

Derechos Humanos México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos
año 3, número 9, 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: cenadeh@cndh.org.mx

Derechos *Humanos* Mexico

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

año 3 • número 9 • 2008



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M E 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 Straffon 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. 9, 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

- Globalización y debate multicultural. Un nuevo imperativo contemporáneo
J. Alán Arias Marín 7
- Derechos del hombre, la defensa de la ley y de la soberanía nacional.
El peso de la cultura indígena en el *Juárez* de Justo Sierra
Moisés Jaime Bailón Corres 45
- Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
en materia del Sistema de Justicia Penal (*Diario Oficial* de la Federación,
18 de junio de 2008)
Alfredo Islas Colín 65
- El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa
Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado 107
- El Comisario para los Derechos Humanos y Defensores del Pueblo
nacionales: reflexiones institucionales
John Jacob Dalhuisen 123

Comentarios legislativos

- Convención sobre Municiones en Racimo
Luis Benavides 135
- Ley para Prevenir y Erradicar la Trata de Personas, el Abuso Sexual
y la Explotación Sexual Comercial Infantil para el Distrito Federal
Luisa Fernanda Tello Moreno 145

Comentarios jurisprudenciales

- Castañeda vs. México; decisión de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Luis Benavides 157
- Tesis de jurisprudencia núm. 130/2007. Límites al legislador: principios
de razonabilidad y proporcionalidad jurídica
Verónica de la Rosa Jaimes 177

Comentarios bibliográficos

- Los derechos humanos como política e idolatría*, de Michael Ignatieff
J. Alán Arias Marín y Úrsula Sánchez Solano 187
- Historia de la tortura, de los albores de la humanidad a nuestros días*,
de Lewis Lyons
María Elena Lugo Garfias 203
- Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*,
de Juan Sisinio Pérez Garzón
Moisés Jaime Bailón Corres 207
- Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia
transicional*, Angelika Rettberg, comp.
Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño 215
- Fiasco: The American Military Adventure in Iraq*, de Thomas E. Ricks
Carlos Brokmann Haro 219
- Derechos humanos y constitucionalismo*, de Juan Fernando Segovia
María Elena Lugo Garfias 225

Comentarios hemerográficos

- “Derecho al agua”, capítulo 11 del Diagnóstico y Programa de Derechos
Humanos del Distrito Federal
Luisa Fernanda Tello 229
- “El problema de la fundamentación filosófica de los derechos
de las generaciones futuras”, de Luis Gabriel Ferrer Ortega
y Jesús Guillermo Ferrer Ortega
Luisa Fernanda Tello 235
- “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos,
sociales y culturales”, de Sergio García Ramírez
María Elena Lugo Garfias 241
- “El derecho al agua en México; un instrumento de protección para las personas
y los ecosistemas”, de Rodrigo Gutiérrez Rivas
Luisa Fernanda Tello 247

Bibliografía

- Bibliografía sobre libertad de expresión
Eugenio Hurtado Márquez 251

Nuevas publicaciones

- Septiembre-diciembre 2008 281

Globalización y debate multicultural. Un nuevo imperativo contemporáneo

J. Alán Arias Marín*

RESUMEN: El universalismo de los valores y de los derechos humanos es un modelo de Occidente que proporciona valores y principios con una supuesta validez atemporal para todos los hombres, y que rebasa a todas las diferencias culturales y está basado en tres principios que fueron la bandera de la Revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad. Este modelo ha empezado a perder credibilidad porque provoca sospecha sobre el pretendido totalitarismo de Occidente. Hoy en día la tendencia se ha vuelto opuesta al universalismo. Los tres principios básicos han sido interpretados de manera distinta según la cultura de cada nación y eso ha dado lugar a diferentes fenómenos políticos que se plasman en las obras de los pensadores a través de la historia. Partiendo de una concepción antropológica de los derechos ha surgido el oponente: el multiculturalismo, que toma en cuenta el pluralismo de los valores y busca la protección de los derechos de los grupos diferenciados social o culturalmente e incorpora este pluralismo de los valores incluso al interior de una misma nación. Una de las muchas preguntas que pueden surgir es ¿cómo sobrevivirán los principios universales ante este nuevo fenómeno de las diferencias culturales? ¿Podrá haber una armonía entre lo universal y lo plural?

ABSTRACT: The universal conception of values and human rights, is an idea from the west world that provides values and principles that are valid beyond time and culture for every human being, and it is based on three basic principles that were the signature of the French revolution: freedom, equality and fraternity. This idea is beginning to lose it's credibility because it gives the impression that it is an attempt of the west world for ruling the world. Today there is anew trend completely opposite to universalism. The three basic principles have been differently interpreted according to every nation's culture and this turned into different political events that are captured in the work of the intellectuals along history. Considering human rights from an anthropological perspective, the opponent arises: multiculturalism, that regarding the pluralism of values seeks the protection of socially and culturally different groups and tries to introduce this pluralism even in one same nation. Many questions may come up, such as how will these

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

universal principles survive before this new phenomenon of cultural differences? Is harmony a possibility between universalism and pluralism?

SUMARIO: Introducción. I. Universalismo y diferencias ético-culturales. II. El desafío multiculturalista. III. Libertad, igualdad y fraternidad? Nación y clase como paradojas. IV. Procesos de desigualdad y exclusión; efectos paradójicos. V. Discurso multicultural. Una agenda. VI. Conflictos de valor y pluralismo. VII. Otra vía: conflicto y lucha por el reconocimiento. VIII. Democracia en cuestión. IX. Bibliografía.

Introducción

El ensayo que se presenta adopta una perspectiva de intención crítica que consiste en mostrar, hacer saltar, las *paradojas del universalismo* —teórico, cultural y político— al ser confrontado por la potencia, fáctica y teórica, de las diferencias culturales en las condiciones impuestas por la globalización, a las sociedades y Estados democráticos. El desafío multicultural, de raigambre sociocultural, deviene conflicto político y reto intelectual.

La estructura argumental del texto, la que —de algún modo— sintetiza sus contenidos teóricos, está construida a partir de un cuestionamiento básico. ¿Las formas de solidaridad comunitaria, pertenencia cultural e identidades nuevas, son pertinentemente asumidas y esclarecidas por el discurso moderno (de pretensión universal)? Los grandes principios emancipadores —paradigmáticos— de la Revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad, ¿son ejes reflexivos funcionales para los temas de las diferencias culturales y éticas, los nuevos derechos y las identidades colectivas en la presente condición contemporánea (globalizada)?

El abordaje de la cuestión procede mediante el análisis de tres dimensiones fundamentales: 1) paradojas de la estructura lógico-conceptual; 2) efectos paradójicos de los procesos de desigualdad y exclusión, y 3) paradojas de la propia experiencia histórica y su conceptualización. El análisis crítico de las nociones de *nación* y de *clase*, históricamente producidas y políticamente llamadas a expresar lazos de solidaridad, muestra la determinación (y hegemonía) de la modalidad individualista —lógica, intelectual y política— sobre la modalidad holística; asimismo, queda meridianamente claro que la intencionalidad de adscripción particularizante (si bien colectiva) de los conceptos de nación y clase resiste pero sucumbe, en buena medida, a la preeminencia individualista (si bien universalista).

Los procesos y mecanismos de la desigualdad —explotación— (Marx) y de la exclusión (Foucault), con sus formas transhistóricas de intervención e

involucramiento en la evolución de Occidente, explican el carácter contradictorio de los nexos que —pese a todo— mantienen unidas a las sociedades. La discusión se precipita al territorio dirimente de la política y la lucha por el reconocimiento como condición básica de la construcción de identidades.

El conflicto político, desatado por el *desafío del imperativo multicultural*, impele a una respuesta de las sociedades democráticas de Occidente de cara a las reivindicaciones de ciudadanos, grupos y comunidades —culturalmente diferenciados— que reclaman reconocimiento de sus derechos y no están dispuestos a reconocer validez y legitimidad universales a la democracia, sus valores y procedimientos. Para dilucidar —inicial y provisionalmente— esa pregunta el texto acompaña las argumentaciones de Isaiah Berlin y Bernard Williams al respecto. En ellas se explica cómo la vocación emancipadora de Occidente busca restablecer esa unidad perdida, a causa de las diferencias culturales y valorativas, encauzándolas y refiriéndolas al seno de una naturaleza universal y homogénea del hombre (de los hombres). El *pluralismo* aparece como vía de solución al contraste entre ese modelo universalista y el relativismo cultural. No obstante, lo que habrá de prevalecer es la confrontación práctica e intelectual, toda vez el *conflicto de valores* inescapable que supone la inherente e implícita supremacía valorativa de la democracia sobre otras formas político culturales. La consecuente reincidencia en la idea del conflicto, como clave de la gramática del poder, resulta obligatoria.

La derivación más grave refiere, entonces, al hecho de que la *construcción de los universales* ha estado (y está) intervenida por la fuerza y la potencial violencia propia del conflicto político, sustancia material de la lucha por el reconocimiento de la alteridad. Universales impuros, en todo caso, negociados, que suponen una renuncia que debilita el sentido fuerte de culturas inconmensurables, autosuficientes y cerradas en sí mismas. La conclusión explosiva de este núcleo argumental es que tal relativización atañe por igual al conjunto de las (otras) culturas y también —por supuesto— a la cultura de Occidente y el conjunto de sus dispositivos políticos e intelectuales: el Estado, la democracia, el concepto de explotación de la naturaleza, la plausibilidad de una naturaleza humana uniforme, así como el perentorio replanteamiento del ideal moral de “la vida buena”.

El imperativo del multiculturalismo, el desafío político, cultural y teórico que implica resulta, a todas luces, un llamado inapelable, imposible de desoír, una interpelación urgente y radicalizada en virtud de las contrastantes y críticas condiciones con las que la globalización determina la historia contemporánea.

Por último, el ensayo asume una vieja y sabia distinción entre el modo de investigación y el modo de exposición de los discursos. Se trata de un abismo en cuanto al método para componer un texto, diferencia de criterios para utilizar en las prioridades y jerarquizaciones funcionales en el uso del lenguaje. Se trata de ese *orden del discurso*,¹ del control sobre los materiales que lo nutren, su tensión e imbricación con el contexto, donde las formas literarias de expresión varían de una modalidad a la otra. El texto “Globalización y debate multicultural. Un nuevo imperativo contemporáneo” apuesta a ser un trabajo compuesto y elaborado en la modalidad de la investigación.² Los materiales están dispuestos y orientados a un trabajo mayor, más acabado, y, por ende, construido para una posterior conformación al modo expositivo, con la sutileza técnica y literaria obligadas (más “forma romances”, otra vez Marx).

Este ensayo, a la manera de investigación, se mueve con mayor libertad, no está construido para atar todos los cabos sueltos, más bien, apunta horizontes de indagación, plantea más preguntas que intentos de respuesta, toma a vuelo pluma sugerencias o ideas por desarrollar o alude con demasiada velocidad a temas y problemáticas ya estudiadas con anterioridad.

I. Universalismo y diferencias ético-culturales

La perspectiva crítica general que se adopta consiste en mostrar las paradojas en el que el universalismo occidental incurre, en la esfera del discurso canónico de la filosofía política contemporánea. La adopción de este vértice óptico —el punto de apoyo de la perspectiva— puede resultar un tanto insólito respecto de lo que disciplinariamente se entiende como filosofía política. El tema de las *paradojas* o *antinomias del universalismo* reenvía a la *dimensión simbólica y cultural del conflicto de valores*, en general eludida o relegada al trasfondo del discurso por los modelos prescriptivos que han predominado en los últimos años en el campo de la “doctrina”, a saber, el neo-utilitarismo y el neo-contractualismo.

¹ Michel Foucault, *El orden del discurso*, Lección inaugural en el Collège de France (2 de diciembre de 1979), Barcelona, Tusquets, 1973.

² Karl Marx, [1873, *Postfacio*], *El capital*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1975, 3 tt., 8 vols., pp. 1-20.

Se trata de asumir la *noción de paradoja* en su acepción más rigurosa;³ no se trata genéricamente de contradicciones, límites, efectos perversos o contra-finalidades, sino —al pie de la letra— de paradojas, esto es, lo que se encuentra en contraste con la *doxa*, con la opinión corriente y el sentido común en torno a la cuestión del *universalismo*. Tratar de hacer visibles, evidentes, las tácitas consecuencias o lo “impensado” del universalismo. No con la intención de la destitución o la denuncia —la deconstrucción como se estila decir ahora— de los fundamentos de la plataforma conceptual de los universales, sino de un ensayo de profundización, de argumentación y de preguntas respecto de las razones (en plural) de los valores y principios universales y de su *génesis cultural occidental* originaria (en singular), articuladas con la *inicial premisa emancipatoria* (insignia) de la Modernidad, explicitada en la Revolución francesa.

Cuando el discurso político —la filosofía política— logra traspasar la aparición de los diversos casos, cuando deja atrás lo empírico del proceso político actual y pregunta por el origen o el inicio de los hechos políticos, ocurre un fenómeno de concentración. Se comienza a gravitar en torno a un centro único, casi un eslogan, que quiere también valer como *pass-partout*. Así ocurre al cuestionar, hoy, acerca de las paradojas del universalismo; la cuestión se centra y focaliza, hasta pareciera agotarse, en el carácter etnocéntrico del horizonte “universalista” occidental, de donde proviene. La paradoja consiste en indicar que los universales emancipadores de Occidente —desde la “razón comunicativa” a la “libertad de la voluntad”— están sometidas, desde su génesis, a una cláusula monocultural. Constituyen un conjunto de valores y principios-guía válidos para todos los hombres, de todos los tiempos y de todos los climas culturales; sólo que confeccionados dentro de una franja unidimensional, en todo y por todo, típica de la matriz específica que los ha generado. Esa matriz requiere, además, de una contraseña propia (*pass-word*), inconfundible y precisa que no es otra que la lógica de la identidad y de la identificación, piedra angular de la teoría del conocimiento moderno.

Se trata del dispositivo básico propio del *logos* (o discurso occidental), marcado, desde su nacimiento, por una herida profunda y poco visible: la abstracción de la corporeidad, de la naturalidad, la separación de alma y cuerpo, la bifurcación originaria de la especie.⁴ Entendiendo la profundidad

³ José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, 4 vols., pp. 168 y 2488.

⁴ Theodor Adorno y Max Horkheimer, [1940], *La dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1994.

y vastedad de campo del problema planteado, la argumentación aquí se restringe y focaliza, ámbito propio de la filosofía política, en las que todavía son —hoy por hoy— “promesas incumplidas de la modernidad”⁵ y que, desde hace más de dos siglos, expresan y representan los indicadores del racionalismo occidental moderno; concentración densa en los tres grandes *principios de libertad, igualdad y fraternidad*. Principios nodales que todavía funcionan —sobre todo luego de la caída del Muro de Berlín— como recurso de legitimación de las organizaciones y las instituciones políticas de Occidente. Desde aquí, entonces, una primera interrogación crucial, la que se refiere a la sustentación (fundamentación) de estos principios ante el desafío evidente de una era global, determinada —en contrapunto al conjunto de homogeneizaciones que la caracterizan— por la irrupción de irreductibles diferencias ético-culturales. La pregunta tiene una implicación directa respecto del presente y el porvenir de la forma democrática y del contenido histórico emancipador contenida en ella.

Esos principios que describen el horizonte del universalismo políticamente dominante —influyente— son también y ante todo palabras, si bien no cualesquiera, sino “palabras mayores”,⁶ en todo caso, palabras estratégicas —cardinales, núcleo, hiperdensas, como se las quiera llamar. Palabras que se han apropiado de la realidad —*hiperreales* (otra vez Morin)—, que la moldean y determinan. Tras su apariencia evidente hay implicaciones y enigmas, probablemente descifrables por vía del análisis de los conceptos, pero también mediante el cotejo de los fenómenos de la realidad.

Hay en lo dicho y en la orientación de la reflexión una herencia de la teoría crítica (los estudios iniciales de la Escuela de Frankfurt), un reto al análisis crítico y al control político tanto del fenómeno de la desproporción y extrañamiento entre el hombre y los productos del hombre, esto es, el armamento instrumental-lingüístico de la técnica, la reducción del horizonte humano al dominio de la naturaleza; hay también, sin embargo, otro fenómeno de carácter diferente, si bien ambos en interacción recíproca fuerte, tal fenómeno no es otro que el desnivel, el desajuste cultural producto del conflicto entre los valores y su traducción existencial, entre los principios del universalismo políticamente dominante y su realización práctica en órdenes de constitución material. Mantener una tensión productiva de estas dos

⁵ Jürgen Habermas, [1985], *Ensayos políticos*, Madrid, Península, 1989, pp. 11-16 y 265 y ss.

⁶ Edgar Morin, [1990], *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2000.

vertientes de reflexión crítica —la crítica de la técnica y la crítica de los valores— representaría una posible *chance* de credibilidad para la teoría crítica y para la reactivación (legitimación) de la democracia contemporánea.⁷

II. El desafío multiculturalista

Lo primero que se observa hoy, es que Occidente aparece como una esfera cultural explosiva. Tal explosión, de la que ahora se administran los fragmentos, se ha producido como consecuencia de su éxito, esto es, en virtud de la aparente victoria del modelo occidental a escala global.⁸

¿Qué caracteriza, entonces, la “situación cultural” de nuestro tiempo? ¿Se asiste a la imposición homologadora de los parámetros occidentales en todas las regiones y a todas las culturas? Se trata efectivamente de algo de eso, pero se vislumbra o se debiera vislumbrar algo más que el saludo apologético a la victoria del modelo occidental, la exclamación de que la historia ha llegado a su fin⁹ o el lamento derrotista en contra de la homologación universal que el tipo occidental habría inducido. Lo que puede entretenerse, si nos alejamos del maniqueísmo intelectual dominante —hermenéutica de la euforia o heurística del miedo,¹⁰ es una tendencia que apunta en sentido diametralmente opuesto al del universalismo. Se asiste a una rebelión cada más extensa e intensa de “las políticas de la diferencia”, reivindicadas desde diversos ámbitos, de cara al modelo universalista occidental.

