reglamento de Cementerios del Distrito Federal.

²⁹ Artículos 1038, fracción I, y 1053, del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

2. En la esfera de los demás sujetos³⁰

- i) Para los disponentes secundarios:³¹ la disposición y destino final del cadáver³² en cuanto a la donación, desintegración o inactivación de sus órganos, tejidos y células; a la inhumación, exhumación, incineración, práctica de necropsias, traslado, depósito, manejo, conservación permanente y embalsamamiento o destino con fines de docencia o investigación, en las condiciones permitidas por la legislación sanitaria y prohibidas por la legislación penal, tanto a nivel federal como local.³³
- ii) Para los médicos o autoridades sanitarias competentes: expedición del certificado de defunción en donde se determinan las causas de la muerte.³⁴
- iii) Para el funcionario del Registro Civil: asiento del acta de defunción la cual posee un carácter declarativo y probatorio.

³⁰ Cf. Diego Valadés y Miguel Carbonell, coords., *Diccionario jurídico mexicano*, t. II (D-H). Autor: Carmen García Mendieta, voz: *defunción*, p. 1015.

³¹ Artículos 13 y 15 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Disponentes secundarios: cónyuge, concubinario, concubina, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario; autoridad sanitaria competente; el Ministerio Público; la autoridad judicial; los representantes legales; instituciones educativas.

³² Cadáver entendido en los términos de los artículos 314, fracción II, y 343, fracción II, de la L.G.S.

³³ Artículo 314, fracción V, y capítulo V, del título decimocuarto [artículos 346 al 350 bis 7] de la L.G.S.

Artículos 6, fracciones IX y XI; 7, y 62, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Artículo 59 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Artículos 280 y 281 del Código Penal Federal.

Artículos 207 y 208 del Código Penal para el Distrito Federal.

³⁴ Artículos 91 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica (D.O.F., 29 de abril de 1986) y 62 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

- iv) Para el Ministerio Público o autoridad judicial: intervención en caso de muerte violenta o presuntamente vinculada a la comisión de hechos ilícitos y ordenar la práctica de necropsias.³⁵
- v) Para los herederos: apertura de la sucesión del *de cujus*, ya sea por testamento o sucesión legítima y la determinación para los herederos de su capacidad para adquirir por herencia o legado.³⁶
- vi) Para los beneficiarios de un contrato de seguro: nace el derecho al cobro del seguro de vida.
- vii) Para la familia: pago de una indemnización si la muerte es causada por accidente o negligencia.
- viii) Para el cónyuge, concubino o conviviente: disolución del vínculo matrimonial, de la relación y de la sociedad de convivencia.
- ix) Para el Estado en el ámbito penal: extinción de la pretensión punitiva en el caso del inculpado y, de las sanciones, penas o medidas de seguridad impuestas al sentenciado, a excepción de la reparación del daño y el decomiso de instrumentos.³⁷

III. Conclusión

Aunque el Reglamento-V.A. tiene la función evidente de hacer ejecutable la Ley-V.A., también tiene la función de llamar la atención sobre el tema del trato hacia el enfermo en etapa terminal. El que se diga que hay que respetar la dignidad del enfermo es parte de un discurso políticamente correcto; lo importante sería llevar el discurso al plano de la práctica. Este binomio conformado por la Ley-V.A. y el Reglamento-V.A. pueden ser instrumentos útiles, no sólo para hacer conciencia, sino para que prácticas médicas correctas, como la ortotanasia, sean instauradas como procedimientos obligatorios.

Los instrumentos de derechos humanos tienen la misma función: con-mover para lograr cambios, promover prácticas de respeto e implementar las reformas jurídicas y sociales necesarias para la defensa de la dignidad.

³⁵ Artículos 92 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y 70 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

³⁶ Artículos 1281 y 1649 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁷ Artículos 91 del Código Penal Federal, y 94, fracción II, y 98, del Código Penal para el Distrito Federal, respectivamente.

Este binomio, que mencioné anteriormente, puede ser un ejemplo válido y valioso de cómo pueden y deben respetarse los derechos más fundamentales de los enfermos, como lo son la vida, la autonomía y la integridad física y psíquica.

NOTA FINAL: Se adjuntan al final de este comentario los dos tipos de formatos emitidos por la Secretaría de Salud del Distrito Federal, sea el que debe ser suscrito por el enfermo terminal, o el que es suscrito por el representante del enfermo cuando éste sea incapaz o menor de edad.

IV. Bibliografía y legislación

Enfermos mentales e inimputables. Documentos nacionales e internacionales, México, CNDH, 1995.

ROA, Armando, *Ética y bioética*, Chile, Andrés Bello, 1998.

VALADÉS, Diego y Miguel Carbonell, coords., *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa / UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, t. II (D-H).

1. Legislación federal e instrumentos internacionales

Declaración de Lisboa, adoptada por la 34a. Asamblea de la Asociación Médica Mundial (AMM) en Lisboa, Portugal, durante septiembre-octubre de 1981.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Resolución 217A(III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 2 de mayo de 1948.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, proclamada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado por la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Convención sobre los Derechos del Niño, firmada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969.

Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de febrero de 1984.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 20 de febrero de 1985.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 de abril de 1986.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 6 de enero de 1987.

Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 Del Expediente Clínico, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 de septiembre de 1999.

Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 14 de agosto de 1931.

Código Civil Federal, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 1 de septiembre de 1932.

2. Legislación local

Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 26 de mayo de 1928.

Ley de Salud para el Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 15 de enero de 1987.

Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo de 2008.

Reglamento de Cementerios del Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 28 de diciembre de 1984.

Anexos



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

FORMATO NÚMERO CEVA/_____/20____

| Unidad Médica Hospitalaria | |
|----------------------------|-------|
| Nombre: | _____ |
| Domicilio: | _____ |
| Área de atención: | _____ |

| Datos del enfermo en etapa terminal | | | |
|-------------------------------------|-------------|---------------------|-----------------------|
| Nombre: | | No. de Expediente: | |
| Domicilio: _____ | | | |
| Edad: _____ | Sexo: _____ | Estado Civil: _____ | Identificación: _____ |
| Nacionalidad: _____ | | Ocupación: _____ | Folio: _____ |
| Dx. Terminal: _____ | | Teléfono: _____ | |

El que suscribe, por mi propio derecho y con plena capacidad de ejercicio, manifiesto que se me ha explicado la enfermedad que padezco, la cual ha sido médicamente diagnosticada como terminal de conformidad con lo establecido en el artículo 3, fracción VI, de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; y artículo 2, fracción III, del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal por lo que actuando de manera libre de coacción, consiente, seria, inequívoca, y reiterada **expreso mi decisión para no ser sometido a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados e innecesarios, encaminados a prolongar mi vida, protegiendo en todo momento mi dignidad.**

| | | | | | |
|---|----|--------------------------|----|--------------------------|---|
| Manifestación para Donación de Órganos | sí | <input type="checkbox"/> | no | <input type="checkbox"/> | Con fundamento en el artículo 8, fracción IV, de la Ley de Voluntad Anticipada. |
|---|----|--------------------------|----|--------------------------|---|

Designo como mi representante, para la verificación del cumplimiento exacto de lo antes dispuesto a:

| Datos del Representante | | | |
|-------------------------|--|-----------------------|--|
| Nombre: _____ | | | |
| Domicilio: _____ | | | |
| Edad: _____ | | Teléfono: _____ | |
| Sexo: _____ | | Identificación: _____ | |
| Estado Civil: _____ | | _____ | |



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

| | | |
|---------------|------------|--------|
| | | Folio: |
| Nacionalidad: | Ocupación: | |

Designo como testigos, que concurrieron a la celebración del presente acto y verificaron que mi voluntad fue manifestada a:

| Datos de los Testigos | | | |
|-----------------------|---------------|-----------------|---------------|
| Nombre: | | Nombre: | |
| Domicilio: | | Domicilio: | |
| Teléfono: | Edad: | Teléfono: | Edad: |
| Sexo: | Estado Civil: | Sexo: | Estado Civil: |
| Identificación: | Folio: | Identificación: | Folio: |
| Nacionalidad: | | Nacionalidad: | |
| Ocupación: | | Ocupación: | |

| Observaciones |
|----------------------|
| Observaciones: _____ |
| _____ |
| _____ |

La aplicación de las disposiciones establecidas en el presente Formato exime de responsabilidad, sea de naturaleza civil, penal o administrativa, a quien interviene en su realización, si actúa en concordancia con las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, su Reglamento y demás legislación aplicable.

En México, Distrito Federal, siendo las ___ horas, con ___ minutos, del día ___ del mes _____ del año 20__.

ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

REPRESENTANTE

TESTIGO

TESTIGO



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL SUSCRIPTOR Y REPRESENTANTE DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

FORMATO NÚMERO CEVA/_____/20__

| Unidad Médica Hospitalaria | |
|----------------------------|-------|
| Nombre: | _____ |
| Domicilio: | _____ |
| Área de atención: | _____ |

| Datos del enfermo en etapa terminal | | | |
|-------------------------------------|-------------|---------------------|-----------------------|
| Nombre: | | No. de Expediente: | |
| Domicilio: _____ | | | |
| Edad: _____ | Sexo: _____ | Estado Civil: _____ | Identificación: _____ |
| Nacionalidad: _____ | | Ocupación: _____ | Folio: _____ |
| Teléfono: _____ | | | |
| Dx. Terminal: _____ | | | |

| Datos del Suscriptor y Representante | | | |
|--|-------------|---------------------|-----------------------|
| <small>(Cuando el enfermo se encuentre impedido para manifestar su voluntad, sea menor de edad, o incapaz legalmente declarado, según lo establecido en el artículo 7, fracciones III y IV, 19 y 20 de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal)</small> | | | |
| Nombre: _____ | | | |
| Domicilio: _____ | | | |
| | | | Teléfono: _____ |
| Edad: _____ | Sexo: _____ | Estado Civil: _____ | Identificación: _____ |
| Nacionalidad: _____ | | Ocupación: _____ | Folio: _____ |
| | | | Parentesco: _____ |

El que actúa en calidad de suscriptor y representante con plena capacidad de ejercicio, manifiesto que se me ha explicado la enfermedad que padece por quien suscribo, la cual ha sido médicamente diagnosticada como terminal de conformidad con lo establecido en los artículos 3, fracción VI, de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; y artículo 2, fracción III, del Reglamento para la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal por lo que actuando de manera libre de coacción, consciente, seria, inequívoca y reiterada expreso la decisión de que no sea sometido a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados e innecesarios, encaminados a prolongar su vida, protegiendo así en todo momento su dignidad.

| | | | | | |
|--|----|--------------------------|----|--------------------------|---|
| Manifestación para Donación de Organos | sí | <input type="checkbox"/> | no | <input type="checkbox"/> | *Con fundamento en el artículo 8, fracción IV, de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. |
|--|----|--------------------------|----|--------------------------|---|



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL SUSCRIPTOR Y REPRESENTANTE DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

Nombre como testigos, que concurrieron al acto y verificaron que mi voluntad fue manifestada a:

| Datos de los Testigos | | | |
|-----------------------|---------------|-----------------|---------------|
| Nombre: | | Nombre: | |
| Domicilio: | | Domicilio: | |
| Teléfono: | Edad: | Teléfono: | Edad: |
| Sexo: | Estado Civil: | Sexo: | Estado Civil: |
| Identificación: | Folio: | Identificación: | Folio: |
| Nacionalidad: | | Nacionalidad: | |
| Ocupación: | | Ocupación: | |

| Observaciones. |
|----------------|
| |
| |
| |
| |
| |

La aplicación de las disposiciones establecidas en el presente Formato exige de responsabilidad, sea de naturaleza civil, penal o administrativa, a quien interviene en su realización, si actúa en concordancia con las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, se Reglamento y demás legislación aplicable.

En México, Distrito Federal, siendo las ____ horas, con ____ minutos, del día ____ del mes _____ del año 20____.

SUSCRIPTOR Y REPRESENTANTE

TESTIGO

TESTIGO

El derecho a la protección de la salud, garantía individual

María Elena Lugo Garfias*

SUMARIO: Introducción. I. Hechos. II. Análisis constitucional de conflicto. 1. Argumentos de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en Pleno. 2. Argumentos adicionales. 3. Derechos violados. III. Dictamen teórico y constitucional. IV. Conclusión.

Rubro: SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. Localización: novena época; instancia: Pleno; fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*; tomo: XI, marzo de 2000, página: 112, tesis: P. XIX/2000, tesis aislada, materia(s): constitucional.

Introducción

Un derecho económico y social como lo es el de la protección de la salud no es fácil de argumentar teóricamente de manera general, porque en principio tiene una naturaleza jurídica distinta en los diversos Estados que lo incluyen en su documento constitucional; puede ser como un principio, un derecho o una garantía y de ahí que a la hora de promover una acción de cumplimiento se pueda encontrar con tratamientos distintos, que lo pueden aceptar como un derecho humano, mas no subjetivo público y, en todo caso, no de acción constitucional directa, sino individual pero derivado de una ley ordinaria; se trata de un grupo de derechos heterogéneos que finalmente pueden llegar a requerir de una acción posi-

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

tiva mediante un desembolso, al igual que algunos de los derechos civiles y políticos, no sólo implican una acción negativa por parte del Estado, sino también positivas y que, en casos como éste, reafirman la acción constitucional directa y los alcances de su contenido.

I. Hechos

Se trata del amparo en revisión número 2231/1997, promovido por José Luis Castro Ramírez contra actos del secretario de Salud y de otras autoridades, consistentes en la emisión del cuadro básico y catálogo de medicamentos 1996, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 15 de noviembre de 1996.¹

El juicio es iniciado por un derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social (son derechohabientes de ese instituto de carácter público todas aquellas personas que trabajan para empresas privadas y cotizan patrón y trabajador para el mismo o que pagan por su cuenta el acceso a los servicios), quien padece el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), señala el hecho de que el Sector Salud tiene un Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos, que en el momento en el que promovió no incluía ciertos medicamentos debidamente registrados y necesarios para tratar a los enfermos de SIDA, a los que se podía acceder en el mercado, pero que él esperaba le fueran prescritos y suministrados, lo que no ocurrió así, considerando que con ello le es violado su derecho a la protección de la salud.

II. Análisis constitucional de conflicto

1. Argumentos de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en Pleno

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho a la protección de la salud, como una adición al mismo en febrero de 1983 y remite a la ley reglamentaria para que defina las bases y modalidades de acceso a tal derecho, en este caso, la Ley General de Salud del 7 de febrero de 1984, en el momento en que se desahoga el

¹ 100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (novena época), 2a. ed., México, Poder Judicial de la Federación, 2000, p. 223.

asunto comprendía la atención, asistencia social, información y recepción de medicamentos, al igual que hoy en día con la acotación de que el artículo 27 establece que entre los servicios básicos de salud, se encuentra la “fracción VIII. La disponibilidad de medicamentos y otro insumos esenciales para la salud”, es decir, aclara que éstos deben estar en condición de ser suministrados cuando el derechohabiente lo requiera.²

El fin de la presente sentencia es establecer los alcances del derecho a la protección de la salud, incluido en la Ley Fundamental, título primero, capítulo I “De las garantías individuales”, concluyendo que no obstante que se trate de una enfermedad en la que los medicamentos fueron descubiertos hace poco tiempo o bien que hay otras enfermedades que por diversas causas requieren que se concentre la atención en ellas, eso no constituiría un obstáculo para que se deje de atender ésta; en este sentido, el tratamiento oportuno al enfermo es eficaz cuando comprende la recepción de los medicamentos básicos para la atención de la enfermedad, y aún más, el derecho individual de recibir los medicamentos es independiente de las justificaciones por las que no se los proporcionaron.

Por otro lado, la mejor opción de tratamiento médico y de curación es aquella por la que se entiende que se obtendrá una mayor calidad y cantidad de vida, en consecuencia el medicamento esencial para la salud es el que ofrecerá una mayor eficacia para el enfermo; en este sentido, el derecho a la protección de la salud no se considera cumplido si proporciona medicamento, sino el que se prescriba y suministre, debe procurar satisfacer tal extremo.

Se agrega que ni las autoridades ni los particulares determinarán cuáles son los medicamentos esenciales para la salud, aunque tampoco lo decidirán los gobernados, sino que deberá ser la mejor elección para el tratamiento.