En el plano discursivo de las disciplinas sociales (derecho, filosofía política, antropología, sociología política y demás), el escenario del debate más agudo es el de la batalla de los *communitarians* norteamericanos y canadienses frente a las teorías contemporáneas del pacto democrático. Se trata de un fenómeno intelectual de potentes implicaciones prácticas o, si se quiere, una intervención teórica en política, más sutil e insidiosa que el “tribalismo” nacionalista en la Europa post Guerra Fría o que la disgrega-

⁷ *Ibid.*, p. 124.

⁸ Giacomo Marramao, *Pasaje a Occidente. Filosofía y globalización*, Buenos Aires, Katz, 2006.

⁹ Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Nueva York, Avon Books, 1992.

¹⁰ Jacques Derrida, [1967], *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Anthropos, 1989, p. 109.

ción de la ex Unión Soviética. El “desafío neocomunitario” tiene un carácter sociocultural predominante, antes que directamente político; por eso su potencia de arraigo en grupos étnicos y en estratos de población tradicionalmente indiferentes a la política política (*politique politicienne*).

Para estos fundamentalismos “indígenas” de Occidente, las instituciones del universalismo son representantes del “gran frío” (*big chill*), caracterizados sin remedio por la indiferencia (*blindness on differences*) frente a las diversas políticas del reconocimiento promovidas e instrumentadas por diversas comunidades. Indiferencia ante la multiplicidad de vínculos solidarios que se suscitan entre sujetos concretos, con pertenencia cultural común. Vínculos solidarios, comunitarios, de índole fraternal —aún si duramente autoritarios para con el disenso interno—, imposibles de establecer entre individuos separados de manera atomizada, como los constituidos por la vía del contrato social (de Hobbes en adelante).

De estos elementos básicos comienzan a delinearse los perfiles del desafío multicultural (“neocomunitario”). Desde esa perspectiva radical, no sólo es etnocéntrico el dispositivo estratégico-instrumental del universalismo (técnicas, convenciones, formalidades de la democracia), sino también su “razón comunicativa”, es decir, el propio ideal del diálogo racional. Incluso, para la versión del relativismo cultural antropológico, la persuasión es percibida como una forma tosca —incivilizada— del modelo de conversión del “bárbaro” y del “infiel”, como una forma dirigida a la neutralización de toda “alteridad” cultural. Por otra parte, la insistencia en la concreción —hasta la reconstitución (“reconstitución de los pueblos originarios”)— de diversas formas de vida, tiende a reconducir al ámbito de las especificidades culturales las cuestiones de la solidaridad y de los valores compartidos.

Ante las formulaciones más extremas del comunitarismo, pero, sobre todo, de las versiones más sofisticadas de los multiculturalistas, la reacción fácil consiste en la tentación de no ver en ello más que la repetición de un viejo debate clásico, un fenómeno de anacrónica reacción ante las conquistas de la democracia y el avance del racionalismo occidental; o de manera más *naive* todavía, predicar que se trata de un debate insulso, una coartada sin opciones radicales, perteneciente al territorio del liberalismo, una corrección del mismo,¹¹ al final, una discusión intrafamiliar.

El riesgo consiste en no comprender las razones de un desafío que atrae a su órbita a grupos sociales consistentes y también a intelectuales técnica-

¹¹ Michael Walzer, “The Communitarian Critique of Liberalism”, en *Political Theory*, 18/1, Cambridge, 1990, p. 7.

mente bien equipados —amén de aguerridos—: Robert Bellah, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Will Kymlicka, Martha Nussbaum, Michael Sandel, Christopher Lasch, no digamos la hibridaciones sofisticadas “liberal-comunitaristas” de Walzer o Rorty (ver bibliografía). El gran tema es: ¿las cuestiones de la solidaridad y el vínculo comunitario se encuentran ya adecuadamente reasumidos (en pertinentes vías de esclarecimiento o solución) en las grandes ecuaciones del universalismo? O, en términos más técnicos, como los de la discusión Walzer-Rawls, ¿la pertenencia comunitaria no resulta en sí misma un bien que reclama distribución justa?

Así, podría resultar adecuado revisar —aún si a grandes trazos— los componentes del tríptico revolucionario, emancipador, de la modernidad: *libertad-igualdad-fraternidad*; esas promesas no cumplidas¹² que atascan un tránsito diáfano a la posmodernidad y que obligan todavía a la Modernidad a morderse la cola (versiones de modernidades reflexivas, segundas, etcétera).

III. Libertad, igualdad y ¿fraternidad? Nación y clase como paradojas

Esos tres principios del universalismo moderno —libertad, igualdad, fraternidad—, verdaderos ejes de la reflexión contemporánea, de mediados del XIX a los principios del XXI, que capturaron y cautivaron a todo el XX, ocultan consecuencias difíciles de dilucidar en virtud de su carácter paradójico. Las paradojas —en sentido fuerte— de ese universalismo constitutivo de la política moderna y de su bujía vital, la libertad (de los modernos), pueden distinguirse y entenderse mejor de tres modos específicos: 1) *paradojas inherentes a la propia estructura ideal-conceptual*; 2) *efectos paradójales de los procesos de exclusión y desigualdad*, y 3) *paradojas inherentes a la dinámica y la experimentación históricas*.

Primero. La histórica disputa, de varios siglos, entre liberalismo, socialismo y democracia se ha focalizado casi en exclusividad en los polos de la libertad y de la igualdad. Se ha planteado, a menudo, la cuestión de distinguir la una de la otra o de conjugarlas en una síntesis superadora o —al menos— aceptable o, también, entenderlas como una tensión permanente en trance imposible de resolución. Sobre esta tensión bipolar se ha desarrollado el complejo de las doctrinas políticas, económicas y sociales con-

¹² Habermas, *op. cit.*, pp. 265 y ss.

temporáneas referidas a los grandes modelos políticos ideales y sus correspondientes modos de composición: liberal-democracia, social-democracia, socialismo-liberal. Llama la atención que, por lo menos en el perfil teórico, *la fraternidad* se presente como la dimensión olvidada de la discusión (ni siquiera se encuentra como voz específica en el *Diccionario de Política* de Bobbio¹³). Laguna difícil de explicar, toda vez que se trata de uno de los principios clave del trinomio del universalismo, emblemático del *ethos* emancipador de Occidente.

¿Cuál podría ser la razón de esa ausencia?, ¿de ese lapsus? El tema de la hermandad —fraternidad— apunta directamente a la cuestión del nexo, del vínculo solidario-comunitario que ninguna lógica pura de la libertad o de la mera igualdad está en condiciones de interpretar o resolver. La lógica a la que responden los principios-valores de la libertad o de la igualdad es, efectivamente, una lógica que subyace en el modelo cultural —histórica y antropológicamente determinado— de la autonomía (autodeterminación y autodecisión), modelo cuyo fundamento no puede ser otro que el individualismo. Se trata, claro está, de una lógica propiamente moderna.¹⁴

¹³ Norberto Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino, eds., *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1983.

¹⁴ La popular teoría de las “Generaciones de Derechos Humanos” fue propuesta por Karel Vasak, en el discurso inaugural de un curso impartido en el Instituto Internacional de Derechos Humanos (Institut international des droits de l’homme), de Estrasburgo, Francia, en 1979. De manera metafórica, el jurista hizo alusión a la evolución de los Derechos Humanos, basándose en el lema de la Revolución francesa: *Libertad, Igualdad y Fraternidad*; valores que confirió respectivamente a cada una de las tres generaciones o categorías, que también propuso. La Primera generación, corresponde a los derechos legales civiles y políticos, fundamentados en la libertad (*Liberté*), la Segunda, a los derechos económicos, sociales y culturales, basados en la igualdad (*Égalité*), y la Tercera, a los derechos de solidaridad (*Fraternité*). El discurso de Vasak ganó fama y algunos juristas lo adoptaron, entre ellos, Norberto Bobbio, quien es uno de los principales responsables del desarrollo y divulgación de la “teoría de la generaciones”, a tal punto, que muchos piensan que es de su autoría.

La clasificación de los Derechos Humanos por generaciones se construye atendiendo a un conjunto de elementos, tales como: el carácter histórico, la aparición de nuevos elementos conceptuales, sociológicos y antropológicos, así como al reconocimiento —en orden cronológico— de los derechos humanos por parte del orden jurídico normativo de cada país. Lo útil de esta clasificación doctrinal es que ordena los Derechos Humanos según su importancia, no jerárquica sino evolutiva; no sólo en lo relativo a la atención de las aspiraciones y necesidades del hombre, materiales y espirituales, sino, más aún, en relación con la promulgación de los diferentes instrumentos jurídicos para su protección, así como en interrelación con la elaboración de diferentes textos filosóficos, sociológicos, políticos o económicos que sirven para su justificación, defensa o promoción.

Luego, se puede afirmar que en la estructura conceptual y simbólica del universalismo existe un conflicto latente entre *lógica de la ciudadanía*, de carácter general (universal) y *lógica de la pertenencia*, de carácter específico (particular). Resulta obligado, en consecuencia, que los movimientos, tendencias, partidos y organizaciones que “pugnan por derechos diferenciados” asuman con radicalidad (política y teórica) lo crucial de esta paradoja. De donde deriva una pregunta decisiva para el debate político contemporáneo: ¿cómo ser portador de derechos sin contravenir la lógica de la pertenencia?, ¿cómo conjugar el universalismo con las diferencias? (¿libertad sin diferencias? ¿igualdad sin más para todos?)

Dos ejemplos históricos vienen a cuento. Ya en la fase revolucionaria burguesa, la fraternidad establece una conexión negativa fuerte con el referente de la *nación* (*nation*) de cara al universalismo rampante de la Revolución francesa. Sin embargo, esa referencia a la(s) nación(es) es la que históricamente genera el contrapeso —y contrapaso— antiuniversalista, mediante el cual los Estados posrevolucionarios europeos asumen el factor nacional, “la nacionalización de las masas” (G. Moose, 1999), como momento de identidad defensiva —reconocimiento y pertenencia— respecto de la pretensión francesa de imponer, por el camino de una legitimación “universalista-revolucionaria”, sus propios y específicos intereses nacionales y expansionistas.¹⁵ El vínculo fraternidad-nación sirve de límite al falso universalismo de la libertad del *citoyen* y la igualdad de todos.

El otro ejemplo histórico de imposición de límites al universalismo lo ha constituido la lógica propia de la noción de *clase*. De modo análogo —si bien con diferencias— a la estructura lógica de lo nacional, la *clase* plantea el problema de una pertenencia y de una identificación simbólica, que en sí misma no puede inferirse por los dos términos pivote —igualdad y libertad— del debate revolucionario-emancipador del Occidente moderno. *Nación* y *clase*, reivindicaciones de pertenencia que han funcionado como límite y freno a la lógica de los derechos, en tanto que dinámica expansiva de reglas y dispositivos formales de garantía universalmente válidos.

La clase ofrece dos ejes de particularización (seccionamiento): uno horizontal, plantado en la base de su vocación transnacional —“internacionalista”—; el otro vertical, con criterios fuertes —y hasta excluyentes— de identidad y pertenencia. Aunque también, en su proyección histórica, la clase conlleva un perfil de doble filo: de un lado, la proclama y la promoción, enarbolada durante periodos de la historia del movimiento obrero,

¹⁵ Francois Furet, *Pensar la revolución*, Madrid, Pretel, 1980, pp. 32-33.

del ideal iluminista, cosmopolita, en contra del nacionalismo, contra los “repliegues nacionalistas de la burguesía”; y, por otro lado, a contrapelo, sus consignas y llamados a “recoger las banderas nacionalistas”, que la élites gobernantes —*a fortiori* burguesas— habían abandonado “en el cieno de la ineptitud”.¹⁶ El caso extremo lo constituye el leninismo y su amalgama entre clase y Estado, *ensamble* muy distante al elaborado por Marx y la Primera Internacional y también del más sofisticado producido por la Segunda Internacional, en tiempos ya de mayor complejidad y afianzamiento del capitalismo.¹⁷

Segundo. Procede ahora la revisión de las paradojas inherentes a la dinámica y la experiencia históricas de los principios del universalismo. Poder mirarlas supone retomar un tema que parecía diáfano a la perspectiva desencantada de Max Weber¹⁸ o de Alexis de Tocqueville¹⁹ y, también, al “ojo infernal” del viejo Marx²⁰ en los fragmentos dedicados en *El capital*, a la reconstrucción histórica de “la acumulación originaria”. Se trata de una triple coincidencia notable que consiste, a saber: que el proceso de la modernidad capitalista constituye un acontecimiento único, completamente excepcional, en el contexto de las sociedades humanas (ver también —muy posterior y contemporáneo— Steiner²¹). Dicha excepcionalidad descansa sí en la potencia productiva y tecnológica de su desarrollo material, aunque, se realiza en virtud de una revolución de los valores y de una radical ruptura de los vínculos comunitarios, aquellos que otorgaban consistencia a los modos de vida tradicionales, premodernos. La consolidación del universalismo moderno coincide así con la experiencia del desarraigo universal (el proletariado de Marx, los ya sin nada que perder).

Lo decisivo de esta experiencia es que resulta consecuencia del despliegue cultural exitoso del universalismo y de su núcleo racional irreductiblemente individualista. La paradoja se muestra en toda su agudeza, el modelo individualista —no el modelo holista— es el que se encuentra en la

¹⁶ Fernando Claudín, *La crisis del movimiento comunista*, t. 1, Madrid, Ruedo Ibérico, 1970; Wolfgang Abendroth, [1965], *Historia social del movimiento obrero europeo*, Barcelona, Laia, 1975.

¹⁷ Francois Furet, *El pasado de una ilusión*, México, FCE, 1995, pp. 151 y ss.

¹⁸ Max Weber, [1920], *Ensayos sobre sociología de la religión*, Madrid, Taurus, 1984, 3 vols.

¹⁹ Alexis de Tocqueville, [1848], *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, 2 vols.

²⁰ Marx, *op. cit.*, pp. 891 y ss.

²¹ George Steiner, *La idea de Europa*, México, Siruela / FCE, 2005, pp. 56 y ss.

base del principio de igualdad. Es sobre esta plataforma individualista que puede entenderse la inaudita fuerza expansiva de la igualdad (“una vez que la igualdad irrumpe en la historia ya no es posible expulsarla”, decía Tocqueville²²).

Lo que tampoco era ajeno a las perspectivas de Weber, Tocqueville y Marx era que el *modelo holista*, por su intrínseca naturaleza organicista y jerárquica (tradicional), ha resultado ser el gran diferenciador histórico, el diferenciador —promotor de desigualdad y exclusión— por excelencia; en tanto que el *modelo individualista*, en virtud de su vocación intrínsecamente igualitaria, ha resultado ser un homologador —promotor (moderno) de la no diferencia— de gran eficacia. Paradoja crucial observada por los tres y que, sin embargo, por diversas razones en cada caso, no repercuten en alguna vía de resolución, manteniéndose así la incertidumbre. Al diagnóstico desencantado de los dos primeros, no sigue una teoría de construcción histórica; en tanto que Marx, tan empeñado en hacer la historia —si bien duramente condicionada— apuesta por una solución. No obstante, si se la observa, su propuesta va en el sentido de una coincidencia entre la realización individualista y la satisfacción colectiva. La centralidad del “cada uno” individualista —en las admoniciones del *Manifiesto del Partido Comunista*²³ o en la tardía *Crítica al Programa de Gotha*²⁴— es el remitente y el destinatario del “todos” comunista.

El empeño crítico de Marx parece conducir al extremo perseverante de la racionalidad lógica del individualismo, tan ferozmente cuestionado por él, aunque paradójicamente afirmado. Si, de una parte, el marxismo (marxiano) y —por momentos— el movimiento obrero, se había pronunciado por llevar adelante la idea iluminista de la emancipación aterrizándola al plano material de los conflictos reales; por la otra, la lógica de clase se esgrimía como un arma contra el modelo de la homologación individualista. La pertenencia de clase ha sido siempre expresión de una alteridad y una aporía irresoluble para el universalismo, puesto que ha funcionado como una amalgama irresuelta del nexo social contra la fragmentación inducida por el principio individualista.

²² Tocqueville, *op. cit.*

²³ Karl Marx, [1848], “El Manifiesto del Partido Comunista”, en *Obras escogidas de Marx y Engels*, vol. 1, Moscú, Progreso, 1971.

²⁴ Karl Marx, [1875], “Crítica del Programa de Gotha”, en *Obras escogidas de Marx y Engels*, vol. 2, Moscú, Progreso, 1971.