Por último, la Ley General de Salud establece diversas obligaciones a las autoridades para que se pueda cumplir con la disponibilidad de medicamentos esenciales para la salud, “como un componente básico de la garantía individual que nos ocupa”, con el presupuesto de que tales medicinas deben concentrarse en el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos, que como ya se mencionó la inclusión no es a discreción de las autoridades, sino siguiendo el principio de esencialidad para la salud, una vez

² Se agregan las fechas de la regulación constitucional y legal, así como la actualización para contextualizar.

acreditados debe introducirse “constituye una obligación constitucional de las autoridades”.

2. Argumentos adicionales

El artículo 4o. comienza el enunciado refiriéndose a “toda persona tiene derecho...”, por lo que puede ser de ejercicio individual, y en casos concretos se puede solicitar amparo conforme al artículo 103 constitucional, fracción I: “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales”.³ También hay los casos en que las prescripciones son a favor de la familia como entidad, los niños y el caso de los trabajadores que se refiere a ellos como colectivo y que respecto de estos últimos hay algunos derechos que sólo pueden exigirse así, por lo que para ambas circunstancias, a la vez los caracteriza como derechos sociales dirigidos al grupo, pero en casos concretos de ejercicio individual.

En el caso del derecho a la protección de la salud, por ejemplo, se presenta el ejercicio individual cuando se trata de la atención, asistencia social, información y recepción de medicamentos, y se constituye el ejercicio colectivo, en razón de las políticas de salud, infraestructura, etcétera, servicios que se desprenden de la Ley General de Salud.

Ariel Rojas Caballero hace una distinción entre garantías individuales y sociales, consistente en que las primeras son “exigibles por el gobernado en forma directa... [y las segundas] son de eficacia indirecta”,⁴ ya que requieren de una ley reglamentaria y de instancias procesales donde plantear su contenido.

Juan Manuel Acuña, en una revisión de las decisiones de diversos tribunales sobre derechos económicos y sociales, identificó algunos criterios coincidentes, uno de ellos, es la “Protección a los derechos sociales por su carácter de condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales”,⁵ si los derechos sociales quedan comprendidos en el principio de autonomía se entenderá la cobertura de ciertas condiciones mate-

³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, CNDH, 2007, p. 122.

⁴ Ariel Alberto Rojas Caballero, *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002, pp. 582 a 588.

⁵ Juan Manuel Acuña, “Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia jurídica de los derechos sociales en la experiencia comparada”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, México, julio-diciembre de 2006, pp. 3 a 28.

riales mínimas para el disfrute de otros derechos como la libertad y la vida, el derecho a la salud es inherente a la existencia digna del hombre, sobre todo protegido a las personas con debilidad económica manifiesta, además de que con ello se busca el aseguramiento fundamental del derecho a la vida.

El cumplimiento del derecho a la protección de la salud en las modalidades señaladas no puede admitir justificaciones regresivas sobre contenidos logrados, es decir, sobre la eficacia social alcanzada no puede retroceder la justicia social de un Estado con principios económicos y sociales⁶ que no cumple con los derechos humanos de la persona reconocidos por la Constitución rompe su vínculo con ella, en consecuencia, si en la ley se establece la disponibilidad de los medicamentos es inviable su restricción con argumentos que ponen en desventaja a quienes padecen ciertas enfermedades por atender otras.

3. Derechos violados

La acción de la autoridad al no proporcionar el medicamento esencial para ofrecer el tratamiento eficaz al enfermo no sólo viola el derecho a la protección de la salud, establecido en el artículo 4o., párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el entonces artículo 24 de la Ley General de Salud, sino también el derecho a la vida por tratarse de la condición necesaria para el desarrollo de los demás derechos, mismo que se deducía de la previsión del artículo 14, párrafo segundo, de la Carta Magna hasta la reforma de 2005 y ahora se entiende implícito, a la libertad por el impedimento que causa no contar con las condiciones materiales debidas para su desarrollo, y la dignidad como presupuesto de los derechos humanos, ya que al derivarse los derechos enunciados de la misma debiera pugnarse en todo momento por su cumplimiento.

III. Dictamen teórico y constitucional

La dignidad es el presupuesto de los derechos humanos, la relativización de mis derechos en beneficio común, mediante una decisión racional, para que sean respetados los de todos, ha llevado a la posibilidad de la existen-

⁶ José Alfonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, UNAM, 2003, p. 151.

cia digna y de la capacidad de darse cuenta cuando no es el caso, por esa capacidad de indignación ante una violación a un derecho humano, un derecho fundamental o una garantía individual es que debe existir la posibilidad de exigir su cumplimiento y para ello el instrumento que lo concrete mediante una acción jurisdiccional, ya sea directa de la Constitución o bien de la ley ordinaria que los reglamenta, porque esa posibilidad se crea del vínculo entre la persona, su entorno y la protección por el Estado.

En ese sentido, tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, si se encuentran establecidos en la Constitución de un Estado, a decir de Luis Prieto Sanchís, “los principios rectores son enunciados constitucionales y todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido esencial o núcleo indisponible para el legislador”,⁷ y es que si pudieran ser modificados no sería congruente que se previeran en la Ley Suprema, o que aparecieran en ésta para luego no poder ser exigidos, la problemática radica en que muchas veces importan gastos no previstos en los presupuestos de los gobiernos y que no pueden ser determinados por el poder judicial.

Sin embargo, en el caso de los derechos económicos y sociales se trata de derechos, ya que son defendibles,⁸ unos localizados como garantías individuales y derechos y otros desarrollados por las leyes correspondientes, por lo que si ya están previstos no se pueden limitar, no puede contraponerse el principio de no regresividad.

Por último, al ser normas constitucionales de eficacia limitada jurídicamente, pero que en el caso mexicano, no obstante sus características sociales fueron colocadas dentro de las garantías individuales y al corresponder a toda persona el derecho a la protección de la salud, es permitido su ejercicio individual, cumpliendo con el principio de legalidad y aún más, cuando un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo reconoce como una garantía individual y por lo tanto de acción directa de la Constitución, no obstante, la reserva de ley que el propio artículo 4o. hace y que además explicita sus alcances.

⁷ A propósito de la Constitución Española de 1978, título I, capítulo tercero, Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, p. 58.

⁸ Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales, concepto y garantía*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 23 y 24.

IV. Conclusión

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen características sociales, pero pueden ser de ejercicio individual, en el caso de la protección de la salud, no sólo se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el capítulo de las garantías individuales, sino que ahora es reconocido por un criterio como tal y susceptible de acción directa de la Ley Fundamental, además de establecer los alcances de su contenido, ha sido constituida como una norma constitucional de eficacia limitada, pero con un contenido indisponible para el legislador, tan es así que su contenido ha sido determinado por la Ley General de Salud incluyendo en la atención médica la disponibilidad de los medicamentos esenciales para la salud, lo que nos muestra un posible camino para exigir el cumplimiento de los otros derechos económicos y sociales y que guiará su futuro hacia la garantía plena de todos.

Comentario bibliográfico

Ida L. BOSTIAN, *Cultural Relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda* en bepress (Berkeley Electronic Press), 2005, Paper 656, en: [http:// law.bepress.com /cgi/ viewcontent.cgi? article =3173&context =expresso](http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso), consultado en septiembre de 2007.

El propósito de este estudio es retomar las experiencias del International Criminal Tribunal for Rwanda, el tribunal establecido para investigar y castigar el genocidio cometido en Ruanda. La autora considera que se trata de un ejemplo clásico de aplicación de criterios universales de derechos humanos que no tomaron suficientemente en cuenta las condiciones históricas y culturales imperantes, lo que derivó en resultados controvertidos, parciales y que no alcanzaron la legitimidad esperada. Bostian considera que, además de la discusión llevada a cabo por Donnelly para tipificar las formas de relativismo, existe en el debate mundial una percepción de que se trata de dos “caras” al describir el Relativismo Cultural. Este maniqueísmo debe evitarse a toda costa si en realidad se quiere lograr una eficaz defensa de los derechos humanos en casos tan violentos como el genocidio ocurrido en Ruanda durante la pasada década.

La profesora Ida L. Bostian ha sido Teaching Scholar (2006-2007) del Center for Social Justice de la Santa Clara School of Law. Ha impartido cursos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Teoría Crítica Racial e Introducción al Derecho Internacional en Ginebra. Se ha enfocado al estudio de los derechos humanos en el plano internacional, así como en las relaciones exteriores de Estados Unidos y en la Ley de Seguridad Nacional de ese país. Su posición ha sido muy crítica de la actuación de algunos funcionarios del gobierno, especialmente de Donald Rumsfeld. Académicamente, Bostian se formó en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Georgetown University Law Center y en la University of Colorado School of Law.¹ En la actualidad se encuentra realizando una investigación acerca del holocausto armenio, un genocidio que ha permane-

¹ Center for Social Justice and Public Service, Santa Clara School of Law, 2006-07 Teaching Scholar Ida Bostian, en [http:// www.scu.edu /law /socialjustice /2006-07 -teaching-scholar.cfm](http://www.scu.edu/law/socialjustice/2006-07-teaching-scholar.cfm), consultado en mayo de 2008.

cido en relativa oscuridad debido a los esfuerzos de diversos gobiernos por ocultarlo.²

Basada en Donnelly, Bostian argumenta que las condiciones idealizadas de preservación “pura” de las culturas no existen en la realidad. Donnelly postula que en el mundo globalizado el aislamiento ha sido minimizado de tal forma que la inmensa mayoría de las personas se encuentran inmersas en redes de flujo de información, comercio e intercambio de todo tipo. En este contexto la “pureza” de las culturas es un tema muy débil y una entusiasta aceptación de ciertas prácticas o bienes de Occidente, el rechazo a la práctica de los derechos humanos parece tener casi siempre un trasfondo político. Donnelly considera que no debe admitirse el argumento antiuniversal en el sentido obvio de rechazo sólo a los valores que no son convenientes para un gobierno, régimen o posición política específica.³ Bostian sostiene que la tensión entre universalismo y relativismo cultural está en el centro de los crímenes de guerra y su persecución. Los extremos de cada posición han probado ser graves obstáculos para la solución, investigación e impartición de justicia en el caso de Ruanda. Las posiciones relativistas culturales llevan frecuentemente a ignorar los crímenes de guerra fuera de Occidente, como ocurrió en las primeras fases del conflicto africano. Dejar de lado las particularidades culturales de un contexto histórico específico para tratar de aplicar una política universal resulta igualmente equivocado e improductivo.⁴

Bostian, basada en varios casos africanos, propone utilizar el Relativismo Cultural como instrumento para la defensa de los derechos humanos, específicamente en el campo de la investigación por crímenes de guerra. Mark Drumbl ha llegado a la conclusión de que en esta labor se debe considerar al genocidio como uno de los crímenes más graves y que debe ser atendido por la comunidad internacional debido a una serie de factores constantes. Cada genocidio tiene características particulares y las modalidades de rendición de cuentas y proceso de “sanación” de las heridas sociales deben ser específicas para cada caso. Las políticas para enfrentar un genocidio deben responder a una “perspectiva contextual” (contextual approach) y evitar una perspectiva deontológica, que casi siempre selecciona solamente una serie de individuos y los hace culpables únicos de un proceso más complejo. “Los procesos basados en la cultura y prácticas regionales pueden crear un sentido mayor de familiaridad (familiarity) entre las víctimas

² Robert Fisk, *The Great War for Civilisation: The Conquest of the Middle East*, Nueva York, Vintage, 2006, pp. 364-366.

³ Cf. Jack Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., Boulder, Westview Press, 2006 (Dilemmas in World Politics).

⁴ Ida L. Bostian, *Cultural relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda* en bepress (Berkeley Electronic Press), 2005, Paper 656, pp. 1-4, en: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso>, consultado en septiembre de 2007.

que el procedimiento potencialmente alienador de un juicio".⁵ La discusión acerca de la importancia de la cultura y las circunstancias históricas trasciende el plano teórico cuando se trata, como en el caso de Ruanda, de un genocidio con raíces y causas virtualmente desconocidas para Occidente. Esta falta de sensibilidad y análisis llevó al International Criminal Tribunal for Rwanda a perder legitimidad ante las comunidades locales. Pero el resultado y sus críticas también condujeron a su escaso prestigio y valoración internacional. Un estudio antropológico-histórico mejor realizado y utilizado habría llevado a resultados de mayor relevancia en ambos planos, según Bostian. Propone analizar el papel de la sensibilidad y las percepciones culturales en tres diferentes niveles del International Criminal Tribunal for Rwanda:

- El papel de la cultura en la obtención y presentación de testimonios ante la corte.
- La aplicación de la normatividad internacional y que tan bien se ajusto en el caso de Ruanda.
- El proceso y emisión de las sentencias del International Criminal Tribunal for Rwanda en el plano de valores y percepciones de los miembros del tribunal.

Las causas del genocidio en Ruanda han sido estudiadas por muchos, pero es difícil encontrar análisis que no se dediquen únicamente a tratar de identificar o fabricar culpables. Más allá de las culpas, tema que rebasa el texto, el origen puede situarse en el veloz desarrollo demográfico basado en la agricultura colonial, el empleo de criterios étnicos con propósitos administrativos por parte de los belgas durante su ocupación y una gradual pauperización y deterioro ecológico derivado al menos en parte del calentamiento global y el avance desértico del Sahara. Los factores climáticos, económicos y políticos llevaron a la polarización social, incluyendo las confrontaciones étnicas entre hutus y tutsis.⁶

El caso de Ruanda subraya la importancia de contar con una perspectiva cultural adecuada sin permitir que este relativismo cultural, de ninguna manera implique:

⁵ Drumbl 2000 y 2005, citado por I. L. Bostian, *Cultural relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda* en bepress (Berkeley Electronic Press), 2005, Paper 656, pp. 10-13, en: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso>, consultado en septiembre de 2007.

⁶ Jared Diamond, *Collapse: How Societies Choose to Fail or Succeed*, Nueva York, Penguin Books, 2006, pp. 311-328.

- Negar o minimizar las acciones y hechos que constituyen violaciones y crímenes contra la humanidad, incluyendo la definición, persecución y establecimiento de tribunales con este propósito.
- La experiencia demuestra que estos tribunales deben ser híbridos puestos que la participación mixta asegura una mayor legitimidad al procesos y a sus resultados.

Para Bostian los riesgos implícitos de la imposición de un tribunal externo hacen pensar en la idoneidad de hacerlo sólo en caso de que la nación se niegue a investigar seriamente sus violaciones masivas internas.⁷

El conocimiento puntual y práctico de una cultura permitirían a los tribunales al menos dos resultados inmediatos:

- Conocer la forma y condiciones para llegar a la verdad en cada caso y circunstancia.
- Encontrar la manera idónea de proteger o reparar los daños a los derechos humanos en cada condición, de modo que se preserven sus principios de universalidad a través de mecanismos particulares.

El texto de Bostian en una demostración clara de la utilidad de emplear instrumentos y conceptos teóricos de las ciencias sociales en la defensa de los derechos humanos. La historia y la antropología sirven para entender y explicar el contexto en el cual se cometen las violaciones, así como para investigarlas, castigarlas y, en su caso, corregirlas a fin de evitarlas. El caso de Ruanda, con su complejo proceso de transformación colonial, acentuación de las pugnas étnicas y crisis alimentaria y social derivada de múltiples factores resulta paradigmático. Sin la historia y la antropología parece imposible entender y corregir casos semejantes. La ignorancia del pasado y el presente protegen el autoritarismo, origen de la intolerancia y causa última de las violaciones de los derechos humanos. Sólo con la antropología y la historia lograremos el conocimiento imprescindible para implementar sistemas adecuados para la protección y defensa de los derechos humanos.

Carlos BROKMANN HARO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

⁷ I. L. Bostian, *Cultural relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda* en *bepress* (Berkeley Electronic Press), 2005, Paper 656, pp. 18-42, en: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso>, consultado en septiembre de 2007.

Comentario bibliográfico

Jack DONNELLY, *International Human Rights*, 3a. ed. revisada, Boulder, Westview Press, 2006 (Dilemmas in World Politics).