Dos derivaciones contradictorias ha padecido, en consecuencia, el pensamiento de izquierda; de un lado, la fetichización de lo colectivo como idea clave para el movimiento —sus distorsiones y legitimaciones “ortodoxas”²⁵ y, de otro, el surgimiento de contratendencias y zonas de resistencia al universalismo, donde se reivindica la autonomía irreductible de sujetos parciales —reales o míticos— como la raza, la etnia, *Volk* o el pueblo.²⁶ No deberían pasar desapercibidas las inquietantes coincidencias entre izquierda y derecha respecto del “pueblo” —historicismos igualmente miserables,²⁷ tanto el comunismo como el nacional-socialismo, lo que permite atisbar que el totalitarismo contemporáneo no es una aberración del destino progresivo y progresista de Occidente, sino una atribución de características individualistas de la voluntad de poder y dominio del mundo a una identidad o a un fetiche de carácter colectivo.²⁸

El análisis de la dinámica de las masas modernas reclama la exigencia de entrar en el corazón de las tinieblas de Occidente y sacar a la luz sus elementos constitutivos más turbios e inquietantes.²⁹ Ni qué decir que enfrentar el problema de este modo conduce a un territorio frágil, al borde del abismo, el límite mismo del enfoque de tipo racionalista utilitarista de los fenómenos sociales o —al modo de los de Frankfurt—, el imposible de la crítica de la razón instrumental ensayada desde la misma razón criticada.³⁰

IV. Procesos de desigualdad y exclusión; efectos paradójicos

Dos modalidades diversas del *discurso crítico*, la crítica marxiana y el postestructuralismo foucaultiano, previas y ajenas, respectivamente, al multiculturalismo de raigambre liberal, son las que pueden establecer teóricamente los fundamentos materiales, políticos y culturales de las reivindicaciones de las minorías culturales.

En el sentido de la reivindicación del discurso crítico en las ciencias sociales, en tanto extensión contemporánea del ánimo inicial de la teoría crítica (Horkheimer, [1974]-1968), la situación ha llegado a ser, por decir-

²⁵ Georg Lukács, [1923], *Historia y consciencia de clase*, México, Grijalbo, 1969, pp. 1-28.

²⁶ Furet, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

²⁷ Karl Popper, [1957], *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza, 1973.

²⁸ Hanna Arendt, [1951], *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1974.

²⁹ Elías Canetti, [1960], *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik, 1977, p. 270.

³⁰ Adorno y Horkheimer, *op. cit.*

lo con de Sousa Santos al menos desconcertante. Si en el inicio del siglo XXI ocurren y se padecen multitud de cosas que merecen ser criticadas, “¿por qué se ha vuelto tan difícil producir una teoría crítica?”³¹ Si las promesas emancipatorias de la libertad y de la igualdad no sólo permanecen incumplidas, sino cada vez más extensamente negadas; si el objetivo de dominio de la naturaleza —condición necesaria y decisiva para el supuesto progreso humano— se ha convertido en un efecto perverso que precipita el riesgo de una crisis ecológica planetaria; ¿cómo es que la reflexión teórico científica de las ciencias sociales no se despliega críticamente y lo hace sólo como pensamiento descriptivo y funcional?

El discurso crítico debiera ser por tradición aquel que no se reduce a la realidad, a lo meramente existente. La realidad —con independencia de cómo se la conciba filosóficamente— es para la teoría crítica un campo de posibilidades, del que hay que definir y ponderar los grados de variación que existen más allá (o que son potencialmente inherentes) de lo empíricamente dado.³² El discurso crítico de lo que existe descansa en el supuesto de que los hechos o los datos de la realidad no agotan las posibilidades de la existencia; por tanto, que hay alternativas aptas para superar lo que resulta criticable en la realidad existente. La teoría crítica no es fría, otorga valor al malestar, a la indignación y al inconformismo, que son entendidos y asumidos como fuente de conocimiento crítico, incluso, condición para teorizar acerca del modo de modificar el estado de cosas prevaleciente.

De sobra está decir que apunta a una reconfiguración del paradigma científico en las disciplinas sociohistóricas, diferenciado del paradigma positivista, imitativo del de las ciencias naturales, en que problematiza la tajante distinción entre juicios de hecho y juicios de valor; que asume que la referencia a valores constituye condición obligada para construir explicaciones adecuadas en el ámbito de las ciencias de la historia (o del espíritu). Es por ello que en la dinámica del debate contemporáneo y, particularmente, en los territorios de la discusión con y en el discurso multiculturalista, el recurso a las fuentes de la tradición crítica resulta ser un procedimiento fructífero, ello así en virtud de que disminuye la fricción de la *litis* irresoluble derivada del conflicto de valores.

Desde esta perspectiva, aquí se postula una suerte de complementariedad entre la tradición de la teoría crítica y el discurso multiculturalista,

³¹ Boaventura De Sousa Santos, [1997], *El milenio perdido*, Madrid, Trotta, 2005, p. 97.

³² Max Horkheimer, [1968], *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974.

donde la primera ofrece vías de explicación y fundamentación de las condiciones materiales que posibilitan e inducen las reivindicaciones de las minorías sujeto de exclusiones y desigualdades.³³

El discurso multicultural, como se sabe, proviene de tradiciones arraigadas, más bien, al curso de la filosofía política del liberalismo y del relativismo cultural en clave antropológica. Es un discurso inscrito en el horizonte de las discusiones determinadas por los principios de la *igualdad* y la *libertad*, en todo caso, postura política e intelectual que reivindica con fuerza renovada la noción de *fraternidad*, tan elusiva y eludida en la Modernidad capitalista; promesas no cumplidas —a su vez— del proyecto emancipador de la revolución burguesa y su paradigma histórico, la Revolución francesa.

Las modalidades críticas de la *teoría crítica* de Marx y de la *genealogía de los mecanismos del poder*, desarrollados por Foucault, son susceptibles de soportar explicativamente la condición de las minorías culturales, en un código diferente al del discurso filosófico, político y cultural moderno de raíz liberal. Se trata de los *sistemas modernos de desigualdad y de exclusión* que están en la raíz de la conformación de las condiciones que impelen a las minorías culturales a reivindicar valores de igualdad y de reconocimiento de las diferencias y, así, demandar derechos diferenciados, nuevas modalidades de ciudadanía multicultural y hasta una otra configuración pluralista del Estado.

Desigualdad y exclusión son fenómenos sociales de gran calado histórico; han existido siempre (transhistóricos), no son, pues, exclusivos de la Modernidad. Sin embargo, ambas tienen un significado histórico diferente al que tuvieron en las sociedades premodernas o —más cerca— en las sociedades del Antiguo Régimen. En la Modernidad capitalista, por primera vez en la historia, la igualdad, la libertad, la ciudadanía (sucedáneo refuncionalizado politizado de la fraternidad) son reconocidas como principios emancipatorios de la vida social. En consecuencia, las formas de desigualdad y las exclusiones tienen que ser justificadas como excepciones o como incidentes de un proceso social que no puede, por principio, reconocerlos como legítimos o consustanciales a su modo de ser social. No hay en el

³³ En este mismo sentido, otro punto de articulación decisivo entre estas tendencias de pensamiento resulta de la reivindicación de la lucha por el reconocimiento, de raigambre crítica hegeliana, puesta en el debate reciente por Honneth, respecto de la propuesta de la política del reconocimiento de Charles Taylor, idea referencial clásica del pensamiento multicultural. Ver Axel Honneth, [1992], *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Crítica, 1997, y Charles Taylor, [1992], "The politics of recognition", en Charles Taylor *et al.*, *Multiculturalism*, ed. e introd. de Amy Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1994.

discurso moderno o contemporáneo política social legítima más que aquella que busque y determine los instrumentos para minimizar la desigualdad y debilitar la exclusión. No obstante, cuando el modelo de la Modernidad converge y se restringe al desarrollo capitalista, las sociedades modernas asisten a la contradicción entre los principios de emancipación que apuntan a la igualdad y la integración social, enfrentados a los principios de regulación, que rigen los procesos de desigualdad y exclusión generados por el mismo desarrollo capitalista.

La *desigualdad y la exclusión son dos sistemas de pertenencia jerarquizada*. En el sistema de desigualdad, la pertenencia ocurre mediante la integración subordinada; quien está abajo está dentro, su presencia resulta indispensable. En tanto que en el sistema de exclusión —también jerárquico— la pertenencia se da por exclusión; se pertenece por el modo como se es excluido, quien está abajo está fuera.³⁴ El gran teórico de la desigualdad en la modernidad capitalista (siglo XIX) es Marx. Se trata de un fenómeno socioeconómico. La relación capital/trabajo es el gran principio de integración social, integración fundada en la desigualdad entre el capital y el trabajo, desigualdad socialmente personificada en clases, basada en un intercambio desigual cuyo gran escenario es el arreglo obrero-patronal: fuerza de trabajo cualitativa a cambio de salario cuantificado; la integración básica moderna radica, pues, en esa negación de la igualdad (desigualdad), esencia de la explotación moderna o capitalista.³⁵

Por su parte, el teorizador de la exclusión es Foucault. Aquí se asiste a un fenómeno cultural y social, un asunto de civilización. Se trata de un proceso histórico mediante el cual una cultura —por medio de un “discurso de verdad”— genera una prohibición y la rechaza; es el terreno de la transgresión: locos, criminales, delincuentes, sexualmente desviados. Las “disciplinas sociales”³⁶ conforman un dispositivo de normalización que descalifica (aunque también califica) y que, de esa manera, consolida la exclusión. La expulsión del ámbito de la normalidad se traduce en reglas jurídicas³⁷ que marcan la exclusión; en la base misma de la exclusión habita una pertenencia

³⁴ Se trata de *tipos ideales*, puesto que en la práctica los grupos sociales se introducen al mismo tiempo en los dos sistemas. Desigualdad y exclusión, así entendidas, son nociones extremas que ilustran en su abstracción la estructura modélica de los sistemas, claves para ponderar los grados de su eficacia, idóneos para articularlos a otras modalidades típico-ideales de la misma índole jerarquizante, como el sexismo y el racismo.

³⁵ Marx, *El capital*, op. cit., pp. 651 y ss.

³⁶ Michel Foucault, [1966], *Las palabras y las cosas*, México, Siglo XXI, 1968, pp. 334-361.

³⁷ Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Madrid, Gedisa, 1980, pp. 111-114.

cia que se afirma por la no pertenencia, al final, un modo específico de dominar la disidencia.

En tanto que el sistema de desigualdad descansa paradójicamente en el núcleo esencial de la idea de igualdad, pues el contrato de trabajo se realiza entre partes libres e iguales; el sistema de exclusión reside esencialmente en el concepto de la diferencia, ya sea en el determinismo biológico de la desigualdad racial o sexual o mediante la normalización implementada por las disciplinas —que no ciencias— respecto de los transgresores de la prohibición. Las prácticas sociales modernas, las ideologías y las actitudes combinan la desigualdad y la exclusión, la pertenencia subordinada, el rechazo y la prohibición. Un sistema de desigualdad puede estar, en condiciones determinadas, articulado a un sistema de exclusión.³⁸ Tanto la desigualdad como la exclusión aceptan grados diversos; el grado extremo de desigualdad es la esclavitud, el de la exclusión es el exterminio o —de nuevo en nuestros días— la limpieza étnica.

En estos sistemas jerárquicos y su conceptualización típico-ideal, realizada, de manera mejor y principal por Marx y Foucault, se puede encontrar una vía de fundamentación, una plataforma conceptual de las reivindicaciones de las minorías culturales, sean nacionales, étnicas, de preferencias sexuales o de comportamientos límite, también las de las mujeres entendidas como “minoría simbólica”. Las conceptualizaciones de los sistemas de desigualdad y exclusión, su explicabilidad sólo en función de los principios de igualdad y diferencia, gravitan en el debate contemporáneo, modulado por la impronta del multiculturalismo. Juegan el papel de estructuras ausentes, en el sentido de que el discurso multicultural no los verbaliza, no los hace explícitos en la argumentación, aunque su ausencia-presencia condicione o determine el sentido del argumento.

V. Discurso multicultural. Una agenda

Las modalidades que la mirada multicultural, su desafío e imperativos, ofrecen al debate contemporáneo, condensan admirablemente esos límites —paradojales— del universalismo occidental en nuestros días. Se trata de un tema crucial, estratégico, no sólo en el plano teórico, sino también en el plano del desafío sociocultural a la democracia por parte de los *communarians*; el tema del *conflicto de valores*.

³⁸ *Ibid.*, pp. 111-114.

¿En qué consiste ese desafío? ¿Cómo se formula? ¿Cuál es su “agenda”? En su acepción más general, *multiculturalismo* refiere al conjunto de políticas y arreglos institucionales que, a partir de considerar —no como un hecho, sino como un *valor*— el pluralismo cultural, religioso y de formas de vida de la sociedades actuales, busca responder a las demandas y luchas por el reconocimiento colectivo de grupos diversos como las minorías nacionales, los pueblos indígenas, los inmigrantes, los grupos gays o de lesbianas, trans-sexuales, etcétera, o, en otro plano, de las mujeres. Más allá de la mera *tolerancia* (pasiva), estos núcleos buscan aceptación, respeto e inclusión en la esfera pública, lo que supone un desafío a los modelos monistas de democracia liberal disponibles.³⁹

Una reciente clasificación de grupos étnicos y culturales, objeto del debate del multiculturalismo,⁴⁰ dibuja un abigarrado panorama para la discusión normativa:

- A. Minorías nacionales: a) Minorías nacionales, b) Pueblos indígenas.
- B. Minorías inmigrantes: c) con derechos de ciudadanía, d) sin derechos de ciudadanía, e) refugiados.
- C. Grupos religiosos: f) Aislacionistas (Amish), g) No aislacionistas (musulmanes).
- D. Grupos sui géneris: h) Afroamericanos, i) Gitanos, etcétera.

Conviene evitar dos equívocos de implicaciones negativas a fin de encarar el desafío suscitado por el multiculturalismo y que pueden complicar sobremanera la posibilidad de una apropiación normativamente adecuada del tema. Antes que nada, hay que entender que no se trata grupos sociales caracterizados sólo por rasgos objetivos (ser indígena, habitar el territorio de una comunidad histórica, ser gitano o musulmán), como una condición étnica o religiosa acreditable a algún esquema de demografía estática, sino de *colectivos propiamente políticos*: esto es, no todos los miembros que reúnen los rasgos objetivos se identifican con el grupo y su cultura y los que lo hacen poseen perspectivas plurales al respecto. Los procesos de construcción política de la identidad de grupo poseen decisivos componentes de elección y estrategia y son dependientes del contexto.

³⁹ Monique Deveaux, *Cultural pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell, Ithaca / Cornell University Press, 2000.

⁴⁰ Will Kymlicka, *La política vernácula*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 22 y 171.

El concepto de multiculturalismo refiere, entonces, no a grupos e identidades colectivas como tales, sino a la dimensión cultural y política de los mismos y a los contextos sociales y políticos, movimientos, discursos, políticas y arreglos institucionales correspondientes. La existencia de tensiones y conflictos entre igualdad económica —conflicto de clases— y reconocimiento cultural,⁴¹ no es de mayor relieve que la tensión política que existe entre derechos individuales y colectivos,⁴² o entre identidad de grupo y la común identidad que fundamenta la convivencia plural en un Estado democrático.⁴³

El multiculturalismo, en sentido amplio, incorpora no sólo diferencias meramente culturales (en el sentido débil de “diversidades culturales de cultura abstracta”) sino que involucra un principio capaz de subvertir la propia homogeneidad de la nación, tal es su concepto de comunidad político-cultural. Lo decisivo es que incorpora al conflicto de valores, al pluralismo de valores (politeísmo weberiano), no sólo como diversidad de creencias e ideales éticos personales, sino como modos sociales de vida compartidos, dotados de necesidades diferentes.⁴⁴

Esta consideración impacta la elaboración normativa de la *diferencia* en su punto más alto: afirmar la *pluralidad de modos de vida plausibles*, no en el exterior,⁴⁵ sino en el seno de nuestras mismas sociedades, no tiene —en opinión de Rawls— que significar la inexistencia de valores universales, ni rehusarse a la exigencia de derechos humanos asimismo universales. Podría ser, aunque sí supone, a contrapelo y con menos benevolencia, cuestionar axiomas establecidos en el pensamiento liberal y democrático: que existe un modo de vida superior derivado de una común naturaleza humana, una civilización universal hacia la que todas las culturas convergerían de un modo u otro;⁴⁶ en segundo lugar, que los valores y derechos sólo pueden realizarse mediante un único sistema político como modelo universal; y, por último, la confianza de que las potencialidades, aspiraciones y valores son

⁴¹ Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

⁴² Will Kymlicka, *The rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

⁴³ John Rawls, [1982], *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1990; Will Kymlicka, [1995], *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.

⁴⁴ Charles Taylor, [1992], “The politics of recognition”, en *op. cit.*

⁴⁵ John Rawls, “Rawls-Habermas. On Justice. A critical Conversation”, en *Journal of Philosophy*, XCII, núm. 3, Cambridge, 1995.

⁴⁶ Isaiah Berlin, [1955], *Contra la corriente; ensayos sobre historia de las ideas*, México, FCE, 2006.

conciliables en un todo armónico. Por el contrario, las capacidades, virtudes y valores humanos se consideran, en este debate, abocadas al conflicto, cargadas contradictoriamente en virtud de su heterogeneidad y las apreciaciones valorativas diferenciadas, por ello es que las diversas concepciones de humanidad resultan ser limitadas y parciales.