El libro *International Human Rights* de Jack Donnelly es considerado en Estados Unidos desde su primera edición como uno de los textos esenciales de la teoría de los derechos humanos en el plano de las relaciones internacionales. Como ha dicho atinadamente un reseñista, se trata de una obra que combina las raras cualidades de ser de fácil y amena lectura, fungir como libro introductorio para el universitario y constituir una excelente fuente de consulta por la manera en que fue concebida y organizada.¹ En la contraportada del libro la revista *Foreign Affairs* sintetiza de esta manera su contenido:

El amplio panorama que abarca este libro analiza todos los aspectos de los derechos humanos, retomando elementos de la teoría política, la sociología y las relaciones internacionales tanto como del derecho internacional... [Jack Donnelly] enfrenta exitosamente dos de los principales retos a la noción de la universalidad de los derechos humanos; el argumento de que algunas sociedades no occidentales no están sujetas a normas occidentales y la idea de que el desarrollo económico requiere el sacrificio de algunos derechos humanos.

La cobertura temática puede parecer excesiva, pero el autor ha ido afinando su presentación y orden en cada nueva edición. Para algunos comentaristas podría considerarse en vías de convertirse en un clásico por su claridad y agilidad narrativa.

El autor se doctoró realizando una investigación acerca del desarrollo conceptual de los derechos humanos en Ciencias Políticas por la Universidad de California en Berkeley en 1982. A partir de este interés temprano ha dedicado la mayoría de sus obras, varias de las cuales han sido traducidas a nueve idiomas, a diferentes aspectos teóricos y pragmáticos de los derechos humanos. Entre sus

¹ Reseña de Jack Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., en <http://www.amazon.com/Universal-Human-Rights-Theory-Practice/dp/0801487765>, consultada en mayo de 2008.

obras se cuentan *The Concept of Human Rights, Universal Human Rights in Theory and Practice* (segunda edición, 2003) e *International Human Rights* (tercera edición, 2006), además de decenas de artículos y otras publicaciones. En su propia opinión, es reconocido principalmente por su análisis de la relación entre los derechos humanos y el relativismo cultural. En síntesis propone que se utilice un enfoque relativamente universalista para implementar el marco normativo reconocido internacionalmente. Otra línea de investigación que ha desarrollado abarcó el estudio de la perspectiva realista en la política y las relaciones internacionales, una doctrina que en general se considera contrapuesta a los derechos humanos. A contrapelo de la mayoría, sugiere que el realismo es muy variado y que en realidad la determinación de los “intereses nacionales” puede y debe incorporar criterios de derechos humanos de manera intrínseca para la construcción de una democracia liberal e inclusive en casos en los que se trata de países no occidentales.²

Donnelly actualiza esta tercera edición con el propósito de que continúe siendo un texto obligado en los estudios universitarios de los derechos humanos. Por este motivo la obra ha aumentado notablemente frente a su primera edición (1997) e incorporado una serie de discusiones tanto teóricas como pragmáticas que han surgido en estos años. Uno de los elementos que más destaca es la inclusión de capítulos específicos referentes al terrorismo, su combate y los efectos que esta guerra ha tenido en el sistema internacional. Considera que la actualización resulta no solamente inevitable, sino benéfica en tanto siempre ha sostenido la posición de que la adopción de los valores e instrumentos de los derechos humanos ha sido un proceso que históricamente no puede considerarse globalizado sino después de la Segunda Guerra Mundial. Antes de este periodo las violaciones a los derechos humanos habían sido consideradas un problema de política interna, incluyendo los genocidios contra judíos, ucranianos y armenios. Esta aparente omisión se basa en que durante tres siglos las relaciones internacionales se basaron en el principio de soberanía y su derivación, el principio de la no intervención. Los valores tradicionales alcanzaron un punto vergonzoso y patético con el Holocausto en el que la Alemania nazi sistemáticamente masacró millones de judíos, gitanos, homosexuales, enfermos mentales, comunistas, católicos y a todo grupo étnico, político, religioso y cultural que no entrase en sus planes. Esta es la base para la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y del origen de *International Human Rights* como libro de texto para el estudio de los derechos humanos en el contexto internacional.³

Con base en algunas de sus obras más recientes, Donnelly ha planteado que dentro de la teoría anglosajona predominante los derechos humanos enfrentan

² Jack Donnelly, Andrew Mellon Professor, Graduate School of International Studies, University of Denver, en <http://mysite.du.edu/~jdonnell/>, consultado en mayo de 2008.

³ J. Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., Boulder, Westview Press, pp. 3-8, 2006 (Dilemmas in World Politics).

dos grandes obstáculos; la *Realpolitik* o realismo político y el Relativismo Cultural. El realismo tiene sus raíces en la perspectiva pragmática y alejada del idealismo que caracteriza a pensadores e historiadores tan disímiles como Tucídides y Maquiavelo. Al enfatizar que el poder y la seguridad predominan en la vida política, se argumenta que los principios morales universales no pueden ser aplicados en las acciones del Estado, ya que lleva a la ineficiencia y hace vulnerable a quien los aplica en el terreno de las relaciones internacionales. De esta manera, los realistas arguyen que sólo las consideraciones del interés nacional deben ser tomadas en cuenta al formular dichas políticas. En Estados Unidos, teóricos como George F. Kennan (uno de los principales autores y asesores de la política “pragmática” alejada de la normatividad internacional) han significado un obstáculo a los principios de los derechos humanos cuando proponen que:

Es difícil ver cualquier tipo de promesa en una política norteamericana que se proponga corregir y mejorar los hábitos de una gran parte de la población mundial. El mal gobierno... ha sido la condición común de la mayoría de la humanidad por siglos y milenios en el pasado. Va a continuar siendo la condición dominante sin importar cuan valientemente se enfrenten los norteamericanos a los molinos de viento.⁴

Es cierto que las demandas de moralidad frecuentemente entran en conflicto con los intereses definidos por quienes se encuentran en el poder. Pero también es igualmente cierto que la defensa de los derechos humanos puede y debe constituir parte de los intereses vitales de cualquier país, sirviendo como instrumento para el desarrollo.

Donnelly propone que los derechos humanos se han transformado, junto con la paz, la democracia y el desarrollo, en un tema normativo dominante en la postguerra fría. La expresión ética de los derechos humanos más acabada y utilizada en general es constituida por dos documentos cuya importancia para el funcionamiento contemporáneo de los sistemas internacionales es insoslayable. En primer término, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que situó a éstos como el eje de las relaciones entre las naciones y en segundo lugar, la Convención Internacional de los Derechos Humanos. Los Estados los han reconocido universalmente y se invocan por parte de la oposición política en todo el mundo en los niveles nacional, subnacional y transnacional. De hecho reflejan una imagen atractiva y coherente de una sociedad constituida por individuos iguales y autónomos.⁵

⁴ George F. Kennan, citado por J. Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., Boulder, Westview Press, p. 32, 2006 (Dilemmas in World Politics).

⁵ J. Donnelly, “Ethics and international human rights”, en Jean-Marc Coicaud y Daniel Warner, eds., *Ethics and international affairs: Extents and limits*, Tokio / Nueva York, United Nations University Press, 2001, p. 128.

En “La relativa universalidad de los derechos humanos” Donnelly construye una de las argumentaciones más refinadas para utilizar el relativismo cultural a favor de los derechos humanos. Basa su discusión en la taxonomía de tipos de relativismo y universalismo, identificando posiciones radicales o absolutas frente a posiciones moderadas en ambas posturas. Es lógico, partiendo de esta doble dicotomía, que un relativismo cultural moderado tanto en su base descriptiva como prescriptiva sea la solución más factible para incorporar este instrumento imprescindible a la defensa de los derechos humanos. En resumen, esta posición supone que se cumpla dentro de lo posible con el ordenamiento jurídico y esto se haga de forma objetiva y sin discrecionalidad.⁶ Para dejar todavía más claras las posiciones internacionales, Donnelly apunta sus baterías contra diversas instituciones y organizaciones que afirman defender los derechos humanos y que en realidad tienen propósitos políticos.⁷ En este tipo de afirmaciones aventuradas yace una de los principales aspectos que se pueden criticar de la obra; sin investigar en profundidad clasifica y separa, creando una visión un tanto simplificada de la realidad internacional.

Uno de los elementos más interesantes del libro es la manera en que sintetiza y aclara los dilemas y obstáculos de los derechos humanos a través del análisis de casos específicos. Partiendo de la normativa, describe los elementos centrales, su desarrollo y llega en general a una serie de conclusiones críticas. En el caso del principio de libertad de pensamiento, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice: “Art. 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.⁸

En el marco de la declaración la mayoría de los países islámicos reconocen el derecho a la libertad de pensamiento pero no permiten a un musulmán cambiar de religión. Según Donnelly, este tipo de cuestiones deben ser abordadas con conocimientos culturales sólidos y un alto grado de tolerancia. Propone seguir un camino a través de dos vías:

Primero debemos estar dispuestos a aceptar una desviación relativamente aislada de las normas humanitarias internacionales que una desviación idéntica cuando es parte de una serie de cambios que tienden colectivamente a derrumbar

⁶ J. Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., Boulder, Westview Press, pp. 38-40, 2006 (Dilemmas in World Politics).

⁷ Reseña de J. Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., en <http://www.amazon.com/Universal-Human-Rights-Theory-Practice/dp/0801487765>, consultada en mayo de 2008.

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>, consultado en abril de 2008.

la estructura global de protecciones y garantías. El contexto amplio de los derechos humanos es importante, no sólo en sí mismo, sino por aquello que sugiere acerca de las intenciones de quienes se apartan de la normatividad internacional.

En segundo término, nuestra tolerancia debe disminuir en tanto aumenta el nivel de coerción. La práctica de la apostasía entra en el legítimo margen de apreciación. Aunque sería concebible permitir cierto grado de sanciones leves, el hecho de ejecutar a los apóstatas sin lugar a dudas excede los límites de la variabilidad permisible. Imponer de manera violenta una particular concepción de la libertad religiosa, y más aún una que está explícitamente prohibida por el derecho internacional humanitario, niega de manera inconcebible la autonomía personal básica. Aunque esté posiblemente justificada en una doctrina particular, inflige de modo ostensible y excesivo el consenso internacional y por lo tanto no tiene derecho a la tolerancia internacional.⁹

El rechazo a este castigo violento de la apostasía plantea problemas específicos. Si consideramos que los derechos humanos no son un fin en sí mismos, sino el medio para alcanzar valores más profundos, entonces el choque de ciertos aspectos de una doctrina que acepta su marco normativo en lo general lleva a nuevas interrogantes. En el momento en que la doctrina de los derechos humanos entra en un conflicto tan abierto con otra doctrina la universalidad de los sistemas jurídicos internacionales y su consenso pierde buena parte de su peso. El resultado puede ser un conflicto que difícilmente pueda resolverse a través del razonamiento o sin la imposición de medidas coercitivas.

Bien elaborado, organizado e investigado, *International Human Rights*, de Jack Donnelly constituye un raro ejemplo por su fácil lectura y análisis incisivo, cuyos múltiples casos y ejemplos dan pie a la reflexión y el análisis posterior. Es posible que algunas de las opiniones sean demasiado aventuradas y que la posición política del autor responda en buena medida a su contexto nacional, pero sin lugar a dudas se trata de una obra que seguramente se convertirá en referencia obligada.

Carlos BROKMANN HARO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

⁹ J. Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. rev., Boulder, Westview Press, p. 48-51, 2006 (Dilemmas in World Politics).

Comentario bibliográfico

Salvador MONDRAGÓN REYES, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 114.

La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por la aceptación de la internacionalización del reconocimiento de los derechos humanos y su protección, ya sea en los sistemas universal o regionales, y en consecuencia en el derecho interno de los países, aunque el aprobar y ratificar los diversos instrumentos internacionales vinculatorios no consistía en un simple acuerdo de buena voluntad sino en la contracción de obligaciones para cumplir efectivamente con los derechos prescritos en razón de la dignidad del ser humano, por lo que a partir de entonces ha sido necesario ir ajustando la organización jurídico política de los Estados parte con medidas legislativas, administrativas y judiciales que permitan considerar ese cumplimiento; además, el derecho internacional de los derechos humanos incluye mecanismos de protección cuasi y jurisdiccionales, que emiten determinaciones que van más allá de una guía de comportamiento o de resultados por parte de un Estado, se trata de resoluciones de los órganos jurisdiccionales internacionales.

México pertenece al sistema de las Naciones Unidas y al sistema regional de la Organización de los Estados Americanos; en este sentido, ha aprobado y ratificado diversos tratados internacionales, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece como órganos competentes para el cumplimiento de los derechos que prevé a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la segunda de las cuales es un órgano de carácter jurisdiccional y cuyas sentencias son obligatorias, de esta manera para que esa Corte pueda conocer de un caso contencioso el Estado parte debe reconocer su competencia, México lo hizo en diciembre de 1998, salvo para los casos relacionados con el artículo 33 constitucional, anteriores a este reconocimiento y también específica que en caso de denunciar el reconocimiento seguiría vigente hasta un año después y como refiere el autor, nuestro país no se encuentra preparado desde el punto de vista legal para cumplir una eventual sentencia que llegara a pronunciar ese Tribunal Internacional.

Salvador Mondragón, maestro en Derechos Humanos y magistrado de Circuito en el Poder Judicial, nos presenta su tesis de posgrado por la que obtuvo mención honorífica en esta obra, que ha venido sosteniendo en diversos foros.

Inicia el trabajo con una introducción teórica acerca de los tratados internacionales y su incorporación al derecho interno de los Estados, identificando que el mecanismo de incorporación de México es dualista y que conforme al artículo 133 de la Constitución Política establece dos requisitos de validez, uno de fondo, que estén de acuerdo con la Constitución, y uno de forma, que sea celebrado por el presidente de la República con aprobación del Senado, en cuanto a su jerarquía refiere el criterio jurisprudencial que los ubica por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal.

En otro apartado habla de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cuáles fueron los antecedentes de su surgimiento, la estructura y la competencia, las opiniones consultivas, las medidas provisionales y los casos contenciosos, de estos últimos, el procedimiento y la expedición de sentencias, distinguiendo las medidas que pueden derivarse como las reparatorias, sin dejar de mencionar algunas prácticas primitivas como las medidas retributivas o aflictivas, consistentes en la retorsión y las represalias, las cuales revestidas de una justificación formal podrían verse en pleno siglo XXI, aunque por parte de un Estado a otro, no viniendo de un organismo internacional.

Entrando en materia analiza algunas problemáticas de la inejecución oportuna de las medidas o sentencias ordenadas por la Corte Interamericana, cita algunos casos de medidas provisionales no atendidas o no debidamente y en 80 % la persona que se buscaba proteger perdió la vida; en cuanto a las sentencias, de los ejemplos que cita, parecería que los Estados no se lo toman en serio, ya que aquellos que no las cumplen quieren realizar las acciones que no les importen mayor esfuerzo, pero tratándose de indemnizaciones pecuniarias o de modificación de legislación violatoria de derechos humanos tienden a argumentar derecho interno, soberanía o bien deslindarse a como de lugar del compromiso internacional, al grado de denunciar el reconocimiento de la competencia de la Corte con tal de no cumplir como sucedió en el asunto de Tribunales Constitucionales contra Perú, es un ejemplo extremo de la no colaboración.

Enseguida hace un recorrido comparando con otro sistema regional las disposiciones legales de países europeos, respecto del acatamiento de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y encuentra que en la mayoría de los países miembros del Consejo de Europa no se han establecido mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte, se aplican según el Estado, en Holanda en artículo 93 de la Constitución dispone que las estipulaciones de tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que por su contenido puedan obligar a toda persona, tendrán fuerza obligatoria, en Austria la ejecución de sentencias de la Corte no tienen problema, su Constitución es flexible.

En cambio, en América Latina hay algunas disposiciones relativas al cumplimiento de determinaciones de organismos internacionales según el Estado, en Colombia y Perú se dispone la atención de sentencias derivadas del Comité de

Derechos Humanos y la Comisión Interamericana, pero no incluye a la Corte; en Guatemala, Argentina y Venezuela se prevé la obligación de cumplir con lo estipulado en los tratados internacionales, de ahí que debieran cumplirse las sentencias; en Costa Rica, en 1981 celebró el Convenio Sede de la Corte Interamericana, cuyo artículo 27, que cual dispone que sus resoluciones una vez notificadas tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por tribunales costarricenses, y en Nicaragua la ley del 27 de febrero de 1913 permite la ejecución de sentencias contra el Estado.