VI. Conflictos de valor y pluralismo

Es constitutivo de la tradición occidental, en filosofía y también en política —salvo excepciones— considerar los conflictos de valores como episodios extravagantes, como accidentes un tanto patológicos. No se trata de una consideración que atañe sólo al paradigma utilitarista, sino —incluso— a la idea kantiana del hombre como agente moral. Con el desgaste histórico del determinismo y del sustancialismo causal, se ha observado un retorno en grande de la ética. No obstante, este retorno parece viciado en su base por el prejuicio de la doctrina del comportamiento racional: el hombre es un sujeto ético-trascendental que actúa según principios universales, con independencia de su situación existencial y de su específica pertenencia (arraigo) histórico y cultural.

La cuestión radica en ponderar si tal presupuesto constituye una plataforma teórico-conceptual apta para lidiar con los desafíos contemporáneos o si, en cambio, esta idea conlleva implícitamente la matriz correspondiente de la paradoja etnocéntrica del universalismo occidental. En consecuencia, dilucidar si en virtud de su carácter paradójico —a la vez, cultura universal y cultura monocultural— no resulta un instrumento, poderoso y sutil, para la “colonización” de las demás culturas. La temática del *conflicto de valores* sirve de catalizador para el despliegue de las dos principales versiones actuales de la doctrina del comportamiento racional, neo-utilitarismo y neo-contractualismo.

Una revisión relámpago de dos autores, del lado de la crítica histórica cultural y de las ideas y de la filosofía política propiamente dicha, sirve de ilustración competente para coadyuvar a la construcción de un juicio complejo y más equilibrado de las elaboraciones ético-políticas contemporáneas. Se trata de Bernard Williams⁴⁷ e Isaiah Berlin.⁴⁸

⁴⁷ Bernard Williams, “Tolerating the Intolerable”, en Susan Mendus, *The Politics of Toleration*, Edimburgo, Edimburg University Press, 1999.

⁴⁸ Berlin, *op. cit.*

Para los dos, el límite del *neo-utilitarismo* puede reconocerse en la pretensión de reducir el conflicto de valores a un caso de incoherencia lógica; en tanto que el límite del *neo-contractualismo* radica en presuponer una alta homogeneidad cultural en los sujetos y en los grupos que son colocados en la “posición originaria” de cara al contrato social. Si tales puntos sirven como preliminares, entonces, la crítica del discurso de John Rawls, realizada por los neocomunitarios (Walzer, Rorty, Taylor) aparecería con una fundamentación sólida. El famoso “velo de ignorancia”, que es presupuesto de la “posición originaria” del contrato,⁴⁹ resulta un tanto estrecha. Se puede incrementar su amplitud y tensar sus márgenes, si se incluye a sujetos culturalmente distantes o distanciados de la tradición cultural de Occidente; hombres y mujeres ajenos a la impronta cultural y moral de la Revolución francesa y sus valores (libertad-igualdad-fraternidad) o a quienes —pese a todo— no están dispuestos a asumir un significado universal a los valores y principios derivados de ese acontecimiento histórico-simbólico.

Ése es el desafío y la dificultad a los que se enfrentan en la actualidad las sociedades democráticas de Occidente: dar la cara a las reivindicaciones de ciudadanía de individuos, grupos y comunidades diferenciados culturalmente quienes reclaman el reconocimiento de sus derechos, y que no están dispuestos —sin embargo— a reconocer validez y legitimidad universales al formalismo democrático. Para Williams y Berlin, la tradición de la filosofía ilustrada occidental encuentra su límite justo allí, donde considera los conflictos de valor como desviaciones, como obstáculos que resulta imperativo eliminar, inconvenientes callejones sin salida de los que hay que salir tan pronto como sea posible, tal es el caso de las reivindicaciones y derechos diferenciados en el seno político y jurídico del Estado, diseñado y para y desde la homogeneidad (igualdad abstracta del ciudadano).

Es relativamente conocida la tesis de Berlin⁵⁰ e que la tendencia predominante de la filosofía política en Occidente se ha construido sobre una base “trípode”, tres afirmaciones que se constituyen en fundamentales:

Primera. Para cada pregunta válida existe una única respuesta correcta, que excluye a las demás como erróneas, como no verdaderas; no existe interrogante, si formulado con pertinencia lógica, al que pueda responderse con dos respuestas diferentes que sean verdaderas; consecuentemente, si no existe una

⁴⁹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Londres, Oxford University Press, 1971, pp. 161 y ss.

⁵⁰ Isaiah Berlin, *Freedom and its Betrayal. Six Enemies of Human Liberty*, Londres, Chatto & Windus, 2002.

respuesta correcta, el interrogante debe ser considerado como no pertinente. *Segunda.* Existe un método para encontrar las preguntas lógicamente coherentes. *Tercera.* Todas las respuestas correctas deben ser compatibles entre sí.⁵¹

Según Berlin, una tradición filosófica así estructurada podrá estar en condiciones de compatibilizar relativamente los diversos intereses, esto es, estará en condiciones de tolerar el conflicto de intereses; pero no contará con las aptitudes para tolerar el conflicto de valores. Juzgará el conflicto de valores como patología, como un desencadenamiento (textualmente, separación de la cadena del ser) fuera del orden lógico, como colapso de la coherencia lógica, en suma, como déficit de racionalidad.

La cuestión redonda en una suma complejidad toda vez que el contexto social está conformado efectivamente por una pluralidad de valores, conjunto de valores diversos que pueden entrar en conflicto y que pueden no ser reductibles entre sí. Su naturaleza valorativa los impele de suyo a transmutarse en conflicto de imperativos y, por tanto, en conflicto de obligaciones. Tal situación no puede ser discernida y procesada como si se tratase de un caso de incoherencia lógica, más que si se piensa y funciona según un modelo de razón asumido como universal; tal es el caso del modelo racional occidental determinado por su carácter etnocéntrico (dotado, además, de una polémica carga histórica colonialista).

Se trata de una situación trágica, aduce Williams,⁵² en la que se asiste a una inconmensurable exclusión entre distintas y contrapuestas jerarquías de valor. Tal es no sólo el caso del presente, donde se confrontan la cultura occidental y las demás culturas, sino también del hecho de este conflicto de valores está situado ahora en el corazón cosmopolita, en la realidad de las metrópolis de Occidente y no sólo en su periferia. Con la globalización del modelo occidental, la cuestión de la alteridad cultural no se configura sólo como una confrontación con lo externo, sino como una aporía propia del funcionamiento de la misma sociedad occidental. Parodiando a Huntington, el choque civilizatorio sería no sólo explosivo, confrontación de dos exterioridades,⁵³ sino implosivo, inherente a una contradicción interna, inescapable, occidental y metropolitana, globalizada.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 137.

⁵² Williams, *op. cit.*

⁵³ Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations and The Remaking of World Order*, Nueva York, Touchstone, 1996.

Isaiah Berlin alude en su argumento al ámbito del derrumbe de las ideologías y con ello apunta al carácter decisivo del problema. “¿Por qué el fracaso del ideal de ‘una sociedad perfecta’ o la utopía del ‘hombre nuevo’ no han quedado agotados con el fracaso del socialismo real? ¿Por qué y cómo es que ha derivado a una confrontación más amplia, tanto espacial como temporal, repercutiendo de Este a Oeste?”⁵⁴ Para decirlo con Daniel Bell,⁵⁵ el fracaso de las soluciones y propuestas socialistas no significaron la solución de los problemas del capitalismo, las respuestas fallaron, las preguntas siguen en pie.

Una sugerencia explicativa de Berlin resulta iluminadora: el supuesto de la aceptación, de principio, del nexo inquebrantable entre la *utopía emancipatoria occidental* y la idea de una *naturaleza homogénea y universal del hombre*, homogeneidad garantizada en términos tanto ético-valorativos como racional-lógicos, es lo que asegura la pertinencia y persistencia modernas de un sujeto universal.

Las diversas modalidades de utopía emancipatoria encontrarían sus raíces desde los orígenes de la vocación universalista de la cultura occidental. Desde las “utopías coloniales” hasta la “colonización del futuro”, todas estarían signadas con la imagen de la “satisfacción universal”: la quietud de la perfección entendida como recuperación del paraíso perdido, la restauración de una unidad originaria quebrantada.⁵⁶

Ante esa perseverancia universalista indeclinable, la propuesta de Berlin es la del *pluralismo*, como la única solución plausible a esa oposición contemporáneamente agudizada entre el universalismo y el relativismo cultural. Revisemos a grandes trazos su argumentación.

La estrategia argumental de Berlin⁵⁷ consiste en contraponer al modelo universalista el otro lado de la filosofía iluminista de la historia: la idea de la autonomía irreductible de las culturas, formulada por Herder⁵⁸ y con fuertes antecedentes en Gianbattista Vico.⁵⁹ A la utopía de una historia

⁵⁴ Berlin, *op. cit.*

⁵⁵ Daniel Bell, *Comunitarism and its Critics*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

⁵⁶ Octavio Paz, *Sueño en libertad. Escritos políticos*, México, Seix Barral, 2001, p. 371.

⁵⁷ Isaiah Berlin, *Contra la corriente*, *op. cit.*, pp. 190 y ss.

⁵⁸ Johann Gottfried Herder, [1784], *Antropología de la historia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

⁵⁹ Giambattista Vico, [1737], *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, México, FCE, 1978.

entendida como tránsito progresivo, lineal o dialéctico, el sentido hacia esa —a final de cuentas— transparencia de la razón, se le opone la opacidad de las diferencias culturales, entendidas en su inconmensurabilidad particular e individual. Ninguna ética, ninguna racionalidad de la acción se conforma por sí misma, sino en un contexto simbólico específico, estructurado en torno a la tradición cultural y al lenguaje. En consecuencia, cada cultura tiene criterios propios y una jerarquía de valores diferente de las demás culturas. Por tanto, postular un patrón único respecto del comportamiento racional —y, por ende, humano—, resulta una evidencia de ceguera (*blindness on differences*) respecto de lo que hace concretamente humanos a los seres humanos, su capacidad de diferenciarse culturalmente.

La conclusión de Berlin es tajante: o la democracia abandona sus arraigadas prerrogativas de autoctonía cultural y deja de lado el fetiche universalista y monista de un sujeto sustancial homogéneo o se verá atrapada en sus paradojas, precipitada en la dinámica de la *self-refuting prophecy*. El diagnóstico es severo y, en principio, riguroso; no obstante, la solución propuesta resulta problemática.

Para Berlin, la relación de la democracia con la diferencia puede encapsularse en la noción de democracia pluralista (o de las diferencias). La noción está bien construida, puesto que implica al *conflicto como momento constitutivo del proceso democrático*⁶⁰ y, consecuentemente, la búsqueda del “bien común” resulta pensado como una suerte de equilibrio inestable, resultante de las aspiraciones de los distintos grupos. Como sea, se trata de una salida nominal —retórica— del ámbito del relativismo ético,⁶¹ mediante una corrección que consiste en la incorporación de la idea antropológica del pluralismo cultural. En este punto parece no resuelto, intocado, un aspecto fundamental: el no cuestionamiento de la premisa valorativa de la democracia, condensado en el presupuesto de los derechos humanos en tanto que derechos individuales, derechos de naturaleza inalienable para el individuo. De acuerdo al “relativo” relativismo ético (y filosófico), de rai-gambre kelseniana, se trata de esa valoración última e intangible que fundamenta una superioridad ética —no dicha— de la democracia, y que descansa en un riguroso modelo lógico condicional: *si se elige el principio del derecho a la vida y el de la libertad de cada uno, entonces, no se puede no*

⁶⁰ Chantal Mouffe, *La paradoja democrática*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 31-32; Axel Honneth, [1992], *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Crítica, 1997.

⁶¹ Hans Kelsen, *What is Justice?: Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Englewood, Lawbook Exchange, 2000 (Collected Essays).

preferir la forma democrática. Evidencia evidente a la justa razón, vuelta a la noria, al valor que se afirma incuestionable y, con ello, al conflicto de valores y sus callejones sin salida.

VII. Otra vía: conflicto y lucha por el reconocimiento

Otra senda puede abrirse⁶² (Honneth, su reivindicación radical del “joven” Hegel, de Jena), siempre y cuando se asuma el conflicto de valores como insoluble y, en consecuencia, se adopte una perspectiva en la que el valor democrático no se haga descansar en el individuo, sino en el conflicto como vía heurística, como momento del desafío y enfrentamiento con las “otras culturas”; mismas que niegan o subordinan la democracia a otros valores, como lo colectivo, el Estado, la nación, el pueblo. Bajo esa óptica, la valoración del antagonismo viene a resultar un elemento esencial al modo democrático,⁶³ y la lucha por el reconocimiento aparece como el escenario básico que ofrece las claves de la gramática de los conflictos sociales y de la génesis de los poderes políticos.⁶⁴

Si la diversidad de las culturas y las consecuentes y persistentes luchas por el reconocimiento han acompañado toda la historia de la humanidad, el despliegue del mundo moderno, en su figura de globalización reciente, ha favorecido la conformación de nuevas identidades y demandas de identificación. El multiculturalismo tanto como facticidad sociohistórica, así como ensayo de imposición política, exige paradójicamente —en su reiterada y deliberada afirmación “liberal”— un tratamiento conceptual que implique su emplazamiento e inscripción en el marco de los valores liberales clásicos, incluidos los derechos humanos, en tanto que entendidos como su expresión axiológica y programática más alta; que el discurso multiculturalista no se entienda como algo exógeno, patógeno, irreductible a la comprensión racional. Veamos.

El multiculturalismo —su evolución— se beneficia directamente de la erosión de los universales en el pensamiento posfundamento. La actitud filosófica y política que impregnó el final de siglo ha sido más favorable a la particularidad que a los grandes relatos de la Ilustración. Los conceptos universales, como los derechos humanos, han caído bajo la sospecha de

⁶² Honnet, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

⁶³ Mouffe, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ Honnet, *op. cit.*

pertenecer a un esquema de pensamiento homogeneizador y hasta totalitario, “pensamiento único”, propio del sesgo occidental de la razón. La crítica posmetafísica y posmoderna coincidió bien con las políticas de la identidad y de la diferencia.⁶⁵ Se afirmó, así, un rechazo al enfoque Estadocéntrico, en correspondencia con la reactivación de la sociedad civil en diferentes espacios y —sobre todo— la multiplicación y profundización del pluralismo político. Se pudo observar rápidamente, en términos de la filosofía y la teoría políticas, como se producía una inversión pendular de términos: del esencialismo de la totalidad al esencialismo de los elementos particulares. El rechazo a los universales ha derivado en una hipóstasis de las diferencias.

Las políticas de la diferencia han puesto de manifiesto cómo el problema de reivindicar un derecho especial transmuta en posibilidad real, sólo si puede concretarse en nombre de un principio universal. Las demandas particulares se refieren necesariamente al discurso de los derechos, el cual tiene como premisa ética y de operación la igualdad política universal. De ese modo, queda instalada una tensión, de improbable solución, consistente en desprender la demanda específica y particular de ese espacio político compartido que es el Estado y que está compuesto a partir de conceptos (y procedimientos) universales. Se trata de una cierta circularidad en la que, como señala Benjamín Arditi, el discurso de los universales funciona para producir universales por medio de universales.⁶⁶ Ese es el juego y no otro en la conformación del corpus de la jurisprudencia en las sociedades liberal-democráticas modernas.

Sin embargo, la tensión deviene aporía pues no existe —¿no puede existir?— una coincidencia absoluta entre una exigencia particular y el principio de universalidad. Desde la perspectiva de las diferencias culturales, puede observarse, bien un exceso de universalidad o una insuficiencia de la misma. Esta inadecuación, esta falta de coincidencia, es la que determina el campo de la controversia política. En sentido fuerte, la imposibilidad dialógica de las paradojas o antinomias, “inadecuación entre paradojas lógicas y paradojas existenciales”,⁶⁷ precipita la irrupción en el plano teóri-

⁶⁵ Martin Jay, *Downcast Eyes: the Denigration of Vision in Twentieth Century French Thought*, Berkeley, University of California Press, 1993; Jürgen Habermas, [1988], *Pensamiento posmetafísico*, Madrid, Taurus, 1990.

⁶⁶ Benjamín Arditi, “La impureza de los universales”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 10, Madrid, 1997.

⁶⁷ Ferrater Mora, *op. cit.*, p. 2488.

co de la necesidad perentoria de la controversia política, del conflicto; aunque, claro, la sustancia material del conflicto proviene del dato político puro, esto quiere decir que las cuestiones vinculadas al reconocimiento de la alteridad, a la afirmación del yo frente al otro, al reconocimiento y la lucha por conseguirlo, no pueden renunciar a su esencia dirimente, que es abierta y rotundamente política.⁶⁸

En consecuencia, como en todo hecho político y social, la construcción de la universalidad de los derechos incorpora obligadamente el tema de la fuerza. En este sentido existe una impureza constitutiva de los universales que los articula al conflicto, la negociación política y los procesos de integración de la legitimidad. Todo nuevo derecho, toda nueva actualización de la universalidad (jurídica), implica tanto la corrección de viejas exclusiones como la creación de otras nuevas, así como novedosas diferenciaciones e inclusiones. Por ello, la universalidad impura, tocada por la fuerza, en todo caso negociada, no sólo requiere de un proceso de legitimación formal y político, sino también de un trabajo pedagógico de adiestramiento y aceptación cultural de las normas, como medios para la reproducción del espacio político común o compartido.

La concepción posmetafísica de la sociedad y el derecho⁶⁹ no está en condiciones de formular una idea positiva de comunidad universal y, por tanto, al asumir la relación entre derechos humanos y política de la diferencia adopta la noción de universalidad como categoría contingente, producto de un conflicto político inevitable. El nudo de la cuestión radica en que tanto lo universal como lo particular, son conceptos inestables, autónomos sólo en apariencia —al final— indecibles, como propone Derrida, porque son parte de una red de conceptos en la que cada término nuevo lleva la huella de lo que se le opone y le precede.⁷⁰ Además, si se acepta la dimensión política en la que habita ineludiblemente la relación entre lo universal y lo particular, el aspecto de fondo consistiría en distinguir la parte y el momento que corresponde al ámbito de la verdad y el de la parte y el momento que corresponde al poder. Los universales y la producción de nuevos universales, se muestran —entonces— como una construcción política y discursiva, construida por una trama de argumentaciones que, en condiciones prácticas suficientes, contribuye a crear o a reconfigurar una comunidad estatal, jurídico-democrática.

⁶⁸ Honneth, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁶⁹ Habermas, *Pensamiento postmetafísico, op. cit.*

⁷⁰ Jacques Derrida, [1967], *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Anthropos, 1989, p. 284.

Por otro lado, en la argumentación que aspira a discernir el sentido paradójico de los universales occidentales, se impone como necesaria una superación del principio de la idea de la inconmensurabilidad de las culturas (de sesgo antropológico) y la adopción de una perspectiva comparativa, apta para observar la interacción simbólica entre contextos culturales diversos. Atención, la intervención restringida del ámbito simbólico al episodio exclusivo de la diferenciación cultural y las posibilidades de comparación muestran —en sentido inverso— cómo el prejuicio etnocéntrico se mantiene pesadamente presente en las reflexiones antropológicas. Dicho de otra manera, la apuesta por las diferencias, como irreducibles identidades culturales inconmensurables, no resulta ser una antítesis crítica a la cultura universalista de Occidente, sino un deslizamiento hacia otro centro distinto, la otra cara de la moneda del mismo universalismo homologador; una especie de nuevo “indigenismo occidental”.

De ahí que el repudio al “bien común”, entendido al modo universalista y sustancial, no se resuelve hoy día en el escenario herderiano de culturas relacionadas entre sí, como espacios cerrados, insulares, especies de mónadas sin ventanas ni puertas. El mundo globalizado tiene introyectadas —por decirlo así— las contradicciones culturales. La globalización del mundo impone, entonces, a la reflexión filosófica y política un fenómeno tan nuevo y amplio que no se alcanzan a vislumbrar siquiera sus contornos. En el efectivo choque entre las grandes culturas —civilizaciones— del mundo, la confrontación aparece inminente, en trance de urgencia extrema, en virtud de que las democracias occidentales cargan en su propio seno —por herencia, migración o contagio— componentes cada vez más activos y conspicuos de otros contextos culturales.

El dato empírico multicultural de las sociedades, el desafío crítico del discurso multiculturalista, la instrumentación de políticas del reconocimiento de las diferencias y la reivindicación de derechos diferenciados —universales en tanto que derechos, aunque particulares en sus contenidos—, la mutación de las premisas de homogeneidad intelectuales y materiales de los Estados nacionales hacia parámetros incuestionables de heterogeneidad, conforman el núcleo del enorme desafío histórico del presente.

Otro plano fundamental, tocado por el desafío multiculturalista afecta y altera el ámbito político más funcional de las sociedades modernas y democráticas, se trata de los cuestionamientos acerca de la institución política por excelencia, sobre la que buena parte del discurso multicultural trabaja críticamente, su territorio privilegiado, su interlocutor primigenio: el Estado nacional, de matriz liberal; el Estado constitucional y democrático

de la mayoría de los países desarrollados. No es sólo una elección derivada empíricamente, sino que el Estado liberal-democrático configura el modelo más complejo y desarrollado donde, no sólo por motivos pragmáticos, sino por razones teóricas, el discurso, las propuestas y las políticas multiculturalistas encuentran asidero y posibilidad dialógica y práctica.

Inicialmente se puede establecer (en rigor, la discusión crítica respecto del Estado constitucional democrático permea el conjunto del argumento), que la discusión del multiculturalismo ha aportado un conjunto de severas críticas al *monismo* subyacente en el modelo del Estado-nación liberal. Parekh hace una enumeración elocuente, a saber:

- 1) la implausible idea de la uniformidad absoluta de la naturaleza humana, que reduce la dimensión cultural a mero elemento superficial de diversidad frente a una inequívoca esencia humana común; 2) lo que conduce a privilegiar ontológicamente las similitudes —humanidad— sobre las diferencias —seres culturales—; 3) esto, a su vez, fundamenta el carácter socialmente trascendental e inmutable de la naturaleza humana; 4) el injustificable optimismo ilustrado de la total cognoscibilidad de esta última; y 5) una concepción de la ‘buena vida’ universal que se deriva de esa común naturaleza humana.⁷¹

VIII. Democracia en cuestión

El desafío multicultural —político, cultural, valorativo, hasta epistémico— se potencia a niveles de urgencia radical para las democracias occidentales, sus modalidades de convivencia y sus instituciones políticas y jurídicas. La tensión crítica atisba núcleos problemáticos que reclaman una reactivación

⁷¹ Bhikhu Parekh, *Rethinking Multiculturalism*, Londres, Mac Millan, 2000, pp. 124 y ss.

Por último, aunque de primera importancia: la emergencia ambiental y climática. No procede aquí profundizar en esta cuestión, aunque resulta tan decisiva que, si bien tácticamente eludida, resulta imprescindible incorporarla y situarla en el mapa argumental de cualquier indagación teórico política contemporánea. Se trata del hecho crítico ambiental, con sus riesgos cada vez más acuciantes; el que esta confrontación cultural implosiva de los valores de las sociedades democráticas occidentales ocurra y coincida en el umbral crítico —sin precedente— de la crisis ecológica. Emergencia que compromete la idea histórica y plenamente moderna de naturaleza, sobre la que había edificado la Modernidad, el conjunto de los ordenamientos políticos y de la multiplicidad de modalidades del contrato social. La afirmación plena y urgente del deterioro ambiental obliga a una reactualización de los paradigmas dominantes de la técnica, la ciencia y, también, del pensamiento político, social, del derecho y la filosofía.

del pensamiento crítico. La reformulación multiculturalista del debate, bajo esa óptica de emergente riesgo, resultaría crucial para la comprensión y tratamiento críticos de los nudos, aporías y paradojas del pensamiento universalista. La contribución que el multiculturalismo (y su versión ponderada a la discusión liberal-comunitaria) ofrece al debate contemporáneo, en las condiciones de extrema urgencia impuestas por la globalización, consiste en la implicación de claves irrenunciables para la reformulación de los dilemas teóricos y las encrucijadas prácticas de las sociedades contemporáneas; tal es el argumento de fondo, la razón crucial de ese imperativo multicultural, imposible ya de desoír.

Ante este escenario —al menos— inquietante, *¿qué papel le toca jugar a la democracia?* En primera instancia, tiene que asumirse la radical transformación sufrida por algunos de los problemas (temas) clave con los que se había medido históricamente. La gran herramienta crítica para cuestionar la democracia era el tema de la explotación, intencionalidad crítica soportada, como se ha visto aquí, en el proceso de desigualdad (negación de la igualdad), y que hoy apunta a resolverse predominantemente y malentendiéndola, más bien como marginación. No obstante, la cuestión de la marginación ya no puede, tampoco, ser planteada al modo clásico, sobre la base de indicadores socioeconómicos y un discurso predominantemente sociológico; ahora, el tema incorpora la dimensión crítico-cultural,⁷² siendo obligada la aproximación mediante un enfoque comparativo de las consecuencias culturales de la globalización.

⁷² Los fundamentalismos contemporáneos, por ejemplo, son expresión límite de (auto) marginación cultural; están a la espera de un análisis crítico, alejado tanto de la denostación como de la apología. Queda claro —al menos— un primer dato: los fundamentalismos integristas no son promovidos por los estamentos explotados y pobres, sino más bien por sectores de la población que se perciben marginados del “centro” de la sociedad. Este sentimiento de marginación del centro, constitutivo de la ideología y aún de la psicología de los fundamentalistas, resulta un elemento básico para el análisis sociológico, pero también para una redefinición del concepto de democracia.

Plantear la cuestión así, supone una crítica radical del concepto democrático occidentalista y mueve a una contraposición entre, por lo menos, las “dos mitades de Occidente” y no entre Occidente y los otros (premodernos, tradicionales); se trata de valorar, entonces, si el modelo oceánico de los países de *common law* no resulta más adecuado que el de los países de *civil law*, para poner en juego los dos polos del conflicto ético central de la actualidad, el universalismo y la diferencia. Está claro que tal debate apunta a debilitar —tanto en la teoría democrática como en su práctica— la idea del Estado como palanca efectiva y garante de la emancipación.

La activación de una perspectiva comparativa de las culturas aparece, pues, como una operación esencial para la reconstrucción de un concepto de política democrática a la altura de los desafíos radicales del presente, potencializados (catalizados) por la globalización. Decisiva, para poder establecer la relación entre lo invariable y lo que cambia en las formas del poder de las que depende el porvenir, a corto y mediano plazos, de lo que —si se quiere— puede denominarse como una “tercera ola” democrática. Democracia cargada de especificidades nuevas, no adecuadamente teorizadas: transnacional, con soberanía débil, sobre pisos sociales heterogéneos —multiculturales— pero con premisas y diseños institucionales que todavía parten de un *a priori* de homogeneidad cultural y política (ciudadanía). Debate de alta intensidad para la cultura democrática, en sus variantes dominantes, la democrática-liberal y la socialdemócrata.

Agenda de discusiones cruciales, donde destaca la confrontación entre los paradigmas subyacentes en las diversas concepciones de orden y de conflicto. Por un lado, el paradigma individualista (metodológico) de comportamiento racional, *la teoría voluntarista de la acción*, que funciona a partir del actor y de su racionalidad, gravitando en torno a nociones tales como preferencia, intencionalidad, proyecto, modelos objetivos, etcétera.⁷³ Por otro lado, el *paradigma anti-utilitarista de la normatividad social*, para el que la dimensión individualista de la acción estaría sobredeterminada por sistemas simbólicos, vividos y actualizados de modo no necesariamente racional —hasta inconscientes.⁷⁴

Otro gran tema que confluye y cohabita, de manera casi natural, el debate de confrontación comparativa entre culturas es el de lo sagrado, elemento siempre presente en el ámbito del poder y, también, inherente al nexo o lazo social. La cuestión de lo sagrado gravita determinantemente toda vez que la sociedad es pensada como algo más —núcleo decisivo de la crítica comunitarista al liberalismo— que una simple suma de individuos, sino, más bien, como un complejo articulado de relaciones y símbolos. Aún sin asumir la provocativa propuesta de los autores del Collège de Sociologie (1930), Roger Callois y George Bataille,⁷⁵ de una “sociología de lo sagrado”, resulta difícil disputar la idea de que una sociedad plenamente secularizada —desacralizada, dice Clifford Geertz— sería una sociedad despo-

⁷³ Weber, *op. cit.*

⁷⁴ Derrida, *op. cit.*

⁷⁵ Georges Bataille, R. Callois *et al.*, [1979], *El Colegio de Sociología*, D. Hollier, ed., Madrid, Taurus, 1982.

litizada.⁷⁶ Lo sagrado, al menos, como persistencia de los rituales y de las interacciones que determinan los mecanismos de identidad e identificación simbólicas, lleva a repensar la noción de secularización, sus vínculos con el racionalismo occidental —en la versión de Weber— y, también, la radical pregunta acerca de su pertinencia heurística y explicativa;⁷⁷ no digamos, si cuenta con el vigor suficiente de sus potencialidades para imponerse políticamente de manera efectiva.

La rebelión neocomunitaria (a menudo acompañada por el neo-populismo) pone en cuestión al liberalismo procedimental y obliga a una nueva interrogación acerca de la forma democrática. Resulta improbable que tal revisión pueda efectuarse sin someter a los dos polos —“individuo” y “comunidad”— a una crítica que profundice los términos en que ha sido pensada su relación por los paradigmas dominantes, todavía determinados por el liberalismo y el socialismo.

Esta exploración del horizonte paradójico detonado por el desafío multicultural en las condiciones de la globalización, apunta también a un territorio no nombrado por el diagnóstico de Berlin o Williams, pero sí sugerido por Robert Dahl,⁷⁸ el denominado “concepto sombra” de la democracia. No se trata de una superación en clave relativista o pluralista de su estatus, al modo de la autocrítica liberal o la crítica multiculturalista, sino que arraiga en la activación de sus implicaciones críticas (antimetafísicas).

Si la vocación de la democracia, en tanto institución política típica de Occidente, se define —al modo liberal— en virtud de un fundamento de individualidad, que obliga a una situación de soledad⁷⁹ como condición de posibilidad de pensamiento y de configuración libertaria; soledad liberadora al punto de la tristeza y el desamparo ante ese desarraigo de la individualidad (burguesa) respecto de la comunidad; entonces, subsiste una tensión no resuelta entre autonomía individual y determinación de la pertenencia colectiva, al modo de los personajes de la literatura moderna más consciente e ilustrada, también formalmente más revolucionaria: *Kien* de Canetti, *Gregorio Samsa* de Kafka o *Leopold Bloom* de Joyce; sujetos literarios que contienen —paradójicamente— tanto la afirmación radical y liberadora del individuo burgués —libres e iguales— si bien dotados de una nostalgia

⁷⁶ Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures*, Nueva York, Basic Books, 1973.

⁷⁷ Jesús Alán Arias, “Max Weber. ¿Impertinente hoy?”, en Luis Gómez, coord., *Max Weber. Obra, tiempo, actualidad*, México, Ediciones Quinto Sol, 2008, pp. 289-293.

⁷⁸ Robert Dahl, [1989], *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1993.

⁷⁹ Miguel Morey, *Pequeñas doctrinas de la soledad*, Madrid, Sexto Piso, 2007.

sabia, solos y tristes en virtud de su conocimiento acerca tanto del tradicional criticismo comunitario respecto del individuo liberal, como de la crítica modernizadora de la tradición; saben y sufren en virtud de ese saber.

Tales alegorías indicarían que la democracia de los individuos —solos, libres e iguales, tristes— es precisamente el lugar común del desarraigo. Desde ese lugar —esa topografía—, podría ofrecerse un modo alternativo de pensar respecto de las comparaciones entre las alteridades culturales, de manera que sea posible escapar de los —opuestos y especulares— riesgos, tanto del universalismo hegemónico como del relativismo. La forma democrática —entonces— como comunidad paradójica, “la comunidad de los sin comunidad”,⁸⁰ la democracia como la forma sin forma de las promesas modernas. Si bien resulte meridianamente claro que la tensión crítica inherente a una reflexión así, no podría abdicar de su núcleo esencial y así, del afán —la pasión— por el desencanto del mundo y su correlato necesario, el abandono de Dios o su muerte, el frío placer de ese distanciamiento, de esa condena; y de la mano con ella, la razón secular occidental y sus mitos rondarían de nuevo, como un espectro —un otro fantasma— que recorre Occidente, otra vez...

Ciudad de México
Abril-junio, 2008

IX: Bibliografía⁸¹

- ABENDROTH, Wolfgang, [1965], *Historia social del movimiento obrero europeo*, Barcelona, Laia, 1975.
- ADORNO, Theodor y Max Horkheimer, [1940], *La dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1994.
- ARDITI, Benjamín, “La impureza de los universales”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 10, Madrid, 1997.
- ARENDT, Hanna, [1951], *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1974.

⁸⁰ Michel Walzer, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 1996, pp. 116-118.

⁸¹ Las referencias bibliográficas indican, en primer lugar, la fecha de la primera edición; la segunda fecha señala el año de la publicación consultada.

- ARIAS, Jesús Alán, "Claves críticas del multiculturalismo. Política del reconocimiento y ciudadanía multicultural", en J. Alán Arias, coord., *Debate multicultural y derechos humanos*, México, CNDH, 2006.
- , "Max Weber. ¿Impertinente hoy?", en Luis Gómez, coord., *Max Weber. Obra, tiempo, actualidad*, México, Ediciones Quinto Sol, 2008.
- BATAILLE, Georges, Callois, R. et al., [1979], *El Colegio de Sociología* (D. Hollier, ed.), Madrid, Taurus, 1982.
- BELL, Daniel, *Comunitarism and its Critics*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- BELLAH, Robert, *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*, Berkeley, University of California Press, 1997.
- BERLIN, Isaiah, [1955], *Contra la corriente; ensayos sobre historia de las ideas*, México, FCE, 1983.
- , *Freedom and its Betrayal. Six Enemies of Human Liberty*, Londres, Chatto & Windus, 2002.
- , *Vico y Herder: dos estudios en la historia de las ideas*, Madrid, Cátedra, 2000.
- BOBBIO, Norberto, N. Mateucci y G. Pasquino, eds., *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1983.
- CANETTI, Elías, *Auto de fe*, Barcelona, Muchnik, 1980.
- , [1960], *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik, 1977.
- CLAUDÍN, Fernando, *La crisis del movimiento comunista*, t. 1, Madrid, Ruedo Ibérico, 1970.
- DAHL, Robert, [1989], *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1993.
- DERRIDA, Jacques, [1967], *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Anthropos, 1989.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, [1997], *El milenio perdido*, Madrid, Trotta, 2005.
- DEVEAUX, Monique, *Cultural pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell, Ithaca / Cornell University Press, 2000.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, 4 vols.
- FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, FCE, 2001.
- , *El orden del discurso*, Lección inaugural en el Collège de France (2 de diciembre de 1970), Barcelona, Tusquets, 1973.
- , *La verdad y las formas jurídicas*, Madrid, Gedisa, 1980.
- , [1966], *Las palabras y las cosas*, México, Siglo XXI, 1968.