Por último, el autor conduce la culminación de su trabajo señalando que el juicio de amparo en México es el medio de defensa jurisdiccional nacional de los derechos fundamentales por excelencia, de igual forma señala que cuando se trata de una sentencia condenatoria y esta no es cumplida espontáneamente, debe recurrirse al Incidente de Inejecución de Sentencias, previsto en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, que procede cuando una autoridad se niega a cumplirla o ejecutarla, una vez que una sentencia cause ejecutoria se notificará a la responsable, que cuenta con 24 horas para cumplirla, en caso contrario el juez o tribunal recurrirá a su superior inmediato para que la obligue a cumplir, si no se logra se requerirá al superior de este último, de no lograrse se remitirán los autos a la Suprema Corte de Justicia y si esta estima como inexcusable incumplimiento la autoridad incumplida será separada de su cargo y consignada al juez de Distrito que corresponda, si es excusable se concederá un plazo para cumplir, si no lo hace se procederá de la forma enunciada. Cuando hay incumplimiento y la naturaleza del acto lo permite la Suprema Corte de Justicia puede disponer un cumplimiento sustituto cuando se afecta gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que obtendría el quejoso, este incidente cumple con los extremos del artículo 68.1 de la Convención y la autoridad competente es la Suprema Corte de Justicia actuando en pleno.

Como se ve, el autor cumplió su objetivo, contextualizó la emisión de sentencias por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligatoriedad respecto de los Estados comprometidos, indagó la forma en que se realiza la aplicación de las mismas no sólo en otros países, sino en otro sistema regional de protección de derechos humanos, para aterrizarlo en el caso de México, y no obstante que en nuestro país no existe un instrumento expreso o especializado en aplicar sentencias de la Corte Interamericana, él ofrece una forma de concretarlo cuando se presente el caso, además de sugerir que sería conveniente contar con el correspondiente, lo que denota el esfuerzo por resolver una problemática que podría presentarse desde el ámbito académico y de una manera práctica, enhorabuena.

María Elena LUGO GARFIAS
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario bibliográfico

Paul PRESTON, *La Guerra civil española*, Barcelona, Random House Mandadori, 2006, 386 pp.

Por influencia de Carlos Hernández Chavarría, secretario general de la Universidad de Oaxaca asesinado de manera artera en 1977, tuvimos nuestras primeras noticias de lo que había sido la Guerra civil española. En las veladas a altas horas de la madrugada, resguardando las hogueras de vigilancia durante el movimiento universitario de esos años que culminó con la caída del gobernador Manuel Zárate Aquino, la juventud nos hizo añorar esos acontecimientos. Carlos tocaba su guitarra entonando las canciones que hablaban de las Brigadas Internacionales, del quinto regimiento y de que el Puente de los Franceses, en las inmediaciones de la Ciudad Universitaria madrileña, no lo cruzaban los fascistas.

Eran tiempos de romanticismo que después de los años, al conocer las divisiones internas y los ajusticiamientos dentro de las filas republicanas, nos llevaron a apreciaciones más equilibradas.

Digo esas palabras como introducción a la presente reseña de un texto muy importante sobre lo que fueron esos tiempos en un país europeo. La guerra civil que ensangrentó las ciudades y los campos españoles de 1936 a 1939 tendría un largo corolario de sangre una vez derrotada la República. Éste se prolongaría incluso hasta 1975, cuando todavía había ejecuciones de presos políticos. Es decir, muy poco tiempo antes de la muerte de Franco y de la instalación de la democracia. Por eso el tema sigue debatiéndose en la España actual.

Conflictos posteriores a esta guerra interna que mermó la vida de miles de ciudadanos españoles, como la guerra en Corea o Vietnam, o lo que ha acontecido en algunos de los países que constituyeron el bloque socialista, y más cercanamente lo que pasa todos los días en el Irak del los primeros ocho años del siglo XXI, sin duda pueden verse como mayores a aquél. No obstante, los estudios sobre la Guerra civil española han generado cerca de 20 mil libros, un paquete semejante al escrito en torno a la Segunda Guerra Mundial.

El libro que nos ocupa, *La Guerra civil española*, escrito por uno de los principales especialistas extranjeros en la historia española del siglo XX, corresponde a la tercera versión, ampliada en casi 50 % de su versión original publicada 20 años antes. Con motivo del 70 aniversario del inicio de la guerra civil, el 18 de julio de 1936, el autor corrigió y actualizó este importante material. Realizó una revisión exhaustiva de todas las investigaciones y publicaciones posteriores a la instalación de la democracia, que permitió acceder a archivos y otras fuentes de consulta antes imposibles de conseguir y que dan un panorama más completo sobre lo que fue ese periodo para ese país iberoamericano.

Mediante un estudio equilibrado, que no se queda en las interpretaciones partidista de uno u otro bando, Paul Preston nos dice que la significación de la guerra civil, tanto para los partidarios de Franco como para los militantes de izquierda de todo el mundo, no explica por sí sola la fascinación que sigue ejerciendo este episodio trágico del siglo pasado.

Aunque a la luz de hechos como Hiroshima o Dresde, el bombardeo de la población vasca de Guernica, parece un pequeño acto de vandalismo. Sin embargo, provocó una polémica grande como ningún otro incidente de la Segunda Guerra Mundial. Y esto no resulta de la fuerza del lienzo de Picasso, sino porque se trató de la primera destrucción total de un objetivo civil indefenso usando el bombardeo aéreo. Es decir, se trató del primer ensayo de la guerra a escala mundial que se daría poco después, en donde se probó los avances tecnológicos de una nueva y horrible forma de guerra moderna.

El libro nos permite darnos una idea clara de los horrores que significó la guerra civil y la importancia que tuvo en Europa como el último baluarte contra los horrores del fascismo antes de la segunda conflagración mundial, expresada en la defensa que el pueblo español hizo de la Segunda República Española. Pero también para darnos conocimiento de uno de los aspectos positivos de ese proceso: el intento del bando republicano por instalar a España en el mundo moderno, mediante la democratización política, el diseño de políticas sociales encaminadas a redistribuir la riqueza, como la reforma agraria, las mejoras salariales y el fortalecimiento del sistema educativo, así como el establecimiento de condiciones para reconocer los nacionalismos vascos, catalán y gallego.

España en los años treinta del siglo pasado vivía bajo el régimen monárquico en el que la iglesia, los terratenientes y los militares constituían una alianza política que mantenía en la miseria a millones de obreros, campesinos y braceros del mundo rural. Y estas condiciones llevaron a la creación de un fuerte movimiento obrero y campesino en el que las tendencias anarquistas, socialistas, comunistas y trotskistas coincidirían con las posturas republicanas para empujar al país al siglo XX.

El libro está integrado por los siguientes capítulos: 1. Una sociedad dividida: España antes de 1931; 2. El desafío de la izquierda, 1931-1933; 3. Enfrentamiento y conspiración: 1934-1936; 4. "El mapa de España está sangrando": del

golpe de Estado a la guerra civil; 5. "Detrás del pacto de caballeros": las grandes potencias traicionan a España; 6. "Madrid es el corazón": la epopeya central; 7. La política en la retaguardia nacional: reacción y terror en la ciudad de Dios; 8. La política en la retaguardia republicana: revolución y terror en la ciudad del Diablo; 9. Derrota a plazos, y 10. La paz de Franco. Contiene además un epílogo y un ensayo bibliográfico muy sugerente y completo.

La lectura de los 10 capítulos del libro nos permite darnos cuenta que el conflicto español surgió precisamente de la violenta oposición de las clases privilegiadas y sus aliados ante los intentos reformistas de los gobiernos republicano-socialistas para mejorar las condiciones de vida de los sectores más desposeídos de la sociedad. También resultó de la determinación de la extrema derecha y del ejército para aplastar los nacionalismos de varias regiones españolas, soñando con los años nostálgicos del imperio, que terminaba con la independencia cubana en 1898, pensando que una nación no daba cabida a varias nacionalidades particulares que consolidarán aquella.

Por otra parte, el libro presenta un fundamental análisis de la correlación de fuerzas internacionales en el momento en que la República se defendía del levantamiento de una buena parte del ejército español, y sobre todo las fuerzas africanas, es decir, la parte del ejército integrada por columnas españolas y sanguinarios mercenarios africanos, acantonado en los territorios de África.

Así muestra cómo, mientras los países que pudieron apoyar las peticiones de compra de armas por parte de las fuerzas de la República para su defensa las negaron. Éste fue el caso de los gobiernos de Inglaterra y Francia, al adoptar junto con la URSS una hipócrita política de no intervención, pese a los reclamos de los movimientos y organizaciones sociales de sus países. Esto debilitó a la República, dejándola sola contra el ejército de su país y el de otras naciones. El caso de un convoy de armas enviadas por las fuerzas republicanas de Barcelona, que serían detenidas en la frontera francesa mientras el parque escaseaba en Madrid, es ejemplificador.

Mientras esto sucedía, Mussolini y Hitler y la dictadura portuguesa no sólo apoyarían con muchos aviones de guerra y armamento, sino con destacamentos de miles de militares de carrera, que se reponían para descanso y cobraban en las nóminas alemanas, italianas o portuguesas. Se habla de más de 80 mil soldados italianos, 20 mil alemanes y unos ocho mil portugueses. La República se sostenía sólo con el apoyo del pueblo, de las tropas que permanecieron leales a la República y de las Brigadas Internacionales, integradas por voluntarios de todo el mundo que acudieron a luchar contra el fascismo.

Los aviones alemanes e italianos de bombardeo serían probados en la sangre del feudal sur español defendido con escaso armamento de fuego. O en las hileras de los miles de refugiados que huían de las zonas ganadas por los nacionales alzados. O en Guernica y Durango, en la región Vasca.

Sólo hasta las cercanías de las batallas por Madrid, la URSS apoyaría las peticiones de ayuda de las fuerzas de la República, que se defendería durante tres años, hasta sucumbir y exiliarse en 1939, ante el triunfo de las fuerzas franquistas y falangistas, apoyadas por el fascismo alemán e italiano.

La línea de la URSS derivaba de la debilidad militar que tenía ante la posibilidad de una invasión nazi en su territorio, por lo que la principal preocupación era la de salvaguardarla de ataques exteriores. Ello implicaba mantener la línea del socialismo en un solo país, la URSS, y relaciones de cordialidad con Francia e Inglaterra. El slogan del 7o. Congreso de la Komintern fue: "La lucha por la paz y la defensa de la URSS". Se entiende entonces que la República no era una creación del comunismo internacional sino la respuesta interna de grandes sectores excluidos de la sociedad española y de clases medias emergentes.

Más allá de las fronteras españolas herméticamente cerradas durante casi cuatro décadas, los derrotados republicanos y sus simpatizantes extranjeros rechazaron siempre que la guerra civil había sido, como los franquistas argumentaron, una batalla de las fuerzas del orden y de la verdadera religión contra la conspiración judeo-masónica-bolchevique. Por el contrario, sostuvieron que la guerra había sido la lucha de un pueblo oprimido en busca de una calidad de vida decente contra la oposición de las atrasadas oligarquías terrateniente e industrial españolas y de sus aliados nazis y fascistas.

Sin embargo, las divisiones de puntos de vista sobre las razones de la derrota republicana al interior de sus simpatizantes, al contrario de sus adversarios, les impidió presentar una visión monolíticamente coherente de la guerra, como si lo hicieron los franquistas. De alguna manera ello refleja el clima de división y de falta de unidad de objetivos que prevaleció en el campo republicano durante los años de la lucha, que los llevó incluso a cometer asesinatos no sólo contra sus adversarios derechistas sino también dentro de sus propias filas.

Dentro de otros muchos temas relevantes para la reflexión contemporánea, el libro de Paul Preston presenta reflexiones en torno a la cuestión de los derechos humanos en tiempos de la guerra y la posguerra española.

Queda un gran asunto pendiente, nos dice: localizar los muertos, para enterrarlos y llorarlos como es debido para una parte de España, la republicana. Para otra mitad de España, la franquista, esta situación quedó saldada hace más de 60 años. Que a una mitad de España no se le haya resuelto este tema es una de las razones fundamentales de por qué la guerra civil siga despertando pasiones.

Una vez que los sublevados nacionales franquistas se hacían del control de una zona, los derechistas asesinados por la izquierda eran identificados y enterrados con honor y dignidad. Se puede decir que la mayoría de las víctimas de crímenes cometidos en zonas republicanas fue identificada y contada. Sus familiares pudieron llorarlas.

Muchos de los crímenes asignados a las fuerzas republicanas derivaron del hecho de que las estructuras del orden público desaparecieron en sus zonas a causa del golpe militar y tardaron varios meses en restaurarse. Por eso, las atrocidades cometidas eran frecuentemente obra de criminales o de extremistas incontrolados, aunque también, en menor frecuencia, de la política deliberada de grupos de izquierdistas decididos a eliminar a sus enemigos políticos. Durante 40 años, estos asesinatos fueron presentados por el régimen franquista como si hubiera sido la política oficial de la República. No era cierto.

Lo que se pretendía con ello era justificar el golpe militar de 1936, la matanza que provocó y la subsiguiente dictadura.

Por el otro lado, el de las fuerzas republicanas, la situación no era equivalente. Hubo de su lado miles de desaparecidos, cuyos cadáveres no se localizaron, ni se han localizado todavía, a la vez que no se confirmó cómo habían muerto. A diferencia de las familias de las víctimas franquistas, los parientes de las víctimas republicanas no podían llorarlas abiertamente ni enterrarlas.

A la muerte del dictador, miles de familias querían ver qué había ocurrido con sus parientes, y si habían sido asesinados, querían saber en dónde estaban sus restos.

Desde 1939 hasta la muerte de Franco, nos dice el autor, España estuvo gobernada como un país ocupado por un ejército extranjero. Toda la estructura, instrucción y despliegue de las fuerzas armadas estaban diseñados para la acción contra la población nativa, más que contra un enemigo exterior. El propio caudillo había expresado en 1937 que se estaba librando una "guerra fronteriza". La ideología que fortaleció durante su periodo es que se había tratado de una reedición moderna de la reconquista de España de los moros de siglos atrás. Los moros ahora eran los desarraigados campesinos y obreros que apoyaron la República. Era la lucha de la patria contra la antipatria, la canalla de la conspiración judeo-masónica-bolchevique.

En un informe que entrega el Ministro de Asuntos Exteriores italiano que viajó a España en 1939, le dice a Mussolini que diariamente tenían lugar de 200 a 250 ejecuciones en Madrid, 150 en Barcelona y 80 en Sevilla. El cónsul británico en Madrid informaba en junio que había 30 mil presos políticos en la ciudad y que 12 tribunales los juzgaban a velocidad de vértigo, en juicios de unos cuantos minutos que terminaban por lo general en la pena de muerte. Fuentes del mismo consulado estimaban que eran 10 mil al menos las personas fusiladas en los cinco primeros meses de la posguerra civil.

Las muertes en la zona republicana se registraban cuidadosamente. La maquinaria del Estado las investigaba cuando una zona republicana caía bajo su control. De esa manera, su estudio detallado ha producido cifras aproximadas de 50 mil muertes como resultado de la represión política o la violencia incontrolable de las zonas republicanas durante la guerra.

En las zonas dominadas por los nacionales alzados en contra de la República, las cosas son muy complicadas ya que las muertes no se registraban de modo parecido, salvo cuando se trataba de ejecuciones sumarias resultado de consejos de guerra (que por supuesto también eran ilegales).

De esa manera, nos dice Preston, hay miles de muertos que sencillamente desaparecieron. La mayoría de las muertes no se registraban y simplemente se enterraban los cadáveres en fosas comunes colectivas.

Después de la muerte del dictador en 1975, los historiadores locales han hecho grandes esfuerzos por develar este misterio, en algunos lugares con más éxito que en otros, por lo que ahora se tienen cifras más precisas, que inducen a pensar que los asesinatos del lado franquista fueron entre tres y cuatro veces más que los ocurridos del lado republicano.

Sin tomar en cuenta a los miles de españoles que murieron en los campos de batalla de uno u otro lado, decenas de miles de personas fueron asesinadas judicialmente, es decir, ejecutadas de manera oficial, entre el otoño de 1936 y 1945, año en el que la derrota del eje Berlín-Roma obligó a Franco a ser más prudente. Algunas víctimas fueron arrojadas vivas al mar desde acantilados o a ríos profundos. Otros fueron fusilados en los cementerios, carreteras, pozos o minas abandonadas y enterrados o arrojados en ellos.

En 36 de las 50 provincias españolas estudiadas total o parcialmente, se han encontrado registros de 92,462 personas asesinadas judicialmente, de lo que se calcula que el número total llegue a los 130 mil.

A este número habrá que agregar unas 50 mil personas que fueron asesinadas sin simulacro de juicio, directamente. No se saben sus nombres.

Nuestro autor toma un ejemplo provincial de lo que fue el exterminio de civiles por el franquismo en la capital del alzamiento militar. Tres años de investigación de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid encontró pruebas de dos mil muertes violentas y 1,300 asesinados judicialmente, por lo que se calculó en 2005 que la cifra total llegaba sólo ahí a cinco mil personas.

Ni qué decir de la situación de torturas, tratos inhumanos, despliegue de campos de concentración, violaciones de mujeres y viudas, el robo de posesiones de los derrotados, el destino de niños nacidos en cautiverio, las deportaciones masivas de republicanos a los campos alemanes durante los primeros años del franquismo.

La lectura del libro de Paul Preston es un análisis equilibrado pero ensombrecedor en muchos sentidos. Sin duda alguna permite entender la situación actual de la España contemporánea y su lucha por consolidar la democracia recuperada hace tres décadas, defender los derechos humanos y avanzar en la consolidación de un mundo que no viva este tipo de atrocidades.

La ruptura del tabú de lo que se llamó el "pacto del olvido", es decir dejar atrás el castigo de los culpables de la represión franquista para evitar encender de

nuevo la llama de la guerra civil, ha permitido efectos inesperados. La creación de asociaciones encaminadas a recuperar la memoria histórica, sobre todo la local, de este proceso, y los esfuerzos por localizar los restos mortales de los desaparecidos, ha contribuido a cerrar miles de heridas emocionales en familias españolas, y eso contribuye a consolidar la España actual. Como dijera uno de los historiadores más serios de la represión franquista: “el olvido no es lo mismo que la reconciliación y la memoria no es lo mismo que la venganza”.

Moisés Jaime BAILÓN CORRES
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario hemerográfico

Juan Manuel ACUÑA, "Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia jurídica de los derechos sociales en la experiencia comparada", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, México, julio-diciembre de 2006, pp. 3-28.

El trabajo del poder judicial no sólo resuelve casos en controversia sino que también permite la complementación de las prescripciones legales para una apropiada consideración sobre situaciones concretas y por medio de una interpretación realizar una adecuada protección del bien a tutelar, en especial cuando se trata de sentencias condenatorias sobre derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales que implican una indemnización o disponer del presupuesto para cubrir uno de estos derechos, lo que alteraría las cuentas del gobierno.

Juan Manuel Acuña busca identificar la contribución de la jurisdicción constitucional respecto de la eficacia de los derechos sociales; su trabajo inicia explicando por qué éstos no se han desarrollado apropiadamente, enseguida, el que los derechos sociales ofrecen posibilidades y grados de aplicabilidad y efectividad, luego trata sobre la relación entre jurisdicción constitucional y derechos sociales y, por último, analiza las resoluciones de diversas magistraturas constitucionales para clasificar sus criterios.

En cuanto a las diversas circunstancias que obstaculizaron su desarrollo, se encuentran, primero, el haberlos planteado en contraposición a los civiles y políticos; segundo, la naturaleza consistente en una prestación, y tercero, el caracterizarlos como principios programáticos.

El autor menciona que los derechos sociales tienen cierta estructura y variedades y al igual que los civiles y políticos tienen obligaciones tanto positivas como negativas, por lo que estos derechos sólo son ordenados o clasificados y cada derecho tiene obligaciones positivas o negativas que lo caracterizan.

El perfil de los derechos sociales es heterogéneo y no tienen diferencias estructurales con los civiles y políticos, ya que ambos tipos protegen la autonomía personal; no es correcto llamarles con una sola expresión, debido a que su contenido y por tanto obligaciones para el Estado es diverso; por último, en cuanto a la intensidad de su contenido, puede ser mínimo y máximo, el primero, se refiere

a un espacio vital y a un estatus social y el segundo implica la plena realización de los derechos sociales.

A partir del Estado constitucional y su supremacía ha habido transformaciones, sobre todo a la implementación de los instrumentos internacionales y las obligaciones que se derivan de ellos, para los Estados ha motivado la intervención de operadores jurídicos en su labor y, por último, la justicia constitucional no existiría si no hubiera el vínculo constitucionalismo y derechos de la persona.

En cuanto a la justicia constitucional ante los derechos sociales, por su estructura diversa y su gradualidad en contenido, existen también diversas posibilidades de exigibilidad, a veces se relaciona con la forma que en se enuncia el derecho, la escasez de recursos presupuestales o la invasión de poderes.

El autor ha identificado los siguientes criterios de la justicia constitucional comparada, ya que revisó tanto casos presentados ante la Corte Interamericana, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional Español, la Corte Suprema de la India, la Corte Suprema Argentina, y en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1. La protección de los derechos sociales por vía del reforzamiento de la obligación de progresividad y de la prohibición de regresividad.

De los casos revisados concluye que el principio de progresividad es *prima facie*, por situaciones económicas excepcionales de regresión, que nunca puede vulnerar derechos mínimos.

2. Protección de los derechos sociales por su conexidad con otros derechos fundamentales.

Existe una exigibilidad indirecta cuando hay una estrecha relación de derechos sociales con otros, como conexidad con el derecho a la no discriminación y con el derecho al debido proceso.

3. Protección a los derechos sociales por su carácter de condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales.

Si los derechos sociales quedan comprendidos en el principio de autonomía se entenderá la cobertura de ciertas condiciones materiales mínimas para el disfrute de otros derechos como la libertad y la vida, el derecho a la salud es inherente a la existencia digna del hombre, sobre todo protegiendo a las personas con debilidad económica manifiesta, además de que con ello se busca el aseguramiento fundamental del derecho a la vida.

4. Los derechos sociales como derechos subjetivos, particularmente en materia de salud.

5. Las jurisdicciones constitucionales y el control de la racionalidad de las políticas públicas.

Los derechos sociales implican restricciones al legislador y a la administración en el diseño de políticas sociales, imponen mínimos, vías de acción, materias indisponibles y vigilancia de su cumplimiento en el Estado constitucional de Derecho.

Concluye que hay ciertos tribunales constitucionales reuentes a intervenir en casos que afectan al presupuesto, pero también hay otros que son activistas en tal sentido.

El autor cumple su objetivo, además de evidenciar que individualmente hay necesidades de carácter social urgentes de ser atendidas por el Estado y que se requiere de presupuesto para ello; también muestra que la empiria ha llevado a solucionar gran cantidad de casos en materia de derechos a la protección de la salud y a la seguridad social, por lo cual la realidad evidencia tales necesidades ávidas de ser cubiertas por una partida presupuestal para atender problemáticas de incumplimiento de derechos humanos derivado de recomendaciones de instancias internas, nacionales y estatales de esa materia, así como compromisos derivados de recomendaciones y sentencias de organismos internacionales, ya se trate de derechos civiles y políticos que ordenen una indemnización en dinero o económicos y sociales que ordenen una indemnización en dinero o el cumplimiento de un derecho, ya que en ambos casos se presentan derechos defendidos que pueden tener algunas consecuencias del mismo tipo que impliquen una erogación del Estado.

María Elena LUGO GARFIAS
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Bibliografía sobre derechos fundamentales

Eugenio Hurtado Márquez*

- ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Madrid, Tecnos, 2001.
- ABAD YUPANQUI, Samuel B., "Derechos fundamentales y regulación de la radio y la televisión. La experiencia peruana", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2005, pp. 3-25.
- ABELLÁN, Ángel Manuel, *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992, 168 pp.
- ABELLÁN, Ángel Manuel, "De la libertad moderna a la idea de libertad burguesa y a los derechos fundamentales", en Raúl Modoro Leoncio y Pedro de Vega, coordinadores, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, vol. 1, pp. 73-91.
- ACIERNO, Silvia, "The Carpenter Judgment: Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order", en *European Law Review*, Londres, vol. 28, núm. 3, junio de 2003.
- ADAME GODDARD, Jorge, "Los derechos fundamentales de la persona humana", en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 15-34.
- ADINOLFI, Giulio, "Autodeterminación informativa, el europeísmo español y el nacionalismo italiano: consideraciones acerca de un principio general y derecho fundamental", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, julio-diciembre de 2007, pp. 3-29.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 10, 1981, pp. 107-132.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, núms. 18-19, 1983, pp. 17-30.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Los límites de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 14, 1993, pp. 9-34.

* Director Editorial, Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "La noción de derechos fundamentales desde la perspectiva del constitucionalismo iberoamericano", en Luis María López Guerra, editor, *Estudios de derecho constitucional. Homenaje a Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea", en *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 18, enero-abril de 2003, pp. 173-190.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y Rogelio López Sánchez, "Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli", en *Lecturas Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, Guadalajara, Jalisco, núm. 4, primavera de 2007.
- AGUIRRE MORENO, Judith, "Los derechos fundamentales en la independencia de México", en *Lecturas Jurídicas*, Jalapa, vol. 6, julio-diciembre de 2002.
- ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, 352 pp.
- ALÁEZ CORRAL, Benito, "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 67, enero-abril de 2003, pp. 89-125.
- ALANÍS HERRERA, María Magdalena, "Derechos fundamentales", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. II, pp. 413-418.
- ALBA BASTARRECHEA, Esther de, "Derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes en España", en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, núm. 14, 2006, pp. 151-162.
- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, *Derechos fundamentales: jurisprudencia y legislación*, Madrid, Trivium, 1993, 1770 pp.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Sentencia sobre amparo de derechos fundamentales (Tribunal Constitucional)", en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XX, núm. 2, diciembre de 2007, pp. 221-238.
- ALEMANO, Alberto, "À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans la cadre du marché interior: vuelles réflexions à propos des arrêts 'Schmidberger' et 'Omega'", en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, París, núm. 4, 2004, pp. 709-751.
- ALEXI, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, pp. 13-64.
- ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, 482 pp.
- ALEXI, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de España, 2005, 111 pp.
- ALEXI, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell, editor, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 31-48.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. XLVI, núm. 1, 1993, pp.57-122.
- ALHAMBRA PEÑA, Encarnación, "Medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los internos", en *Estudios Jurídicos*, Madrid, núm. 2, 2000, pp. 95-114.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, "Nota acerca del derecho a la educación como derecho fundamental en la jurisprudencia constitucional norteamericana", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 399-410.

- ALONSO GARCÍA, Ricardo, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, núm. 209, 2000, pp. 3-17.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Madrid, Dykinson, 2007, 534 pp.
- ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando, "Derechos fundamentales y Unión Europea: presente, pasado y futuro", en *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, núm. 2, 2002, pp. 15-31.
- ÁLVAREZ PABLOS, Ana María, "La elaboración de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, La Rioja, núms. 6-7, 2000-2001, pp. 359-376.
- AMEZÚA AMEZÚA, Luis-Carlos, "Los derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XVI, julio de 2004, pp.105-130.
- ANGUITA SUSI, Alberto, *El Defensor del Pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 254 pp.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, "Derechos fundamentales y propiedad: un modelo histórico", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 15, núm. 15, 1991, pp. 25-49.
- APARICIO PÉREZ, M. A. y F. González Ruiz, *Acta Única y derechos fundamentales (una introducción a los sistemas europeos supranacionales de reconocimiento de los derechos humanos)*, Barcelona, Signo, 1992.
- APOSTOLI, A., *La "Carta dei Diritti" dell'Unione Europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Brescia, Promodis Italia, 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel, "Constitución y derechos fundamentales", en *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM / INEHRM / Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 1993, pp. 7-24.
- ARAGÓN REYES, Manuel, coordinador, *Temas básicos de derecho constitucional*, vol. III: *Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo", en *Aranzadi Social*, Madrid, núm. 2, 2006.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., "Los derechos fundamentales del hombre en el derecho mexicano", en *Ciencia Jurídica*, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre de 1982.
- ARNOLD, Rainer, "El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en Francisco Javier Corcuera Atienza, coordinador, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, 688 pp.
- ARNOLD, Rainer, "Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales", en *La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 51-60.
- ARZOS SANTISTEBAN, Xabier, "La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 74, mayo-agosto de 2005, pp. 63-110.
- ASÍS ROIG, Rafael de, "Derechos y fuerzas: doce problemas de los derechos fundamentales", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año 1, núm. 1, 1993, pp. 111-116.
- ASÍS ROIG, Rafael de, "Derechos y derechos fundamentales", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año 2, núm. 3, 1994, pp. 637-646.

- ASÍS ROIG, Rafael de, "Derechos fundamentales y deporte", en José Luis Carretero Lestón, coordinador, *La Constitución y el deporte*, Andalucía, Unisport Andalucía, 1994, pp. 93-107.
- ASÍS ROIG, Rafael de, "Argumentación y derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, núm. 2, 1999, pp. 11-32.
- ASÍS ROIG, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2003, 120 pp.
- ASÍS ROIG, Rafael de, "Derechos fundamentales y reglamentaciones deportivas", en Agustín de Asís Roig e Isabel Hernández San Juan, *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 15-34.
- ASÍS ROIG, Rafael de y Francisco Javier Ansuátegui Roig, "Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica", en Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García, directores, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson / Universidad Carlos III, 1998, t. I.
- ASTOLA MADARIAGA, Jasone, "Los derechos fundamentales y el derecho comunitario", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, núm. 18, 1998, pp. 115-142.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea (reseña Matia Portilla)", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 15, 2005, pp. 499-504.
- AZZERA, L., "Il giudice comunitario e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Milán, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique, "Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 20, mayo-agosto de 1987, pp. 83-98.
- BACIGALUPO, Mariano, "La aplicación de la doctrina de los 'límites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 38, mayo-agosto de 1993, pp. 297-318.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, "Los derechos fundamentales de las personas jurídicas", en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 53, 1999, pp. 49-106.
- BALDIVIESO GUZMÁN, René, "Los derechos fundamentales: la Constitución y los tratados en el ordenamiento jurídico de Bolivia", en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 193-203.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional", en *Nuove frontiere dei diritti fondamentali*, Turín, Giapichelli, 2000.
- BALLARÍN IRIBARREN, Javier, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 24, septiembre-diciembre de 1993, pp. 283-315.
- BAÑO LEÓN, José María, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, pp. 155-182.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "Derechos fundamentales y sanciones penales", en Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, compilador, *SELA 2001. Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- BASTERRA, Marcela I., "Los derechos fundamentales y el Estado. Multiculturalismo,

- minorías y grupos étnicos”, en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 87-106.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, 240 pp.
- BATTAGLIA, Felice, “Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras y declaración de derechos”, en sus *Estudios de teoría del Estado*, traducción de E. Díaz y P. de Vega, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, 213 pp.
- BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús y Alfonso Hernández Godínez, “Los tres niveles de protección de los derechos fundamentales en Europa: el nacional, el comunitario-Unión Europea y el transnacional Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Lecturas Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, Guadalajara, Jalisco, núm. 4, primavera de 2007.
- BELLVER CAPELLA, Vicente, “Los derechos fundamentales ante la biomedicina”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, núm. 4, segundo semestre de 2004, pp. 69-98.
- BERMEJO VERA, José, “Derechos fundamentales, información y deporte”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 51, septiembre-diciembre de 1997, pp. 65-94.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 872 pp.
- BERNAL PULIDO, Carlos y José Luis Cascajo Castro, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 883 pp.
- BERRAMDANE, Abdelkhaleq, “Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne”, en *Revue de Droit de l’Union Européenne*, París, núm. 3, 2003, pp. 613-646.
- BERZOSA, Carlos, “Orden económico internacional y derechos fundamentales”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 35, 2001, pp. 9-21.
- BESIO HERNÁNDEZ, Martín, “La eficacia de las normas de derecho fundamental en el modelo constitucional chileno”, en *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, Iquique, núm. 6 (edición especial), 2006, pp. 87-109.
- BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo y Nicolás M. López Calera, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 986 pp.
- BIGLINO CAMPOS, M. Paloma, “Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?”, en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 30, 1993, pp. 53-100.
- BIGLINO CAMPOS, M. Paloma, “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 97, julio-septiembre de 1997, 71-103.
- BIGLINO CAMPOS, M. Paloma, “Derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros: algunos problemas de conexión”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 69, septiembre-diciembre de 2003, pp. 387-396.
- BIGLINO CAMPOS, M. Paloma, “Derechos fundamentales y competencias de la Unión Europea: el argumento Hamilton”, en *Revista de Derecho Comunitario*