- FUKUYAMA, Francis, *The End of History and the Last Man*, Nueva York, Avon Books, 1992.
- FURET, Francois, *El pasado de una ilusión*, México, FCE, 1995.
- , *Pensar la revolución*, Madrid, Pretel, 1980.
- GEERTZ, Clifford, *The Interpretation of Cultures*, Nueva York, Basic Books, 1973.
- HABERMAS, Jürgen, [1985], *Ensayos políticos*, Madrid, Península, 1989.
- , *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.
- , [1988], *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus, 1990.
- HERDER, Johann Gottfried, [1784], *Antropología de la historia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- HONNETH, Axel, *Disrespect. The normative foundations of Critical Theory*, Cambridge, Polity Press, 2007.
- , [1992], *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Crítica, 1997.
- HORKHEIMER, Max, [1968], *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974.
- HUNTINGTON, Samuel, *The Clash of Civilizations and The Remaking of World Order*, Nueva York, Touchstone, 1996.
- JAY, Martin, *Downcast Eyes: the Denigration of Vision in Twentieth Century French Thought*, Berkeley, University of California Press, 1993.
- JOYCE, James, [1914], *Ulysses*, Nueva York, New Random House, 1961.
- KAFKA, Franz, *La metamorfosis*, Madrid, Alianza Editorial, 1969.
- KELSEN, Hans, *What is Justice?: Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Englewood, Collected Essays, Lawbook Exchange, 2000.
- KYMLICKA, Will, [1995], *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.
- , *La política vernácula*, Paidós, Barcelona, 2003.
- , *The rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- LASCH, Christopher, *The Revolt of the Elite: And The Betrayal of Democracy*, Nueva York, Norton & Co., 1996.
- LUKÁCS, Georg, [1923], *Historia y consciencia de clase*, México, Grijalbo, 1969.
- MAC INTYRE, Alasdair, *Three Rival Versions of Moral Enquiry: Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1991.
- MARRAMAO, Giacomo, *Lo político y las transformaciones*, México, Cuadernos de Pasado y Presente, 1982.
- , *Pasaje a Occidente. Filosofía y globalización*, Buenos Aires, Katz, 2006.

- MARX, Karl, [1875], "Crítica del Programa de Gotha", en *Obras escogidas de Marx y Engels en 2 vols.*, vol. 2, Moscú, Progreso, 1971.
- , [1848], "El Manifiesto del Partido Comunista", en *Obras escogidas de Marx y Engels en 2 vols.*, vol. 1, Moscú, Progreso, 1971.
- , [1873, Postfacio], *El capital*, México, Siglo XXI, 1975, 3 tt., 8 vols.
- MOOSE, James, *Guide to the California Environmental Quality Act*, 10a. ed., Berkeley, Solano Press, 1999.
- MOREY, Miguel, *Pequeñas doctrinas de la soledad*, Madrid, Sexto Piso, 2007.
- MORIN, Edgar, [1990], *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MOUFFE, Chantal, *La paradoja democrática*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- NUSSBAUM, Martha, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Washington, Hardcover Eds., 2006.
- PAREKH, Bhikhu, *Multiculturalism Reconsidered*, Oxford, Polity Press, 2002.
- , *Rethinking Multiculturalism*, Londres, Mac Millan, 2000.
- PAZ, Octavio, *Sueño en libertad. Escritos políticos*, México, Seix Barral, 2001.
- POPPER, Karl, [1957], *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza, 1973.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1971.
- , "Rawls-Habermas. On Justice. A critical Conversation", en *Journal of Philosophy*, XCII, núm. 3, Cambridge, 1995.
- , [1982], *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1990.
- RAZ, Joseph, "Multiculturalism. A liberal Perspective", en *Dissent*, Berkeley, Winter, 1994.
- RORTY, Richard, *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers I*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- STEINER, George, *La idea de Europa*, México, Siruela / FCE, 2005.
- TAYLOR, Charles, [1992], "The politics of recognition", en Charles Taylor et al., *Multiculturalism*, ed. e introd. de Amy Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- TOCQUEVILLE, Alexis, [1848], *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, 2 vols.
- VICO, Giambattista, [1737], *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, México, FCE, 1978.
- WALZER, Michel, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 1996.

- , *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Blackwell, 1983.
- , "The Communitarian Critique of Liberalism", en *Political Theory*, 18/1, Cambridge, 1990.
- WEBER, Max, [1920], *Ensayos sobre sociología de la religión*, Madrid, Taurus, 1984, 3 vols.
- , *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, introd. y ed. crítica de V. F. Gil, México, FCE, 2003.
- WILLIAMS, Bernard, "Identity and Identities", en *Identity: Essays Based on Herbert Spencer Lectures Given in the University of Oxford*, Henry Harris, ed., Oxford, Oxford University Press, 1995.
- , "Tolerating the Intolerable", en Susan Mendus, *The Politics of Toleration*, Edimburg, Edimburg University Press, 1999.
- YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

Derechos del hombre, la defensa de la ley y de la soberanía nacional. El peso de la cultura indígena en el Juárez de Justo Sierra

Moisés Jaime Bailón Corres*

RESUMEN: Benito Juárez fue una gran figura en la historia de nuestro país, que representó el liberalismo más puro, la República, el laicismo y el federalismo. Su vida y sus obras, incluso después de su muerte, fueron objeto de muchos debates y centro de muchas críticas, pero también de una gran admiración y respeto. Pero es importante resaltar que su grandeza tiene orígenes humildes: Juárez fue un indígena de Oaxaca, un indígena cuya vida fue una constante y ambiciosa lucha por la superación. La importancia de su origen es que a través de él, de su historia, podemos llegar a comprender su fervor hacia la patria, incluso en los tiempos más adversos, y su obrar político, lo cual tiene gran relevancia para los derechos humanos, porque Juárez también parte de un grupo vulnerable y fue víctima del racismo, y aun así logró dejar huella en la historia de la nación, lo cual quedó expresado con hermosas palabras en una de las obras de un gran escritor: Justo Sierra.

ABSTRACT: Benito Juárez was a great figure in the history of our country, who represented the most pure liberalism, the republican, secular and federal state. His life and his actions, even after his death, were the center of many debates and critics, but they were also worthy of admiration and respect. But it is very important to point out that his greatness has humble origins: Juárez was a native from Oaxaca, but he was an indigenous whose life was a constant and ambitious struggle to achieve personal improvement. What is most important about his origins is that through them, through his story, we can understand his passion for this nation, even through hard times, and his political actions, which is very important for human rights, because Juárez was also a part of a vulnerable group and a victim of racism, and still he managed to leave his mark in the history of our nation, and this was beautifully expressed in the work of a great writer: Justo Sierra.

SUMARIO: Introducción. I. El primer centenario. II. El racismo de Bulnes. III. El peso de la región. IV. El origen étnico. V. Religión y política. VI. Benito y Melchor. VII. La voluntad y el origen. VIII. Colofón. IX. Bibliografía.

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

Introducción

En 2006 se celebró el segundo centenario del natalicio de Benito Juárez, figura indiscutible de la historia mexicana. En ese contexto, por su importancia para el tema de los derechos humanos, la CNDH y la casa editorial Miguel Ángel Porrúa realizaron una edición facsimilar del libro *Juárez, su obra y su tiempo*, publicado por primera vez por Ballescá y Compañía. Su primera edición fue fechada en 1905-1906 y contenía 499 páginas y la nueva creció medio ciento de páginas a causa de dos interesantes estudios que la introducen.

Sin duda alguna, el libro de Justo Sierra, quien formara parte del grupo de liberales moderados cercanos a Porfirio Díaz y quizás era el intelectual mexicano más lúcido de este tiempo, es una de las más importantes biografías del presidente zapoteco. Al parecer, el libro venía siendo escrito por Sierra desde antes, pero por las crecientes ocupaciones como nuevo secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes, la cercanía del primer centenario y el debate desatado por los escritos de Francisco Bulnes fue terminado por Carlos Pereyra, uno de sus pupilos predilectos. Éste escribiría algunas partes del mismo, aunque se considera que cuatro quintas partes salieron de la pluma del campechano.¹

I. El primer centenario

El debate sobre la personalidad de Benito Juárez había surgido varias décadas atrás, aún vivo el presidente. Pasada la guerra de Reforma apareció en la tribuna legislativa y en la prensa e incluyó el seno mismo de las fracciones del partido liberal. La crudeza de las críticas al oaxaqueño mediante escritos y la caricatura política son testimonio del clima de libertades de esos años. Sin embargo, sería en los primeros años del siglo XX en donde surge la que consideramos la polémica más importante sobre el abogado zapoteco.

La disputa se daría al interior mismo de los grupos que sostienen el régimen emanado de la guerra de Reforma y de la derrota del Imperio de Maximiliano. Se inició sobre todo en 1904 con la publicación del libro de Francisco Bulnes, *El verdadero Juárez y la verdad sobre la Intervención y el*

¹ Véase Antonia Pi Suñer Lorenz, "Benito Juárez, hombre o mito", en *Secuencia. Revista Americana de Ciencias Sociales*, núm. 11, pp. 9-13, y Andrés Lira, "Justo Sierra: el historiador y la política", en Justo Sierra, *Juárez. Su obra y su tiempo*, pp. XIII-XXVIII.

Imperio. Al año siguiente vuelve a publicar otro libro, en respuesta a la oleada de detractores, titulado *Juárez y las revoluciones de Ayutla y la Reforma*, por lo que la polémica alcanzó las fechas del primer centenario del natalicio del indio de Guelatao.

El primer libro, *El verdadero Juárez*, se convirtió en un balde de agua helada de los preparativos del festejo. Y si Bulnes hizo un análisis inflexible del personaje, ello se debe en parte a que Benito Juárez había sido tomado como un estandarte por parte de los liberales ortodoxos y de la oposición liberal recién establecida en México en el seno del porfiriato.

El libro es un alegato político que tendía a ensalzar la figura de Porfirio Díaz, Santos Degollado y González Ortega, en las gestas nacionales, así como a disminuir y emitir diatribas a la figura de Juárez, achacándole múltiples errores en la conducción del país en esos años, además de emitir juicios racistas y eugenésicos en su contra. De los militares mencionados, el único vivo era Porfirio, por lo que se entiende para quién estaba destinado el elogio.²

Las manifestaciones de repudio al libro de Bulnes aparecieron en periódicos liberales como *El Imparcial*, *El Diario del Hogar* y *La Patria*. Hubo una asamblea de desagravio en el Circo Orrín de la ciudad de México. Estudiantes de la Escuela Nacional de Derecho realizaron un mitin en honor a Juárez. Las organizaciones de oaxaqueños y damas patrióticas protestaron y lo mismo sucedió en el congreso. Incluso hubo conatos de agresiones físicas y solicitudes para echarlo de su curul en el congreso. Bulnes estaba a punto de salir del país pero finalmente no lo hizo.³ Incluso el hijo del Benemérito, Benito Pablo, fue disuadido por otros liberales de la idea de retar a duelo al escritor.⁴

También hubo una respuesta de escritores en contra de la actitud iconoclasta de Bulnes, que dio pie a varios libros importantes que volvieron a analizar el medio siglo XIX que recién terminaba para defender la labor del hombre de Guelatao.⁵

² Véase Rogelio Jiménez Marce, *La pasión por la polémica. El debate sobre la historia en la época de Francisco Bulnes*, pp. 5-30.

³ *Ibid.*, p. 112.

⁴ Véase A. Pi Suñer Lorenz, "Benito Juárez, hombre o mito", en *op. cit.*

⁵ Para un seguimiento bastante amplio, pero claramente ejemplar, de la sacudida que el libro de Bulnes generó en la clase política mexicana del periodo, y para entender la estrecha vinculación de la discusión histórica en el ambiente del primer centenario del natalicio de Juárez, se puede leer el texto de Rogelio Jiménez Marce aquí citado, *La pasión por la polémica. El debate sobre la historia en la época de Francisco Bulnes*. En él se sintetizan las

La mayoría de sus impugnadores señalaban que Bulnes había olvidado incluir los primeros años de la vida política de Juárez. Por esta razón, para responder a sus detractores y defenderse escribió *Juárez y las revoluciones de Ayutla y de Reforma*,⁶ en donde se muestra aún más implacable en su apreciación de la figura del Benemérito. Lo interesante es que no causó una gran controversia escrita, como el primero, a pesar de la dureza de los cargos que le imputaba a Juárez. En buena medida se puede explicar este hecho debido a que Bulnes había perdido toda autoridad moral sobre los lectores.⁷

En *Juárez, su obra y su tiempo* don Justo Sierra combate con las herramientas “científicas”, derivadas del pensamiento evolucionista de Spencer y Comte, al iconoclasta. Se trata de uno de la más de una docena de buenos libros que se publicaron en esos años para responder a lo que se tomó como blasfemia de Bulnes. En este caso, se trata de un impreso de gran belleza tipográfica y en los grabados que posee. Contiene importantes aportes para entender la personalidad de Juárez, no obstante su sentido enaltecedor de la figura del biografado y de contribuir a la legitimación del régimen político en el que fue publicado.

En los 15 apartados del libro se analizan aspectos de la biografía del Benemérito, así como su importante papel para consolidar un Estado laico, establecer los principios del respeto a los derechos del hombre en la sociedad mexicana y defender la soberanía nacional. Éstos son: Dedicatoria, Reflexiones previas, La cuna de Juárez, *Almas Parens*, El discípulo de los emancipadores, El hombre de gobierno, Juárez fundador, La Reforma militante, La Reforma triunfante, La República y la Intervención, La disidencia liberal, Richmond y Sadowa, Querétaro, La última tormenta y Los tres grandes hombres de México. Viene enseguida el índice de los 32 grabados con los retratos de igual número de personajes de la historia de la segunda mitad del siglo XIX mexicano.

Sin embargo, en este trabajo no nos interesará ver las consideraciones de Sierra en torno al papel de Juárez en la lucha por la reforma o en contra de la intervención y el imperio de Maximiliano. Ni tampoco el contenido ideológico del libro encaminado a consolidar el imaginario colectivo en

respuestas de Fernando Iglesias Calderón, Carlos Pereyra, Hilarión Soto y Frías, Genaro García y Manuel Balbas a la actitud iconoclasta y desacralizadora del diputado Bulnes en contra de Juárez.

⁶ Véase Francisco Bulnes, *Juárez y las revoluciones de Ayutla y la Reforma*.

⁷ R. Jiménez Marce, *op. cit.*, pp. 5-30.

torno suyo y del régimen del heredero natural de esas gestas, Porfirio Díaz.

Nos interesará, sobre todo, resaltar que este libro es el primero que recupera la importancia del origen indígena del oaxaqueño para entender parte de su obrar político, su compromiso con la nación y su férrea voluntad en tiempos graves para el país. Lo haremos luego de expresar las opiniones de Bulnes sobre el mismo tema.

II. El racismo de Bulnes

Desde una actitud marcadamente racista y eugenésica, inspirada en teorías en boga en esa época positivista, Francisco Bulnes hace una serie de críticas a Juárez y su obra, a su comportamiento que a su entender lo llevarían a grandes errores en la lucha libertadora, cuyo trasfondo moral se encontraba en un rasgo de su carácter que provenía de su origen étnico: la debilidad.⁸ La crítica tenía dos vertientes: a) que el temperamento de Juárez, al que Bulnes califica de pasivo, indiferente, ambicioso, impasible, con “alma de obelisco” y “capacidad de espera”, estaba determinado por su raza indígena, a la que califica de “fríamente resignada”, y b) el rechazo completo al culto que atribuía la Reforma y al triunfo liberal y republicano sobre el imperio de Maximiliano a un solo hombre, a un único héroe, adorado como un “Buda zapoteco y laico”.⁹ Todos los errores que Bulnes señala a Juárez durante la Intervención y el Imperio eran manifestaciones políticas de las taras morales de su raza, dogmática y a la vez pagana. Al autor le molestaba, además, que la figura de Juárez significara la “personificación de la lucha contra la Intervención y el Imperio”, una epopeya protagonizada por muchos héroes.¹⁰ Pero señalando lo que la imagen significaba, es decir, haciendo válida su crítica, en muchos sentidos fue cierto que la figura del eterno traje negro se convirtió frente a los mexicanos en emblema de la patria ultrajada por el invasor.

Bulnes no se equivocó, al pensar que la veneración juarista, a fuerza de iluminar al presidente indio, opacaba a otros próceres como Santos Degollado, González Ortega y Porfirio Díaz, que a su juicio eran los verdaderos

⁸ Véase Rafael Rojas, “Juárez: un legado en disputa”, en *Letras Libres*, año III, núm. 29, p. 44-46.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

autores de la liberación porque fueron los que pelearon. Esta opacidad de otros autores del triunfo contra el invasor se derivaba, y ahí es certero Bulnes, “del celo con el que el propio Juárez cuidó su poder, limitando o rebajando la autoridad de sus más cercanos colaboradores”.¹¹ Por eso “Juárez probó que su repugnancia a que el ejército liberal tuviera un *jefe único* para la dirección de la guerra, como lo prescribe con absolutismo la ciencia militar, no era por interés de la democracia, sino por vivo e indomable interés personal”.¹²

Veamos algunas otras opiniones vertidas en el primer libro de Bulnes, sobre las raíces indias de Juárez. Nos parecerá que estamos leyendo alguna opinión contemporánea en contra de los pueblos indios que luchan por reconocer sus derechos. Antes como ahora seguirán existiendo enemigos de sus reclamos.