- Europeo*, Madrid, año 7, núm. 14, 2003, pp. 45-68.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Político-Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, 1997, 852 pp.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de State action en la jurisprudencia norteamericana*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BON, Pierre, "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 11, 1992, pp. 43-82.
- BONET PÉREZ, Jordi, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2000, 90 pp.
- BONILLA, Daniel, "Los derechos fundamentales y la diferencia cultural", en Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, compilador, *SELA 2001. Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, coordinador, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006, 207 pp.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "La unidad en la interpretación de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 34, núm. 3, diciembre de 2007, pp. 517-538.
- BOROWSKI, Martín, "La restricción de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 59, mayo-agosto de 2000, pp. 29-56.
- BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 246 pp.
- BOVERO, Michelangelo, "Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.
- BOVERO, Michelangelo, "Ciudadanía y derechos fundamentales", traducción de Lorenzo Córdova, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002.
- BOVERO, Michelangelo, "Democracia y derechos fundamentales", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 16, abril de 2002, pp. 21-38.
- BOVERO, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 215-242.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, "Los límites a los derechos fundamentales sin reserva de ley en Alemania", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, núm. 2, 2001, pp. 985-1025.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, 445 pp.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*:

- estudio preliminar de la cuestión en el pensamiento de Hobbes, Locke y Blackstone, México, UNAM, 2005, 171 pp.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, "Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 74, mayo-agosto de 2005, pp. 111-138.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, "La no renovación de contrato a los profesores de religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las Iglesias y aconfesionalidad del Estado vs. derechos fundamentales del trabajador): comentario a las SSTC 38/2007 y 128/2007", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 633-654.
- BRIBOSIA, E., "La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: un exemple de codification au plan européen", en *Revue de la Faculté de Droit-Université Libre de Bruxelles*, Bruselas, vol. 28, 2003, pp. 231-258.
- BURCA, Gráinne de, "The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights", en *European Law Review*, Londres, vol. 26, núm. 2, abril de 2001.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, "Mandato parlamentario y derechos fundamentales (notas para una teoría de la representación 'constitucionalmente adecuada')", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 36, septiembre-diciembre de 1992, pp. 123-150.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, "El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado 'contraamparo'", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 47, mayo-agosto de 1966, pp. 125-153.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo Andrés, "La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo, un análisis desde la perspectiva de la reforma al procedimiento laboral", en *Anuario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Chile, 2005.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo Andrés, "La Ley de la Subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios", en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 157-194.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, "El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. I, pp. 41-71.
- CÁCERES, Oneyda, "Los derechos fundamentales en el marco de la Constitución salvadoreña", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 761-774.
- CÁCERES NIETO, Enrique, "Sobre 'Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual'. (Análisis crítico a un libro de Gregorio Robles)", en *Jurídica*, México, núm. 25, vol. II, agosto de 1995, pp. 11-131.
- CALAFINO, Licia, *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Turín, Giapichelli, 2004, 300 pp.
- CALLE MEZA, Melba Luz, "Tipología de los actos parlamentarios sin valor de ley y su control constitucional: relaciones con la teoría general de los derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 49, 2000, pp. 171-208.

- CÁMARA VILLAR, Gregorio, "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el tratado constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 9-42.
- CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la persona humana: derechos sociales*, 2a. ed., México, CNDH, 1995, 89 pp.
- CARACCILO DI TORELLA, Eugenia y Emily Reid, "The Changing Shape of the 'European Family' and the Fundamental Rights", en *European Law Review*, Londres, vol. 27, núm. 1, febrero de 2002.
- CARBONELL, Miguel, "Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana: una propuesta de reforma", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 14, abril de 2001, pp. 181-193.
- CARBONELL, Miguel, "Estudio introductorio. Derechos fundamentales y justicia constitucional", en Giancarlo Rolla, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 11-30.
- CARBONELL, Miguel, "Presentación. Constitución y derechos fundamentales: dos pilares de la democracia", en Miguel Carbonell, compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 9-12.
- CARBONELL, Miguel, "Relatoría Mesa 1. Derechos fundamentales y Estado", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 881-889.
- CARBONELL, Miguel, "Libertad y derechos fundamentales", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004, pp. 273-293.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH / UNAM, 2004, 1111 pp.
- CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa / CNDH, 2005, 266 pp.
- CARETTI, Paolo, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2005, 511 pp.
- CARLIER, Jean Yves y Olivier de Schutter, *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe (hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruselas, Bruylant, 2002, 312 pp.
- CARMONA CUENCA, Encarna, *La crisis del recurso de amparo: la protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2005, 143 pp.
- CARNOTA, Walter F., "Globalización y derechos fundamentales", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004, pp. 295-307.
- CARNOTA, Walter F., "El papel de la Corte Suprema de Justicia argentina en la redefinición de los derechos fundamentales", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. I, pp. 73-81.
- CARPIO MARCOS, Édgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2004, 166 pp.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de Estu-

- dios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, 1995.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc, "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 7, mayo-agosto de 1999, pp. 155-188.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc, "La Unión Europea ante los derechos fundamentales", en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad Complutense de Madrid / Tribunal Constitucional, 2002, vol. II, pp. 1407-1424.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 5, núm. 9, enero-junio de 2001, 7-26.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *La Ley*, Madrid, núm. 6,159, 2004, pp. 1-5.
- CASAL, Jesús María, "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Montevideo, núm. 3, noviembre de 2002, pp. 107-136.
- CASSETTI, Luisa, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Turín, Giapichelli, 2002, 238 pp.
- CELIS QUINTAL, Marcos Alejandro, "La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos", en David Cienfuegos Salgado y María Carmen Macías Vázquez, coordinadores, *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM, 2006, pp. 71-108.
- CHITI, M. P., "La Carta Europea dei Diritti Fondamentali: una carta di carattere funzionale?", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, núm. 1, 2002.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1999, 314 pp.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., "La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios", en *La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 21-50.
- CODERCH, Pablo Salvador, Ingo von Münch y Joseph Ferre i Riba, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, 168 pp.
- CONSTANTINESCO, Vlad, "La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, núm. 2, 2001, pp. 179-195.
- CONTRERAS MAZARIO, José María, "Estados homogéneos, unidad de Estados y miedo a la diferencia: culturas, religión y derechos fundamentales en la Unión Europea", en Francisco P. Díez de Velasco Abellán, coordinador, *Miedo y religión*, Madrid, Ediciones Orto, 2002, pp. 85-110.
- CORCUERA ATIENZA, Francisco Javier, "El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: al final de un túnel", en Raúl Modoro Leoncio y Pedro de Vega, coordinadores, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, vol. IV, pp. 2307-2340.
- CORCUERA ATIENZA, Francisco Javier, coordinador, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, 688 pp.
- CORCUERA ATIENZA, Francisco Javier, "El reconocimiento de los derechos funda-

- mentales en la Unión Europea: el final del túnel", en Francisco Javier Corcuera Atienza, coordinador, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, 688 pp.
- CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, núm. 2, 2002, pp. 117-135.
- CORTÉS MARTÍN, José Manuel, "TJCE sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, c540/03 ¿restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 11, núm. 26, 2007, pp. 219-237.
- COTINO HUESO, Lorenzo, *Derecho constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2007, 525 pp.
- COTINO HUESO, Lorenzo y Sonia de la Torre Forcabell, "El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en internet", en *Actas del XV Seminario de Derecho e Informática*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 897-917.
- COTTA, S., "L'attuale ambiguità dei diritti fondamentali", en *Rivista di Diritto Civile*, Milán, vol. XXIII, núm. 3, 1977.
- CRAUFURD SMITH, Rachael, "Rethinking European Union Competent in the Field of Media Ownership: The Internal Market, Fundamental Rights and European Citizenship", en *European Law Review*, Londres, vol. 29, núm. 5, octubre de 2004.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 25, enero-abril de 1989, pp. 35-62.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Sobre el legislador de los derechos fundamentales", en Antonio López Pina, director, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 125-137.
- CUBÍAS MEDINA, Ana Elizabeth, "¿Son titulares de derechos fundamentales las personas jurídicas de carácter privado y público incluyendo al Estado?", en *Revista de Derecho Constitucional*, San Salvador, núm. 21, octubre-diciembre de 1997.
- DÁVALOS, José, "Los derechos fundamentales de los trabajadores bancarios (sindicato, huelga, contrato colectivo de trabajo)", en *Derecho Nuevo*, México, 2a. época, núm. 1, febrero de 1974, pp. 29-37.
- DÍAZ CREGO, María, "Los derechos fundamentales en la Unión Europea de la Carta a la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 74, mayo-agosto de 2005, pp. 139-176.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, "Publicidad televisiva y derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 50, mayo-agosto de 1997, pp. 61-76.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, "Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, "La idea de los derechos fundamentales en la Constitución Española", en Eduardo García de Enterría, *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 391-410.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, "Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamenta-

- les de la Unión Europea”, en *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 5, 2001, pp. 21-28.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 45, 2001, pp. 133-138.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, “Titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales”, en Antonio Cabanillas Sánchez, coordinador, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003, vol. IV, pp. 6373-6395.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Thomson / Civitas, 2005, 510 pp.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona, Atelier Libros, 2004, 190 pp.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 432 pp.
- DOMINGO, Tomás de, “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, en *Derechos y Libertades*, Madrid, año 7, núm. 11, 2002, 251-289.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian, “Protegiendo los derechos constitucionalmente protegidos durante un estado de excepción: algunas necesarias precisiones para evitar situaciones lesivas a los derechos fundamentales”, en Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, coordinador, *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista, 2005, 412 pp.
- DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional”, en *Ius et Praxis*, Talca vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 177-194.
- DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., “Aproximación a los derechos fundamentales desde la perspectiva habermasiana”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007/2008, pp. 1-23.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, “The European Union and the Individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty”, en Alison McDonnell, coordinadora, *A Review of Forty Years of Community Law: Legal Developments in the European Community and the European Union*, La Haya, Kluwer, 2005, pp. 103-112.
- ECKHOUT, P., “The Charter of Fundamental Rights and the Federal Question”, en *Common Market Law Review*, La Haya, vol. 39, núm. 5, 2002, pp. 945-994.
- EHLERS, Dirk, “La protección de los derechos fundamentales en Europa. Una contribución desde la perspectiva alemana”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 77, mayo-agosto de 2006, pp. 27-50.
- ELIA, Leopoldo y Antonio La Pergola, “Alcance y significación de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Italia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 167-194.
- ENDICOT, Timothy, “‘Significado internacional’: la cortesía en la adjudicación de derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, núm. 3, 2002, pp. 81-102.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 8, 1991, pp. 39-59.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Derechos fundamentales: la conveniencia de adoptar una teoría general al respecto y el papel que le corresponde a un Tribunal Constitucional en este esfuerzo”, en

- Corpus Iuris Regionis. *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, Iquique, núm. 6 (edición especial), 2006, pp. 59-85.
- ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, 328 pp.
- ESTRADA, Alexei Julio, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales", en Miguel Carbonell, compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 203-250.
- ESTRADA, Alexei Julio, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 267-296.
- FALLER, Hans Joachim, "Alcance y significación de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal Alemana", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 13-70.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, Carlos R., "Nuevas tendencias en la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, La Rioja, núm. 2, 1996, pp. 209-234.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, "Internet y los derechos fundamentales", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, La Rioja, núms. 6-7, 2000-2001, pp. 321-356.
- FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público europeo*, Madrid, Dykinson, 2008, 682 pp.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, pp. 195-250.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, 1209 pp.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio Francisco, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, núm. 214, 2001, pp. 15-30.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio Francisco, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido", en *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, núm. 2, 2002, pp. 137-163.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "Los derechos fundamentales y el control constitucional", en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XVII, diciembre de 2004, pp. 113-137.
- FERRAJOLI, Luigi, "Quali sono i diritti fondamentali?", en Ermanno Vitale, editor, *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, 49 pp.
- FERRAJOLI, Luigi et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, 391 pp.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19-56.
- FERRAJOLI, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en Luigi

- Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 139-196.
- FERRAJOLI, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 287-381.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "Derechos fundamentales y abuso de inmunidad", en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1992, pp. 203-213.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "El recurso de amparo en cuanto tutela reforzada de los derechos fundamentales", en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1994, pp. 233-252.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea", en *Lecturas Jurídicas*, Jalapa, vol. 3, enero-junio de 2001.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos", en *Lecturas Jurídicas*, Jalapa, vol. 5, enero-junio de 2002.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2003, 168 pp.
- FORGHIERI GUIMARÃES, Luis Carlos, *Direitos fundamentais e relações desiguais. Poder econômico e o indivíduo. Teoria e prática*. São Paulo, Letras Jurídicas Editora, 2008, 226 pp.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, "La integración de Europa y el refuerzo de las garantías de los derechos fundamentales", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 1, primer semestre de 2003, pp. 71-107.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, "Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en España en 2003", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, núm. 3, primer semestre de 2004, pp. 41-98.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, "Derechos fundamentales en la Unión Europea, evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 43-86.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa y José Carlos Remotti, *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, Valencia, Minim, 2002.
- GALEANA, Patricia, compiladora, *La condición de la mujer indígena y sus derechos fundamentales*, México, Federación Mexicana de Universitarias / CNDH / UNAM / Secretaría de Gobernación, 1997, 462 pp.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales: normas y jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, Madrid, Aranzadi, 2003, 654 pp.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, "Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas: a propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Madrid, núm. 2, 2003, pp. 2567-2598.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, "Trabajo y elecciones. El régimen jurídico de los permisos laborales para ejercer el derecho fundamental de sufragio", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 137, 2008, pp. 159-180.

- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Proceso administrativo de los derechos fundamentales. Doctrina, jurisprudencia, formularios generales y casos prácticos con formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 612 pp.
- GARCÍA LLOVET, Enrique, "Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (a propósito de la STC 45/1990, de 15 de marzo)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 36, septiembre-diciembre de 1992, pp. 277-298.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, "Sentido y contenido de la declaración de 1789 y textos posteriores", en Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García, directores, *Historia de los derechos fundamentales* Madrid, Dykinson / Universidad Carlos III, 2001, t. II, vol. 3.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, "Los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios", en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 47, 1997, pp. 23-60.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, "Derechos fundamentales y negociación colectiva: una aproximación desde la jurisprudencia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 26, mayo-agosto de 1989, pp. 181-230.
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier, "La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos fundamentales del artículo 23.2 de la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 34, 1995, pp. 51-125.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Civitas, 1986.
- GARCÍA TORRES, Jesús, "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", en *Poder Judicial*, Madrid, núm. 10, 1988.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Dilex, 2007, 256 pp.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, "Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007/2008, pp. 25-39.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Tratamiento de datos personales: el diálogo entre las diferentes tradiciones*, Madrid, Dykinson, 2004, 217 pp.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, "La vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 277-320.
- GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 1995, 124 pp.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, "La protección jurídica de los derechos fundamentales", en *Anales de la Universidad de Alicante*, Alicante, núm. 1, 1982, pp. 181-188.
- GIMENO SENDRA, José Vicente et al., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007, 896 pp.

- GOLDSMITH, Jack L., "A Charter for Rights, Freedoms and Principles", en *Common Market Law Review*, La Haya, vol. 38, núm. 5, 2001, pp. 1201-1216.
- GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 1997, xxiii + 289 pp.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 23-71.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., "La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 65, mayo-agosto de 2002, pp. 49-105.
- GÓMEZ TORRES, Carmelo J., "El abuso de los derechos fundamentales", en José Luis Cascajo Castro et al., *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Salamanca, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pp. 301-318.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, "La construcción del Estado de Derecho en México. Los derechos fundamentales (la situación del indígena)", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 345-368.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana, "Límites a la construcción de un orden público en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2002 Krombach c. Bamberski)", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 4, núm. 8, 2000, pp. 593-618.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Estudio-comentario jurisprudencial de la protección constitucional de los derechos fundamentales (jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Formularios*, Granada, Editorial Comares, 1992.
- GREER, Steven y Rafael Bustos Gisbert, "¿Hacia nuevas formas de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales? Un balance de los antecedentes, contenido, significado y eficacia de la Ley de Derechos Humanos británica", en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, Madrid, núm. 9, 2004, pp. 23-54.
- GREPPI, Andrea, "Los nuevos y los viejos derechos fundamentales", en Miguel Carbonell, compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 179-202.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, traducción de Raúl Sáenz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006, 216 pp.
- GROSSO, Giovanni, "Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros", traducción de Nicolás García Rivas, en Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedeman, editores, *Estudios de derecho penal económico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1994, pp. 293-316.
- GUASTINI, Ricardo, "La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año 1, núm. 1, 1993, 237-250.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, "La dimensión procesal de los derechos fundamentales y de la Constitución", en Raúl Modoro Leoncio y Pedro de Vega, coordinadores, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid / Instituto de

- Investigaciones Jurídicas, 2000, vol. III, pp. 1663-1680.
- GUERRERO PICÓ, María del Carmen, "El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 293-332.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, "Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 3, 1998, pp.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 239 pp.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, "El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 18, enero-junio de 2008, pp. 71-90.
- HÄBERLE, Peter, "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania", traducción de Luciano Parejo Alfonso, en *Derechos y Libertades*, Madrid, año 1, núm. 1, 1993, pp. 149-168.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, traducción de Carlos Ramos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "La irrupción de la jurisprudencia del TJCE de los derechos fundamentales como límite de las libertades económicas o de cómo vuelve a escena la Doctrina Solange", en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, Madrid, núm. 19, 2006, pp. 415-436.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, "Constitución y derechos fundamentales", en *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM / INEHRM / Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 1993, pp. 253-263.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar y Laura Ortiz Valdez, "Del desplazamiento a la resistencia civil: de los derechos humanos y humanitarios a la tutela de los derechos fundamentales de los desplazados", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. I, pp. 443-482.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José de Costa Rica, Juricentro, 1990.
- HERRERA ORTIZ, Margarita, "Validez de los derechos fundamentales para el ser humano", en *Revista Mexicana de Justicia*, México, nueva época, núm. 6, abril de 1999, pp. 123-137.
- HERVEY, Tamara K. y Jeff Kenner, editores, *Economic and Social Rights under the European Union Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective*, Londres, Hart Publishing, 2003, 376 pp.
- HESSE, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", en Ernst Benda et al., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons / Instituto Vasco de Administración Pública, 2001.
- HORN, Hans Rudolf, "Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo. Reflexiones comparativas sobre el constitucionalismo iberoamericano", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 403-430.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I., "Los derechos fundamentales en la Unión Europea: el caso Berlusconi y el derecho de petición en la Constitución europea", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Com-*

- petencia, Madrid, núm. 236, 2005, pp. 3-50.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, "El valor de la directiva 86/2003 sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y la sentencia del TJCE en el asunto 540/03", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 11, núm. 26, 2007, pp. 125-153.
- ISENSEE, Joseph, "Los antiguos derechos fundamentales y la revolución biotecnológica: perspectivas constitucionales tras el descifrado del genoma humano", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 45, 2001, pp. 139-174.
- JAECKEL, Liv, "The Duty to Protect Fundamental Rights in the European Community", en *European Law Review*, Londres, vol. 28, núm. 4, agosto de 2003.
- JANA LINETZKY, Andrés, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, compilador, *SELA 2001. Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, Estefanía y María Ángeles Martín Vida, *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*, Madrid, Dykinson, 2002, 303 pp.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios", en *Estudios de derechos constitucional y ciencia política: homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, pp. 411-426.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, 136 pp.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, "¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 107-138.
- KÄMPFER, Walter, "Alcance y significación de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación. Informe general", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 241-292.
- KÄMPFER, Walter, "Alcance y significación de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Suiza", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 111-166.
- KRISCH, Nico, "The Open Architecture of European Fundamental Rights Law", en *Modern Law Review*, Londres, vol. 71, núm. 2, marzo de 2008, pp. 183-216.
- LABADO SANTIAGO, José María, "La tutela procesal de los derechos fundamentales en el veinte aniversario de la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 45, 1998, pp. 145-184.
- LABARDINI MÉNDEZ, Fernando, "La organización social, los derechos fundamentales en materia de procedimiento penal y su repercusión en la salud mental", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, 4a. época, núm. 17, julio-septiembre de 1975, pp. 11-31.
- LANDA, César, "Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana", en *Dereito*, Santiago de Compostela, vol. 8, núm. 1, 1999.
- LANDA, César, "Teoría de los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 6, enero-junio de 2002, pp. 49-71.
- LASAGA SANZ, Rafael, "Los derechos fundamentales en los albores del constitucionalismo español", en Francisco Javier Corcuera Atienza, coordinador, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, 688 pp.

- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, "Las Comunidades Europeas y los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 18, septiembre-diciembre de 1986, pp. 51-82.
- LAVILLA ALSINA, Landelino, "Derechos fundamentales, Estado y sociedad", en Antonio López Pina, director, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 27-39.
- LENAERTS, Koen y E. de Smijter, "A 'Bill of Rights' for the European Union", en *Common Market Law Review*, La Haya, vol. 38, núm. 2, 2001, pp. 273-300.
- LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel, "El proyecto de Convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa-protector del ejercicio de los derechos fundamentales en las redes informáticas", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, núm. 25, 2001, pp. 83-118.
- LILLO, Pasquale, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2006, 208 pp.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., "Derechos fundamentales y de ciudadanía en la Constitución europea", en Marcelino Oreja Aguirre, director, *La Constitución europea*, Madrid, Actas, 1994, pp. 75-86.
- LLAMAS, Ángel, "Una aproximación garantista a las fuentes de los derechos fundamentales", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núms. 15-16, vol. II, 1994, pp. 695-713.
- LOPERA, Gloria, "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 27, 2004, pp. 211-243.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "Derechos fundamentales y acceso a la información pública: los desafíos de una legislación necesaria", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 469-491.
- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, "Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicción en la protección de los derechos fundamentales", en Francisco Javier Corcuera Atienza, coordinador, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, 688 pp.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio, "Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113, julio-septiembre de 2001, pp. 43-73.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio, "Derechos fundamentales y Estatuto de Ciudadanía en el tratado constitucional de la Unión", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 153-196.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego et al., *Derecho comunitario europeo. Libertades económicas y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986, 752 pp.
- LÓPEZ PINA, Antonio, director, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, 374 pp.
- LÓPEZ PINA, Antonio, "La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 145-173.
- LÓPEZ PINA, Antonio e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, "Sobre los derechos fundamentales en Europa", en Francisco Balaguer Callejón, coordinador, *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 485-496.
- LORCA NAVARRETE, José F., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, 3a.

- ed., Madrid, Pirámide Ediciones, 2007, 366 pp.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, "La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC", en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, Madrid, núm. 1, 2002, pp. 175-205.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, "El amparo judicial de los derechos fundamentales", en Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, editor, *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- MAESTU RUIZ, Fernando, "Reflexiones sobre el método para la aprobación de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista Jurídica de Navarra*, Pamplona, núm. 30, diciembre de 2000, pp. 169-189.
- MANZELLA, A., *Un catalogo dei diritti*, Bolonia, Il Mulino, 2001
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, "Los derechos fundamentales como valores", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 10, 2006/2007, pp. 207-228.
- MARTÍN MORALES, Ricardo, "Los derechos fundamentales y su dogmática. Una reflexión sobre el devenir y los nuevos desarrollos de nuestras categorías jurídicas", en Francisco Balaguer Callejón, coordinador, *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 627-640.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, La Rioja, núms. 6-7, 2000-2001, pp. 387-427.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "El 'amplio margen de libertad' en el caso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamen-
tales (auto del Tribunal Constitucional 147/1982, de 22 de abril, sobre el alcance de las preguntas parlamentarias)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 11, mayo-agosto de 1984, pp. 121-138.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 57, 2000, 31-49.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la Constitución española", en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad Complutense de Madrid / Tribunal Constitucional, 2002, vol. I, pp. 365-386.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años", en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Logroño, núm. 2, junio de 2004, pp. 17-38.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, núm. 17, 2007, pp. 3-22.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo e Ignacio de Otto Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo et al., *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, Bruselas, Comisión Europea, 1999.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación*, Madrid, Dykinson, 2003, 265 pp.

- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, "El artículo 9.2 y su significación en el sistema constitucional de los derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 40, 1997, pp. 111-128.
- MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel, "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea (reseña Corcuera Atienza)", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 15, 2005, pp. 488-498.
- MAZZARESE, Tecla, compiladora, *Neocostruzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giapichelli, 2002, 276 pp.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier, "Legislador, derechos fundamentales y proceso (comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000, pp. 245-275.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier, director, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Europeos / Civitas, 2002, 208 pp.
- MAZZARESE, Tecla, "Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003, pp. 687-718.
- MCGLYNN, Clare, "Families and the European Union Charter of the Fundamental Rights. Progressive Change or Entrenching the status quo?", en *European Law Review*, Londres, vol. 26, núm. 6, diciembre de 2001.
- MCINERNEY, Siobhán, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Case of Race Discrimination", en *European Law Review*, Londres, vol. 27, núm. 4, agosto de 2002.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, "Escritos sobre derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 41, mayo-agosto de 1994, pp. 323-331.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.
- MESTRE DE TOBÓN, Olga, "Los derechos económicos y sociales como derechos fundamentales en el Estado social de Derecho. A propósito de la educación", en *Estudios de Derecho*, Medellín, vol. LVII, núm. 130, diciembre de 1998.
- MIJANGOS GONZÁLEZ, Javier, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 583-608.
- MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo, "Los medios tecnológicos informativos y el derecho fundamental a la vida privada", en David Cienfuegos Salgado y María Carmen Macías Vázquez, coordinadores, *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM, 2006, pp. 219-252.
- MORELLI, G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno. La legge fondamentale di Bonn comparata con le costituzione francese e italiana*, Milán, 1966.
- MORENO FUENTES, Rodrigo, "Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública (auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 60, septiembre-diciembre de 2000, pp. 289-317.
- MORENO GARCÍA, Antonio, "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 38, mayo-agosto de 1993, pp. 203-296.

- MORENO GARCÍA, Antonio, "Justicia de los derechos fundamentales", en *Empresas Políticas*, Murcia, núm. 1, 2002, pp. 91-97.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel, "A Carta dos Directos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos directos fundamentais", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, núm. 25, 2001, pp. 161-185.
- MÜNCH, Ingo von, "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania", en Pablo Salvador Coderch, Ingo von Münch y Joseph Ferre i Riba, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.
- MUÑIZ, Jaime Nicolás, "Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 335-356.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 501 pp.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006, 193 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, 409 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia", en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 221-241.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales", en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 11, núm. 2, 2005, pp. 15-64.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia", en *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, Iquique, núm. 6 (edición especial), 2006, pp. 29-58.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e iberoamericano", en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 75-134.
- NÚÑEZ ENCABO, Manuel, "La protección de los derechos fundamentales de los menores en los medios audiovisuales: el marco europeo", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, núm. 1, 2000, pp. 229-258.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la e Ignacio Díez-Picazo Giménez, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales: dos ensayos*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Albolote, Granada, Comares, 2006, 300 pp.
- ORTEGA SANTIAGO, Carlos, "Las nuevas fronteras de los derechos fundamentales en el ordenamiento italiano: crónica de un lento avance", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 569-582.
- OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, "El respeto a los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales: los niños de la calle", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 33, núm. 2, agosto de 2006, pp. 385-397.
- OTTO PARDO, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos fundamen-

- tales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- OVALLE FAVELA, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”, en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 559-577.
- PABÓN DE ACUÑA, José María, “La llamada *drittwirkung* de los derechos fundamentales”, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado / Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- PACE, Alessandro, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 7, 2001, pp.
- PAJARES MONTOLIO, Emilio, *La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 211 pp.
- PALOMBELLA, Gianluigi, “Derechos fundamentales argumentos para una teoría”, traducción de Alfonso García Figueroa, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 525-579.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, “Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de Justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado”, en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 9, núm. 2, 2003, pp. 133-155.
- PÁRAMO, Juan Ramón de y Francisco Javier Ansuátegui Roig, “Los derechos en la Revolución inglesa”, en Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García, directores, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson / Universidad Carlos III, 1998, t. I.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 3, septiembre-diciembre de 1981, pp. 169-190.
- PASCUA MATEO, Fabio, “Derechos fundamentales y Fuerzas Armadas en la Unión Europea”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, Madrid, núm. 14, 2005, pp. 213-253.
- PATRONO, Nico, “The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts – A Comparative Perspective”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, vol. 31, núm. 2, 2000.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1983, 304 pp.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, en Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García, directores, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson / Universidad Carlos III, 1998, t. I.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et al., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2005, 368 pp.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y Eusebio Fernández García, directores, *Historia de los derechos fundamentales*, t. I: *Tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII*, Madrid, Dykinson / Universidad Carlos III, 1998, 875 pp.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, directores, *Historia de los derechos fundamentales*, t. II: *Siglo XVIII*, Madrid, Dykinson / Universidad Carlos III, 2001, 3 vols.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1992, 400 pp.

- PEERS, S. y A. Ward, editores, *The European Union Charter on Fundamental Rights*, Londres, Hart Publishing, 2004.
- PELÁEZ MARÓN, José María, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: somero análisis y alguna conjetura", en *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, núm. 1, 2001, pp. 279-290.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Santiago de Chile, núm. 6, 1996.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997.
- PEÑA ECHEVERRÍA, Javier, "La Carta de los Derechos Fundamentales y la ciudadanía europea", en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 33, 2003, pp. 63-83.
- PEÑA ECHEVERRÍA, Javier, "Ciudadanía europea y derechos fundamentales", en María Teresa López de la Vieja de la Torre, *Ciudadanos de Europa. Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, pp. 147-170.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F., "Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento europeo actual", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007, pp. 583-622.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Santiago de Chile, núm. 6, 1996.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 2, 1983.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La interpretación de los derechos fundamentales", en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol y Serra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 955-994.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. III: *Derecho procesal*, México, UNAM, 1988, pp. 2345-2370.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Análisis funcional de los derechos fundamentales", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988, pp. 177-202.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una aproximación desde la filosofía del derecho", en *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, núm. 2, 2002, pp. 313-327.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales", en E. Olivas, *Problemas de legitimación del Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Las generaciones de derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 10, 1991, pp. 203-211.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La Carta de Niza y la Europa de los ciudadanos. Apostillas a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año 7, núm. 11, 2002, 45-64.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, 234 pp.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Dogmática de los derechos fundamentales y trans-

- formaciones del sistema constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 495-511.
- PÉREZ PÉREZ, Gabriel, “La problemática de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 18, enero-junio de 2008, pp. 169-199.
- PÉREZ TREMPs, Pablo, “El sistema español de protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 1, 1981.
- PÉREZ TREMPs, Pablo, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Extremadura, Núm. 10, 1992, pp. 119-134.
- PÉREZ TREMPs, Pablo, “El ejercicio de los derechos fundamentales por funcionarios públicos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, núm. 7, 1993, pp. 211-230.
- PÉREZ TREMPs, Pablo, “La protección de los derechos fundamentales por jueces y tribunales”, en *Poder Judicial*, Madrid, núms. 43-44, 1996, pp. 251-272.
- PÉREZ TREMPs, Pablo, “Teoría general de los derechos fundamentales”, en *Revista Justicia de Paz*, El Salvador, año 2, vol. 2, mayo-agosto de 1999, pp. 137-176.
- PÉREZ TREMPs, Pablo, “La Carta Europea de Derechos Fundamentales: ¿un primer paso hacia una futura Constitución europea?”, en *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*, Eusko Ikaskuntza, núm. 17, 2001, pp. 29-40.
- PÉREZ TREMPs, Pablo, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Luis María López Guerra, editor, *Estudios de derecho constitucional. Homenaje a Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 119-134.
- PÉREZ VILLALOBOS, María Concepción, *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia (un estudio a la luz de la nueva legislación)*, Madrid, Dykinson, 2002, 144 pp.
- PÉREZ VILLALOBOS, María Concepción, “Nuevos desarrollos en materia de derechos fundamentales en los ordenamientos extranjeros: la situación jurídica del extranjero”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, núm. 5, 2002, pp. 229-255.
- PÉREZ VILLALOBOS, María Concepción, “La cultura de los derechos fundamentales en Europa. Los derechos de los inmigrantes extracomunitarios y el nuevo concepto de ciudadanía”, en Francisco Balaguer Callejón, coordinador, *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 701-714.
- PETERSMAN, Hans G., “The Protection of Fundamental Rights in the European Communities”, en *European Yearbook*, La Haya, vol. XXIII, 1975.
- PI LLORENS, Monserrat, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999, 189 pp.
- PI LLORENS, Monserrat, “La agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 11, núm. 27, 2007, pp. 575-593.
- PISARELLO, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 41, julio de 2001, pp. 3-10.
- PITCH, Tamar, *I diritti fondamentali differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Turín, Giapichelli, 2004, 248 pp.
- POYAL COSTA, Ana, “La protección de los derechos fundamentales en el derecho comunitario”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 8, septiembre-diciembre de 1994, pp. 89-102.