Bulnes escribía que a Juárez no conmovía, ni aterraba, ni intimidaba, ni preocupaba, ni seducía, ni se apercibía de la existencia de los estadistas que con manos sucias o limpias manejaban el destino de México.¹³ Que sólo concebía el poder, la vida y la política como se lo hacía sentir su raza, con su invariable cerebro de plomo, y como se lo había enseñado el único libro que había leído bien, la *Política*, de Benjamín Constant, apologético del régimen parlamentario. Bulnes odiaba el enorme respeto que Juárez tenía al congreso, señalando por ejemplo que Juárez dejaba obrar a la Cámara jacobina omnipotente, dejaba que le impusiera ministros y que éstos hicieran lo que les convenía. No era Juárez el que gastaba a los hombres, sino el sistema jacobino mexicano el que los demolía. Juárez escapaba a esa trituración por vapor y electricidad, donde se pulverizaban las inteligencias y las reputaciones de nuestras más conspicuas eminencias; por medio del abandono completo de su autoridad, creyendo que así abandonaba también su responsabilidad. Por lo mismo Juárez dejaba a sus ministros que se alargasen, que se acortasen, que se doblasen, que se humillasen, que se enderezasen, que se arrastrasen, que asombrasen, que durmiesen o que trabajasen; nada le importaba; no era su papel gobernar sino presidir el gobierno, bueno o malo, digno o indigno, y si no había gobierno entonces presidía la anarquía, y si tampoco había anarquía ni gobierno efectivo, como cuando estaba en Chihuahua, entonces presidía a su gabinete, y si

¹¹ *Idem*.

¹² F. Bulnes, *El verdadero Juárez y la verdad sobre la Intervención y el Imperio*, p. 836.

¹³ *Ibid.*, p. 100.

no tenía gabinete entonces presidía la sociedad y el silencio: no tenía más que una pasión, no dejar de presidir.¹⁴

La bandera de Juárez según Bulnes representaba dos cosas, una cosa débil y una fuerte. La cosa débil era la creencia, en un grupo admirable de hombres severos, enérgicos y patriotas, de que la independencia y la democracia, que en su concepto había sido floreciente, estaban perdidas y les era forzoso sucumbir o recuperarlas. La cosa fuerte es que Juárez representaba el caciquismo, tan natural y tan arraigado en el país como la raza indígena y notablemente poderoso, teniendo como apoyos principales: el provincialismo contrario al nacionalismo, la configuración geográfica del país y las tradiciones cacicales de identificación con la causa liberal.¹⁵

Seguía su crítica Bulnes —que ocasionaría lo contrario que buscaba: el fortalecimiento de la figura del presidente indio— diciendo que:

La clase indígena nunca ha dejado de ser idólatra y politeísta. La divinidad suprema para cada indígena es el santo patrono de su iglesia. El politeísmo no es más que la libertad de cultos dentro del sistema religioso, por consiguiente al indígena no se le puede impresionar ni ofender, ni extrañar, con la libertad de cultos dentro de la legislación civil. El indio lleva siglos de adorar algún santo católico como el Ser Supremo y de saber y considerar como natural que en el pueblo vecino sea honrado como Ser Supremo otro santo. Es muy raro un choque entre pueblos indígenas por cuestión religiosa; el choque casi siempre es por cuestión de terrenos.¹⁶

Según Bulnes, el indio no era místico, ni contemplativo, ni piadoso; era netamente pagano; apreciaba el culto a la sensualidad; se sacrificaba en contribuir pecuniariamente a una fiesta religiosa, si había bailes, mojigangas lascivas, pulque, música, aguardiente y riñas. El pagano tenía la propiedad de ser dulcemente fanático o de ser en el fondo un escéptico. No podía haber fanatismo en un hombre que no gusta, ni conoce, ni medita, ni le atraen los dogmas. Al sensual nada le importa que otro sea casto frío o ardiente, sobrio o incontinente. Jamás se ha visto a un glotón asesinar a otro hombre porque coma de dieta.¹⁷

¹⁴ *Ibid.*, pp. 100-102.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 290-291.

¹⁶ *Ibid.*, p. 465.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 465-466.

De esta definición racista, le seguía la explicación de porqué los indígenas apoyaban al liberalismo:

Al indígena le agrada el liberalismo porque sabe que puede bajo su amparo ser idólatra con cualquier clase de ídolo, azteca, católico o hindou. El indio es un falso católico que se encuentra en su elemento con la libertad de cultos, con la separación de la Iglesia y el Estado, con el matrimonio civil, que no le extorsiona, y en suma, con las leyes de Reforma. En los hospitales militares se ha hecho desde 1861, la observación de que un indio jamás pide sacerdote para confesarse y no siempre lo acepta cuando se le ofrece. En su pueblo, como he dicho, adora al santo patrón de su iglesia como el Ser Supremo; pero al pasar a otro pueblo, adora a otro Ser Supremo en el santo de la iglesia de ese pueblo, y cuando se le saca de la vida de aldea para hacerlo entrar a la vida nacional, más le preocupa su hembra que su religión.¹⁸

No cedía en su empeño de derruir la imagen del Benemérito. Decía que “el temperamento de Juárez fue el propio del indio, caracterizado por su calma de obelisco, por esa reserva que la esclavitud fomenta hasta el estado comatoso en las razas fríamente resignadas, por ese silencio secular del vencido que sabe que toda palabra que no sea el miasma de una bajeza se castiga, por esa indiferencia aparente que no seduce, sino que desespera”.¹⁹

Y seguía:

Juárez tenía sobre Ocampo la suprema cualidad de los ambiciosos, saber esperar; la impaciencia le era desconocida; le faltaban nervios, como a las piedras, y sin embargo, le sobraba voluntad, como a las tempestades... Juárez no hacía discursos, ni libros, ni ocupaba la prensa, ni escribía epístolas, ni conversaba en la intimidad, ni tenía *sprit*, [...] ni era insinuante, ni expresivo por sus gestos, por sus movimientos, por sus miradas; su único lenguaje era el oficial, severo, sobrio, irreprochable, fastidioso, inaguantable; su única actitud la del magistrado escuchando un alegato; su única expresión la ausencia de todas. El aspecto físico y moral de Juárez no era el de apóstol, ni el de mártir, ni el de hombre de Estado, sino el de una divinidad de teocali, impasible sobre la húmeda y rojiza piedra de los sacrificios.²⁰

¹⁸ *Ibid.*, p. 466.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 856-857.

²⁰ *Idem.*

No obstante, el propio Bulnes reconocía grandes méritos al estadista oaxaqueño. Decía que había que elogiar la inquebrantable firmeza de Juárez porque no se dejó intimidar, ni corromper, ni desalentar; con lo cual probó gran superioridad moral y ser digno del puesto que ocupaba.²¹ Decía que en el gobierno de Oaxaca, Juárez fue un patriarca inimitable, un verdadero pastor apostólico de ovejas amadas y tiernas. Que en el Ministerio de don Juan Álvarez, Juárez fue un liberal firme, valiente, reformista, casi audaz si hubiera tenido nervios. Que en Veracruz, durante la guerra de Reforma, Juárez fue un revolucionario imponente por su impassibilidad, por su resolución, por lo gigantesco de las leyes que amparaba con su fe, con su autoridad, con su honradez, con sus principios entonces inquebrantables. Durante la guerra de Intervención, Juárez fue una figura sostenida por el heroísmo de los combatientes; siempre sereno, augusto como la virtud, intransigente como la verdad, inmutable como candidato a mártir. Sin embargo, remataba su crítica, “después de 1867 hasta su muerte, Juárez se precipitó con una violencia salvaje en el plano inclinado de una triste decadencia”.²²

III. El peso de la región

Con una bella prosa, Justo Sierra inicia su réplica a Bulnes partiendo de la misma naturaleza indígena de Juárez, como su principal fuerza. Cuenta que Ignacio Altamirano refería cómo, durante la revolución de Ayutla, había aparecido, en el séquito del viejo general don Juan Álvarez, un personaje insignificante, una especie de Cura de indios, cabalgando sin un solo movimiento de impaciencia o cansancio, en una mula habituada a las asperezas y dobleces de la montaña interminable que separa la costa, de Chilpancingo y Cuernavaca. Aquel señor, que frecuentemente hablaba con el general y a quien guardaba muchas consideraciones, era “el licenciado Juárez”. Álvarez le decía a Altamirano que se trataba de “un excelente liberal desterrado por Santa Anna a los Estados Unidos, y que ha sido el mejor gobernador que los oaxaqueños han tenido; lo aprecio y lo respeto mucho”. Altamirano, indio también dice Sierra, “pero ni impassible, ni sereno, ni mudo como el licenciado zapoteco, sino todo lo contrario, veía desde entonces

²¹ *Ibid.*, pp. 846-847.

²² *Ibid.*, p. 859.

con veneración e interés, aunque sin simpatía a aquel hombre de tanto mérito y de tan pocas palabras para él; el exuberante".²³

La apreciación de Justo Sierra sobre el sentido religioso de Juárez es interesante. Nos dice que como la inmensa mayoría de los liberales de su tiempo, y ése podía parecer el elemento irreductible de su alma, que en esto se identificaba con su raza, era un hombre de espíritu profundamente religioso. Su religión era la católica. En ella y bajo la forma de superstición, propia de su raza sometida y callada, había nacido. Pero su educación acabó de cerrar su horizonte con la eterna decoración de todo despertar de alma de aquella época: contornos de iglesias vetustas, de macizos conventos, de pirámides de libros de teología, de siluetas de santos, de perfiles de doctores.²⁴

Por eso no era fácil, ni posible siquiera, prever en el humilde estudiante del Seminario de Santa Cruz de Oaxaca, el mismo año en que la Federación recibía su forma definitiva en el pacto federal de 1824, al gran revolucionario civil en que se convertiría en la década de 1857 a 1867.

La generación que surgió al triunfo de la Independencia, nos dice el autor, frente a la necesidad de constituir una República, se halló sumergida en una temerosa anarquía de ideas y doctrinas. La opinión de las burguesías políticas de los departamentos como el de Oaxaca, en donde se habían formado núcleos burocráticos importantes, hizo predominar una corriente federalista inspirada en el ejemplo admirable de la Federación norteamericana. Esta visión era impulsada por todos cuantos, no viviendo en el Centro, temían que el presupuesto central absorbiese los presupuestos particulares. Este grupo doctrinario se impondría para dar surgimiento a la carta fundamental de 1824.

Buscando hallar los vestigios del pensamiento y los ideales juaristas, afirma el autor que en los estados el federalismo era una suerte de patriotismo local, y precisamente eso comprobaba el terrible peligro que llevaba implícito: la disolución de la unidad nacional. Así estaría a punto de pasar en los casos de Zacatecas, Yucatán y Oaxaca, separados brevemente del centro del país en esos años.²⁵

Se trataba de núcleos liberales y reformistas de las regiones, grupos resueltos por tanto a bregar en pro de la supremacía del poder civil, grupos en

²³ Justo Sierra, *Juárez. Su obra y su tiempo*, pp. 7-8.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibid.*, pp. 36-37.

que dominaban forzosamente los abogados y en segundo término los clérigos, más decididos que los abogados a veces.

IV. El origen étnico

La raza indígena, nos dice Justo Sierra, para argumentar sobre su biografía, que suele ser considerada como refractaria a toda aspiración a la cultura, desmiente en aquellas de sus grandes fracciones que hace siglos abandonaron la vida nómada, esa pesimista y superficial aseveración. Siempre el indio, en cuanto tuvo conciencia de sí mismo, quiso ascender a un estado mejor; somos los hombres derivados de la familia conquistadora quienes hemos sido indiferentes a este estado de ánimo. Cuando el indígena Benito Pablo se presentó en Oaxaca pidiendo "Doctrina y Castilla" era el eco de un inmenso grito mudo (permítaseme la expresión) de toda su raza.²⁶

Sigue narrándonos nuestro autor que en los años que Juárez estudiaba, un buen bloque de estudiantes indígenas de la ciudad de Oaxaca se pasó del Seminario al Instituto y entonces, puede decirse, se organizó la lucha entre el partido reformista y la inmensa mayoría conservadora.

Era natural; en el cerebro lento pero sólido de Benito Pablo entró, al contacto del ambiente de emancipación y de espíritu laico que envolvía al mundo intelectual en Oaxaca, una idea que fue pronto una obsesión: ser abogado. Y cuentan los recuerdos de los contemporáneos que en este cambio tuvo parte principalísima la influencia de Juan N. Méndez, otro zapoteco de la misma región de origen de Juárez, la Sierra Norte, que sería su primer guía intelectual.

En el ambiente político del Instituto, Juárez, no podemos decir que transformó, sino que creó su criterio político. Y fue liberal.²⁷

Poco años después de su aparición en el Instituto, grave y mudo y arriado a Méndez, Juárez comenzó, por su singular aplicación, a obtener puestos en el grupo docente de la casa. El estudiante, como tenía que ser,

²⁶ *Ibid.*, pp. 37-38. Aquí el estudioso campechano yerra la interpretación de la palabra "Castilla". Él dice que Juárez se equivocó al no poder decir "cartilla", refiriéndose al material escolar que apoyaba la alfabetización, una especie del silabario de Galván. Sin embargo, en realidad, en Oaxaca al referirse al que habla lengua española, en los pueblos indígenas se dice: "habla Castilla", haciendo alusión al reino del cual proviene el castellano, es decir: "hablar la lengua de Castilla".

²⁷ *Ibid.*, pp. 38-40.

como sucedía entonces y ahora sucede, movía su espíritu en la región de la teoría pura.

El abogado en ciernes era ya un liberal, no sólo intelectual, sino cordial, apasionadamente. Las pasiones que en Juárez se conglomeraron para producir la pasión reformista densa y glacial como el bronce, fueron entonces las de muchos: el apego a la Federación; el odio a los españoles. Ser federalista y ser antiespañol eran el anverso y el reverso de una misma medalla: ser mexicano.

El federalismo fue una pasión viva, porque fue un celo. El influjo del Centro en muchas partes, en Oaxaca sobre todo, escondida tras múltiples murallas de montañas, era nulo, era intermitente cuando más, y fuera de tono y arbitrario casi siempre; lo que provocaba, sorda o ostensiblemente, una constante resistencia. Además, el indígena zapoteca o mixteca tiene en la sangre el odio a todo lo que de la capital del imperio le iba, porque sólo le habían ido el despojo y la opresión. Si a esto se añade, ya lo indicamos, el miedo de las burocracias a compartir con cuantos de fuera viniesen la magra pitanza de los presupuestos locales, se comprenderá con que ahínco el grupo político defendía la independencia provincial, nos dice Sierra.²⁸

Todos los actos de la vida pública de Juárez, hasta que la gran revolución reformista subvirtió las doctrinas en que se fundaban nuestros hábitos políticos, denuncian su ardiente federalismo.

Para aminorar su antiespañolismo, Sierra busca argumentos. Lo hace diciendo que nunca se ha podido comprender a un oaxaqueño sin un español al lado; este dicho revela bien el concepto de sumisión mitad servil, mitad filial, doméstica en conjunto, que representa las relaciones entre protegidos y protectores en aquella región antes dominada que conquistada. Pero si esto era cierto, y en la mayor parte de la Nueva España era cierto, no lo era menos que la sumisión del indígena rural, el indígena de la montaña era aparente. Sólo al cura, sólo al monje eran adictos los indios, por sacerdotes, no por españoles. En el fondo del alma de aquella raza fermentaba un odio incoercible por sus dominadores, por sus explotadores. Juárez debe haber sido así, a decir del autor: amigo individual de muchos españoles, odiador en masa de los tiranos, que entonces se clamaba, que amenazaban de muerte a la Patria.²⁹

Y de estos dos sentimientos resultó una convicción política, que se ve despuntar claramente en su primer certamen o acto escolar de derecho

²⁸ *Ibid.*, pp. 38-42.

²⁹ *Ibid.*, pp. 42-43.

público sustentado en el Instituto. Puede la tesis condensarse así: el Tribunal de la Opinión Pública debe constituir una fuerza moral bastante a impedir que los poderes constitucionales rompan el equilibrio y la independencia que debe haber entre ellos, invadiendo uno las atribuciones o las funciones de otro. La tesis, como se ve, era netamente liberal.

Un año después presentaba ante el profesorado de su escuela un estudio netamente democrático: la elección directa es la más conveniente en un sistema republicano. Tal era la proposición aunque la cortapisa dictada por la prudencia y la intuición de la realidad no dejaba de ser significativa: mientras mayor sea la ilustración de un pueblo, decía, la elección directa será más necesaria, y con esto sólo convertía, como lo es en puridad, el problema político en un problema pedagógico, de educación popular.³⁰

Por esta época los libros liberales de derecho abundaban. Se comenzaba a leer en francés, y las obras francesas de Benjamín Constant y otros publicistas liberales eran pan cotidiano de los amigos de Méndez. Un anciano oaxaqueño, gran admirador de Juárez y algo discípulo suyo, aunque médico, le refirió a Justo Sierra las recomendaciones expresísimas que le hizo el rector del Instituto, del entonces célebre libro de don Tadeo Ortiz. Inferior como estilo y observación y pasión a los de Zavala, de Mora, de Alamán, la obra de don Tadeo, opina nuestro autor, predica un liberalismo tolerante y sano, y trata generalmente con tino y cordura problemas que, aun ahora, no están resueltos del todo. No es un libro de historia como los otros, pero de ella echa mano cuando le viene en mientes. Es un libro sobre la situación del país en nuestra primera década de pueblo independiente, y debió ser una fuente viva para cuantos querían aprender cómo podrían aplicarse en nuestro país las recetas que recomendaban sus autores favoritos.³¹

En 1847, después de la muerte de Antonio León, caudillo oaxaqueño, durante la intervención norteamericana, en Oaxaca se dieron fuertes disputas políticas entre los grupos conservador y liberal que permitieron una coyuntura favorable a éstos. Lo que les llevaría, dice Sierra, a un nombramiento irregular de Juárez como gobernador interino de Oaxaca, apoyado por el partido liberal.

No es necesaria otra prueba que ésta para demostrar el ascendiente que Juárez había adquirido en el grupo liberal oaxaqueño. Y es singular que no hayan podido medir la importancia de ese fenómeno los que le niegan al patricio todo valer en el orden moral y político durante aquella turbia

³⁰ *Ibid.*, p. 43.

³¹ *Ibid.*, pp. 43-44.

y estertorosa época. Ciertamente, estaba rodeado de hombres de mayor inteligencia que la suya: los Marcos Pérez, los Cañas, los Ruiz, los Díaz Ordaz, no cabe duda, eran dueños y gozaban de una mentalidad mucho más alta que la del indígena zapoteca. Pero, si lo eligieron como jefe, si lo escogieron unánimes por centro, si lo siguieron todos entonces y por largos años como se sigue a una bandera, es claro que su voluntad, que su carácter son los que explican este caso singular.³²

Efectivamente, sigue contándonos el maestro Sierra, Juárez durante su vida estuvo intelectualmente subordinado, sugerido, diremos, por inteligencias de mayor alcance que la suya. En los comienzos de su vida Juan N. Méndez determinó el camino de sus ideas. Después, la influencia de Ruiz fue extraordinaria sobre él. Más tarde, y sin que el ascendiente de Ruiz desapareciera por completo, el contacto con Ocampo no sólo determinó en el alma de Juárez una evolución completa, causa de su definitiva emancipación de las creencias viejas, sino que hasta cierto punto lo mantuvo en una especie de vasallaje psicológico que Juárez se complacía en reconocer de buen grado.

Sin embargo, el autor se hace la siguiente pregunta: ¿Por qué Ocampo reconoció siempre, no sólo la dirección política, sino una especie de superioridad que desde acá nos parece misteriosa, de aquel hombre pasivo sobre naturaleza siempre en fervorosa actividad? En esto reconocemos la acción del carácter de Juárez sobre quienes a él se agrupaban. Su pasividad no era más que aparente. En realidad, aun en el terreno intelectual, sabía intervenir con un elemento de sensatez y de espíritu práctico que determinaban instantáneamente el orden y la agrupación por series lógicas de las ideas de sus amigos. Pero en el terreno moral era en donde su pasividad se tornaba actividad *sui generis*, y todas las convicciones, todos los sentimientos que giraban dispersos en aquellos días de anarquía temerosa de los espíritus, tendían a cristalizarse y a cobrar vigor, unificándose gracias al carácter de Juárez.³³

En el último periodo de su vida, cuando ya los tremendos reveses políticos que habían repujado y endurecido su carácter le hacían menos accesible a influencias absolutas, el talento extraordinariamente perspicaz de Sebastián Lerdo de Tejada fue muy importante. Ejerció indudablemente un ascendiente vigoroso, y en ciertos momentos decisivo, sobre las determinaciones de Juárez en el periodo de 1863 a 1868.

³² *Ibid.*, pp. 63-64.

³³ *Idem.*

Queda, pues, bien definida en la historia individual de Juárez la docilidad con que escuchaba, comprendía y se asimilaba los elementos de inteligencias cuya superioridad sentía; la energía poderosa con que el resorte de acero de su voluntad reobraba sobre los hombres que con él se ponían en contacto íntimo.

V. Religión y política

De esta devoción perenne hacia los dogmas católicos nada puede inferirse en contra del sentimiento frecuentemente apasionado con que Juárez se asimilaba las aspiraciones de su tiempo, opina Sierra. Pero, hombre de gobierno, no tenía, como todos los gobernantes, otra norma ni otro camino que la ley que había libremente aceptado. Estando perfectamente convencido de que en el respeto a la ley generadora del derecho estaba la paz de la exánime nación que se trataba de resucitar, hacía de la obediencia a la ley una especie de dogma del que no admitía disidentes ni herejes.

A esto debe atribuirse la firmeza con que puso la acción y la palabra del gobierno del lado del cumplimiento estricto de la ley en la que se refería a los tributos que estaban obligados los habitantes del Estado a pagar en los curatos para sostenerlos. Por regla general, los liberales, con muy buen consejo, se manifestaban siempre adictos al clero parroquial. Los curas eran con cierta frecuencia, más bien que instrumentos de reacción en manos del alto clero, agentes de la ilustración del pueblo, en algunas partes, aunque muy contadas, y, en todas partes, elementos de resistencia a los obispos y a sus ministros inmediatos.³⁴

Por eso, Juárez sosteniendo en Oaxaca la obligación estricta que la ley civil imponía a todos los habitantes del Estado de contribuir para las necesidades del curato, y Ocampo sosteniendo en Michoacán la necesidad de cortar los abusos de las obvenciones parroquiales, para hacerlas más firmes y organizarlas mejor, porque las consideraba perfectamente legítimas, son una muestra clara del criterio con el que el partido liberal consideraba estos deberes sociales.

Como era natural, esta nueva disposición hacia el bajo clero, en quien pretendía encontrar un verdadero aliado el partido reformista para despojar de sus privilegios a la aristocracia clerical que era en realidad la única a

³⁴ *Ibid.*, pp. 66-67.

quien aprovechaban, era general en aquella época, era el modo de ver de todos.

En la política de paz interior, hay necesidad de repetirlo, sigue el relato del campechano, entraba en los designios del gobernador de Oaxaca no enajenarse, sino hacer venir a sus miras al clero, y todo oaxaqueño acaba por obrar así. Cuando fue necesario no le escaseó las amonestaciones; pero mientras éste se manifestó decidido partidario de la paz y poco hostil al progreso general, mantuvo sus buenas relaciones con los jefes de la iglesia y apoyó cuanto en las leyes podía servir para mantener la dignidad social de los servidores del altar.

Uno de los episodios de esa política de imponerse al clero sin constituirse en enemigo suyo, que era lo único posible en Oaxaca, consistió no sólo en la franca adhesión consciente del gobierno y del pueblo oaxaqueño al credo liberal, sino en puntos más concretos. En el tesón, por ejemplo, que mostró Juárez en obligar a la población a construir cementerios, abandonando el antihigiénico hábito supersticioso que consistía en enterrar dentro de las iglesias o al pie de sus muros.³⁵

VI. Benito y Melchor

Comparando las actitudes de dos líderes liberales, en sus respectivos estados, nos dice don Justo Sierra que Juárez y Ocampo, sin ceder un ápice de los derechos de las entidades que gobernaban, se mantuvieron adictos al Centro. Ocampo, temperamento mucho más revolucionario que Juárez, que aun en los periodos de mayor agitación política se mostró un hombre de gobierno, inició la lucha contra los abusos del clero en Michoacán y ligó así el programa del partido liberal nuevo, que comenzaba a levantar por todas partes la cabeza juvenil resuelto a las luchas decisivas, con el de los precursores de la Reforma. Por eso Ocampo quedó señalado como un peligro social, por Lucas Alamán, en el famoso memorando que fue la norma gubernamental del partido conservador en la última administración santanista: era la encarnación del espíritu nuevo de revuelta, heterodoxo y anarquista, por ende, por ser enemigo de la Iglesia, según la creencia de entonces, subvertía el orden social.³⁶

³⁵ *Ibid.*, pp. 67-69.

³⁶ *Ibid.*, pp. 75-80.

A mediados de 1853 Juárez estaba en New Orleans. Allí había un grupo de hombres conspicuos que esperaban con incontrastable fe el fin de la tiranía que meditaban largamente en afianzar el porvenir de las ideas reformistas en México. Juárez era respetado por todos. Su reputación de gobernante integérrimo le había precedido aquella colmena de ideas y de nobles ambiciones. Pero la personalidad saliente era la de Ocampo, hombre de pensamiento y acción, agricultor, naturalista, economista, hombre público por amor al bien público.

La influencia, el ascendiente de Ocampo sobre el grupo de New Orleans era inmenso. Sobre Juárez fue evidente, no podía menos. Las convicciones liberales de ambos eran firmes. Juntos habían sido gobernadores, uno en Oaxaca y en Michoacán el otro. Ambos habían propugnado la teoría de la paz y anatemizado las revoluciones para sostener el federalismo honrado, unido en derredor de las honradas administraciones de Herrera y Arista. Ambos fueron contrarios ardientemente a la revuelta híbrida y equívoca de Jalisco. Pero mientras Juárez, a fuerza de condescendencias aparentes, se esforzaba en mantener quieto al clero, Ocampo le había arrojado el guante en la cuestión de las obvenciones parroquiales.³⁷

En New Orleans las cosas cambiaron de aspecto. Allí con Mata, con Ponciano Arriaga, quedó formulado el programa del partido sobre el que había de formarse poco después la Constitución de 1857. Emancipación completa del poder civil, y no sólo completa sino definida. Para ello, era necesaria la destrucción radical del poder de la Iglesia, como no fuera el estrictamente espiritual, suprimiendo fueros, las comunidades religiosas y nacionalizando sus bienes.

VII. La voluntad y el origen

El reformador fue Juárez, dice el historiador Sierra. Él, lo mismo que los otros, grandes clarividentes, sin duda, pero no creadores intelectuales, ha sido, como se expresa con denominación que nadie define y todos comprenden, un genio. Su genio "fue el genio de la voluntad". Se forjó su mentalidad en la fragua de su carácter; en esa hoguera iluminó su inteligencia un "querer", del que entra lentamente en conciencia, un querer que se agiganta y crece con los acontecimientos, una inmensa energía psíquica jamás inferior a su obra, una energía inmensa en la que se funden, como en crisol incandes-

³⁷ *Idem.*

cente, mezquindades, egoísmos, ambiciones, debilidades, todo lo que es humano, todo lo que ancla el hombre a la tierra en su aleteo perpetuo hacia un ideal.³⁸

Juárez nació, puede decirse, de una raza. Porque nada había de él que no estuviera física y moralmente en su raza: nada que lo diferenciara de sus congéneres. Es un hijo de la familia zapoteca. Su fuga a Oaxaca por temor a un castigo, por aspiración a una vida superior, fue el primer acto que le probó que era un hombre, que era una voluntad, que era un rebelde.³⁹

La iglesia lo acogió. La vaga ansiedad del cielo y el deseo de saber qué decían los libros de su protector, era lo que daba a aquel niño cuenta de sí mismo. Pero el fondo de su alma, que por la iniciación en una lengua nueva y en formas menos inferiores del culto destacaba ya la individualidad propia de la personalidad colectiva de su raza, permanecía siendo lo que siempre será un indio, un ser religioso.

Juárez fue el núcleo del movimiento liberal. Pero puso todos los elementos constitutivos de la psicología de su raza, la astucia, el recelo, el tesón, la reflexión lenta, pero firme y decisiva en ese grupo.

Sin embargo, equilibrando su balance, nos dice Sierra que Juárez en Oaxaca fue un ambicioso también. "Ni se hace nada grande sin la ambición de hacer algo grande, ni para realizar esto hay medio mejor que el poder. Juárez en medio de dificultades e intrigas oscuras, se dio bien cuenta de lo que quería con sorda e incontrastable energía. Quiso el poder en Oaxaca y lo obtuvo. Y fue un gran gobernante en un pequeño gobierno; administró bien, bien en toda la extensión de la palabra".⁴⁰

Cuando el gran indígena se reunió al general Álvarez, durante la revolución iniciada en Ayutla, ya era un completo emancipado. Del estudiante Méndez, que fue su iniciador en las ideas nuevas, al reformador Ocampo, la evolución había sido lenta pero constante. ¿Cristiano? Probablemente no dejó de serlo nunca.

En su raza, primero vencida, luego forzosamente oprimida, y al fin comprimida en una tutela que la mantuvo en el estado de infancia de que trabajosamente va saliendo y saldrá en la escuela, su redentora suprema. En su raza, era congénita la necesidad de creer en un juez infaliblemente justo que estuviese por encima de los jueces de la tierra, y sólo la religión del Cristo le ofrecía la plena satisfacción de esta necesidad fundamental en

³⁸ *Ibid.*, pp. 487-488.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 489.

el espíritu del indígena después de la conquista: la de que sus explotadores fueran implacablemente castigados.⁴¹

Pero para afrontar la tremenda lucha era preciso conservar un centro de cohesión a aquella flotante masa de energía liberal. Ese centro no podía ser más que uno, Juárez. El oaxaqueño, porque en el naufragio de toda la legalidad constitucional no había quedado más investidura que la suya, era la única que podía aparecer ante toda la República como bandera, la única semilla del futuro orden constitucional que la Constitución misma preveía. Ante la falta definitiva del presidente de la República, por mandato constitucional se encargaba del Ejecutivo Federal el presidente de la Suprema Corte de Justicia.

VIII. Colofón

Si se pudiera reseñar en una frase la visión de Sierra sobre el peso de la cultura indígena sobre la acción política de Juárez, podríamos citar la siguiente:

Era un hombre; no era una intelectualidad notable; bien inferior a sus dos principales colaboradores, a Ocampo [...] [y] a Lerdo de Tejada. Juárez tenía la gran cualidad de la raza indígena a que pertenecía, sin una gota de mezcla: la perseverancia [...] de lo que tenía plena conciencia era de la necesidad de cumplir con el deber aun cuando vinieran el desastre y la muerte. A través de la Constitución y la Reforma veía la redención de la república indígena; ése era su verdadero ideal, a ése fue devoto siempre; emanciparla del clérigo, de la servidumbre rural, de la ignorancia, del retraimiento, del silencio, ése fue su recóndito y religioso anhelo; por eso fue liberal; por eso fue reformista, por eso fue grande; no es cierto que fuese un impassible, sufrió mucho y sintió mucho; no se removía su color, pero si su corazón; moralmente es una entidad que forma vértice en la pirámide oscura de nuestras luchas civiles. En comparación suya parecen nada los talentos, las palabras, los actos de los próceres reactivos: ellos eran lo que pasaba, lo que se iba; él era lo que quedaba, lo perdurable, la conciencia.⁴²

⁴¹ *Ibid.*, pp. 492-494.

⁴² Banco de México, *Epistolario liberal en el Archivo Histórico del Banco de México*. Benito Juárez-Matías Romero, p. 71.

Sin duda alguna, sin saberlo, con su polémica con Bulnes en este su último libro, el maestro de Campeche estaba aportando elementos para el debate contemporáneo sobre los derechos de los pueblos indígenas.

IX. Bibliografía

- ARENAL FENOCHIO, Jaime del, "El Juárez de don Justo Sierra", en Justo Sierra, *Juárez. Su obra y su tiempo*, México, CNDH / Miguel Ángel Porrúa, 2006, pp. XIII-XXVIII.
- BANCO DE MÉXICO, *Epistolario liberal en el Archivo Histórico del Banco de México. Benito Juárez-Matías Romero*, México, Banco de México, 2003.
- BULNES, Francisco, *El verdadero Juárez y la verdad sobre la Intervención y el Imperio*, París, Librería de la viuda de C. Bouret, 1904.
- BULNES, Francisco, *Juárez y las revoluciones de Ayutla y la Reforma*, México, Antigua Imprenta de Munguía, 1905.
- JIMÉNEZ MARCE, Rogelio, *La pasión por la polémica. El debate sobre la historia en la época de Francisco Bulnes*, México, Instituto Mora, 2002.
- LIRA, Andrés, "Justo Sierra: el historiador y la política", en Justo Sierra, *Juárez. Su obra y su tiempo*, México, CNDH / Miguel Ángel Porrúa, 2006, pp. XIII-XXVIII.
- PI SUÑER LORENZ, Antonia, "Benito Juárez, hombre o mito", en *Secuencia. Revista Americana de Ciencias Sociales*, núm. 11, México, Instituto Mora, mayo-agosto, 1988, pp. 9-13.
- ROJAS, Rafael, "Juárez: un legado en disputa", en *Letras Libres*, año III, núm. 29, México, mayo de 2000, pp. 44-46.
- SIERRA, Justo, *Juárez. Su obra y su tiempo*, México, CNDH / Miguel Ángel Porrúa, 2006.

Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia del Sistema de Justicia Penal (*Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008)

Alfredo Islas Colín*

RESUMEN: Ante la creciente delincuencia en nuestro país, el 18 de junio de 2008 se publicaron las iniciativas de reforma a la Constitución presentadas por el Congreso de la Unión y del Ejecutivo Federal en el *Diario