- POYAL COSTA, Ana, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997, 176 pp.
- PRADEO CARRERA, Gina Jacqueline, "El derecho ambiental: un derecho fundamental", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. II, pp. 679-685.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Madrid, 1982.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 2, 1983.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, 267 pp.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, 230 pp.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en Miguel Carbonell, compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 137-178.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, 306 pp.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL VALLE, Tomás de la, "La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 2, 1983.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 436 pp.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 435-470.
- QUINTANA ADRIANO, E. Arcelia, "Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 601-638.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K. B. y García Avello)", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 8, núm. 18, 2004, pp. 507-527.
- RELAÑO PASTOR, Eugenia G., "La libertad religiosa y de conciencia en la Unión Europea: la Carta de Derechos Fundamentales y la futura Constitución europea", en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, Madrid, núm. 12, octubre-diciembre de 2004, pp. 563-594.
- RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, "La pretensión y los derechos fundamentales del justiciable en materia administrativa", en *Boletín de Investigaciones Jurídicas*, Guanajuato, vol. XIII, núm. 52, octubre-diciembre de 1993.
- REQUEO IBÁÑEZ, José Luis y E. Ortega Martín, *Sociedades multiculturales y derechos fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 347 pp.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Convenio europeo y Tribunal Constitucional. La inviable diversidad de contenidos en los enunciados de derechos fundamentales", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, La Rioja, núms. 6-7, 2000-2001, pp. 377-386.

- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 50, mayo-agosto de 1997, pp. 251-260.
- RIDEAU, Joel, "Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos", en *La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 61-86.
- RIDOLA, Paolo, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo", en Francisco Balaguer Callejón, coordinador, *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 463-484.
- RIDOLA, Paolo, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, 2a. ed., Turín, Giapichelli, 2006, 192 pp.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, Editorial Ceura, 1988.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992, 211 pp.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, "La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea", traducción de Sergio Gerotto, en *Ars Interpretatio. Anuario de Ermeneutica Giuridica*, Padua, núm. 6, 2001, pp. 249-269.
- ROCA, María J., *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, Madrid, Dykinson, 2005, 165 pp.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, 353 pp.
- RODRÍGUEZ GAONA, Roberto, "La tutela de los derechos fundamentales a través del amparo. Un reto para el siglo XXI", en *Lex*, Torreón, 3a. época, año V, núm. 51, septiembre de 1999.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Jesús Primitivo, "La ciudadanía europea como presupuesto de la Carta de Derechos Fundamentales", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 45, 2001, pp. 45-80.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Universidad Carlos III, 1993, pp. 203-224.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, "El caso 'Valenzuela Contreras' y nuestro sistema de derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 56, mayo-agosto de 1999, pp. 223-250.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, "Regulación constitucional de los derechos fundamentales y objeción de conciencia sobrevenida", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21, 1998, pp. 301-313.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, 228 pp.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Ángel Jacinto, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Ángel Jacinto, "Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 51, 2001, 37-56.
- ROLDÁN BARBERO, J., "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: su estatuto constitucional", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 7, núm. 16, 2003, pp. 943-992.
- ROLLA, Giancarlo, "La actual problemática de los derechos fundamentales", en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, núm. 3, junio de 2000, pp. 43-62.

- ROLLA, Giancarlo, compilador, *Technique di garanzia dei diritti fondamentali*, Turín, Giapichelli, 2001, 132 pp.
- ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, 182 pp.
- ROLLA, Giancarlo, "Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales: algunas consideraciones a propósito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 87-108.
- ROLLA, Giancarlo, "Técnicas de garantía y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre las Constituciones de América Latina y de la Unión Europea", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. II, pp. 41-77.
- ROMERO MORENO, José Manuel y Gregorio Peces-Barba Martínez, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- ROSADO IGLESIAS, Gema, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 356 pp.
- ROSE, Carol, "¿Quién es responsable por los derechos fundamentales?, algunas perspectivas del presente y del pasado", en Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, compilador, *SELA 2001. Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, Península, 1983, 147 pp.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, "Extradición y derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 58, 2003, pp. 7-38.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, *Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13.3 de la Constitución*, Madrid, Civitas / Thomson, 2005, 277 pp.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", en *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 75, septiembre de 1997, pp. 2-10.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero-abril 2002, pp. 13-52.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, núm. 4, 2006, pp. 203-233.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Una Carta de dudosa utilidad", en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 169-201.
- RUBIO LLORENTE, Francisco et al., *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, 816 pp.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 7, núm. 14, 2003, pp. 7-43.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "El largo y tortuoso camino hacia los derechos fundamentales de la Unión Europea", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*,

- Madrid, núm. 2, segundo semestre de 2003, pp. 61-90.
- RUIZ RUIZ, Ramón, "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 10, 2006/2007, pp. 53-77.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, "Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa", en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XV, núm. 2, diciembre de 2003, pp. 181-190.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 2005, 110 pp.
- SÁIZ ARNAIZ, Alejandro, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?", en *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 13, mayo-agosto de 2001, pp. 153-170.
- SÁIZ VALDIMESO, Alfonso Carlos, "El honor o la crisis de un derecho fundamental", en Raúl Modoro Leoncio y Pedro de Vega, coordinadores, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, vol. III, pp. 1911-1928.
- SALAS ALFARO, Ángel, "Derechos fundamentales de la senectud", en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, San Luis Potosí, núm. 2, 1994.
- SALINAS DE FRÍAS, Ana, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2000, 344 pp.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, "La garantía de los derechos fundamentales en El Salvador", en Francisco Balaguer Callejón, coordinador, *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 675-700.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, "Veinte años de derechos fundamentales", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, La Rioja, núm. 4, 1998, pp. 187-208.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, coordinador, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 510 pp.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Javier María, "El Estatuto de los Parlamentarios y los derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 30, 1993, pp. 285-294.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Javier María, "¿Derechos fundamentales o derechos fundamentados?", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 39, 1996, pp. 105-141.
- SANZ CABALLERO, Susana, "Interferencias en el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo). ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 8, núm. 17, 2004, pp. 117-160.
- SAUCA CANO, José María, "La provisión de la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 24, 1991, pp. 133-184.
- SAUCA CANO, José María, editor, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado, 1994, 451 pp.
- SERRANO MARÍN, Vicente, "¿Es el Estado un derecho fundamental?: reflexiones sobre el fundamento epistemológico de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5, 1990, pp. 241-258.
- SICCARI, Máximo, compilador, *Contributi allo Studio de la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Turín, Giapichelli, 2003, 164 pp.

- SICILIA OÑA, Beatriz, *Derechos fundamentales y Constitución europea*, Vitoria-Gasteiz, Ararteko, 2006, 476 pp.
- SIERVO, Ugo de, "I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei Diritti Fondamentali)", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Turín, núm. 1, 2001, pp. 153-159.
- SMEND, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*, traducción y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano, México, UNAM, 2005, lx + 66 pp.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 4, 2001.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 71, 1991, pp. 87-110.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 32, 1991, pp. 73-114.
- SORIANO DÍAZ, Ramón Luis, "Parlamento y derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 46, 1999, pp. 59-90.
- SOUTO PAZ, José Antonio, "La constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, núm. 1, primer semestre de 2003, pp. 19-37.
- SPIELBÜCHLER, Kart, "Alcance y significación de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Austria", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 71-110.
- STARCK, Christian, "Derechos fundamentales y derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, pp. 65-89.
- STERN, Klaus, "El sistema de derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, 1989, pp.
- STRECK, Lenio Luiz, "La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concreción de los derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2005, pp. 241-272.
- TETTINGER, Meter J., "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 45, 2001, pp. 23-44.
- TIZZANO, Antonio, "La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de Justice et les juridictions constitutionnelles nationales", en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, París, núm. 1, 2006, pp. 9-22.
- TORNOS MAS, Joaquín y Javier Salas Hernández, "Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 93, 1980, pp. 29-66.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, "El derecho fundamental a no ser discriminado: estructura y contenido jurídico", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. II, pp. 255-278.
- TRIOLO, Lucia, *Primato del diritto e giustizia. Diritti fondamentali e Costituzione*, Turín, Giapichelli, 1996, 296 pp.
- TUR AUSINA, Rosario, "Contaminación acústica, derechos fundamentales y calidad de vida medioambiental: STEDH

- Moreno Gómez c. España, 16 de noviembre de 2004", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, núm. 4, segundo semestre de 2004, pp. 157-176.
- UGARTE CATALDO, José Luis, "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XV, núm. 2, diciembre de 2007, pp. 49-67.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, "¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del derecho comunitario?: (reflexiones sobre el control iusfundamental del derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión Europea)", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 401-433.
- VALDÉS DEL-RE, Fernando, "Derecho de huelga e interés comunitario, los criterios de solución de un conflicto entre derechos fundamentales", en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad Complutense de Madrid / Tribunal Constitucional, 2002, vol. I, pp. 753-782.
- VARELA SUANZES, Joaquín V., "Los derechos fundamentales en la España del siglo XX", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 473-493.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, "Grupos de presión y derechos fundamentales: en torno a la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año II, núm. 5, mayo-agosto de 1987.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, "El problema de los derechos fundamentales en el Estado social", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, La Rioja, núm. 3, 1997, pp. 365-386.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)", en *Estudios de derechos constitucional y ciencia política: homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, pp. 729-764.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der Grundrechte*)", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 687-707.
- VEGAS TORRES, Jaime, "Constitución europea, justicia y derechos fundamentales relativos a la justicia", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, núm. 4, segundo semestre de 2004, pp. 15-38.
- VELU, Jacques, "Alcance y significación de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Bélgica", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 7, enero-abril de 1983, pp. 195-240.
- VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 256 pp.
- VILLA GIL, L. E. de la, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 32, 2001, pp. 13-34.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis, "La Constitución como 'tarea', la optimización de los derechos fundamentales como resultado en el Estado de bienestar", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 37, 1996, pp. 231-267.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, "Esbozo de una teoría general de los dere-

- chos fundamentales", en *Revista Jurídica de Asturias*, Oviedo, núm. 2, 1998, pp. 33-58.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, "Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los tribunales", en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo núm. 4, 2006, pp. 349-384.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, "La intangibilidad de los derechos fundamentales: forma de Estado y derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, pp. 321-357.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, "La función de los derechos fundamentales en el marco del Estado de las autonomías", en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, Barcelona, núm. 5, 2007, pp. 203-240.
- VITALE, Ermanno, "Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 16, abril de 2002, pp. 39-52.
- VITALE, Ermanno, "Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo e iuspositivismo", en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 267-285.
- VITALE, Ermanno, "¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli", en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 63-73.
- VITORINO, Antonio, "La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne", en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, París, núm. 1, 2001, pp. 27-64.
- WEBER, Albretch, *The European Charter of Fundamental Rights*, 2001.
- WEBER, Albretch, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero-abril 2002, pp. 79-98.
- WEBER, Albretch, "Il futuro della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Milán, 2002.
- WEBER, Albretch, "La Carta Europea de Derechos Fundamentales y la protección nacional de los derechos fundamentales", en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad Complutense de Madrid / Tribunal Constitucional, 2002, vol. II, pp. 1391-1406.
- WEBER, Albretch, "La Carta Europea de los Derechos Fundamentales desde la perspectiva comparada", en Miguel Carbonell, coordinador, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 729-741.
- WEILER, Joseph y Nicolas Lockhart, "'Taking Rights Seriously' Seriously": The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence", en *Common Market Law Review*, La Haya, vol. 32, 1995, pp. 51-94 y 579-627.
- WRÓBLESKI, Jerzy, "L'ambiguità dei diritti fondamentali tra esistenzialismo e storicismo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, vol. LV, núm. 2, 1978.
- ZOLO, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., de Antonio de

Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2007, pp. 75-104.
ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira, "El derecho como representación-deformación: un análisis

de su construcción adversarial en clave de género y derechos fundamentales", en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XX, núm. 2, diciembre de 2007, pp. 35-59.

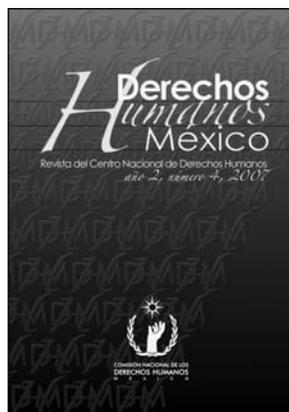
Nuevas publicaciones

Mayo-agosto 2008

Derechos Humanos México, año 2, número 4

ISSN: 1870-5448

México, CNDH, 2008, 264 pp.

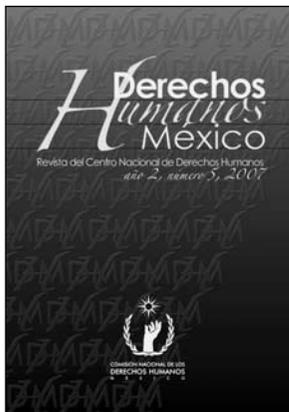


***Guía de orientación jurídica
para personas con discapacidad***

ISBN: 978-970-644-557-5

México, CNDH, 2008, 64 pp.

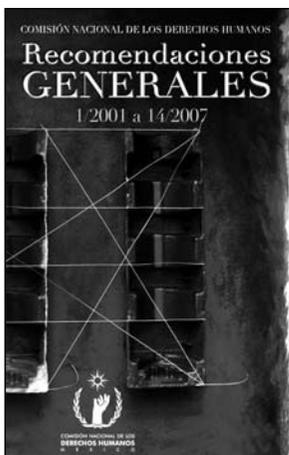




Derechos Humanos México, año 2, número 5

ISSN: 1870-5448

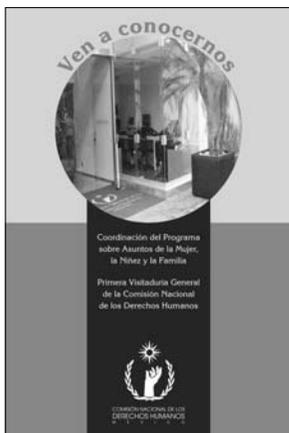
México, CNDH, 2008, 236 pp.



Recomendaciones Generales 1/2001 a 14/2007

ISBN: 978-970-644-587-2

México, CNDH, 2008, 300 pp.



Ven a conocernos. Coordinación del Programa sobre Asuntos de la Mujer, la Niñez y la Familia

ISBN: 978-970-644-586-5

México, CNDH, 2008, 24 pp.

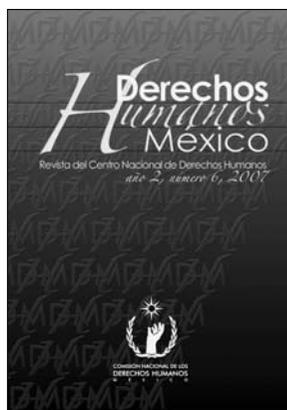
**Mecanismos nacionales de monitoreo de la
Convención sobre los Derechos de las Personas
con Discapacidad**

Edición trilingüe
ISBN: 978-970-644-585-8
México, CNDH, 296 pp.



Derechos Humanos México, año 2, número 6

ISSN:1870-5448
México, CNDH, 2008, 244 pp.



**¡Qué hacer en caso de emergencia!
Recomendaciones generales de protección civil**

Primera reimpresión
ISBN: 978-970-644-588-9
México, CNDH, 2008, 16 pp.



Derechos Humanos México, editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en noviembre de 2008 en los talleres de REPRODUCCIONES Y MATERIALES, S. A. de C. V., Presidentes núm. 189-A, Col. Portales, C. P. 03300, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

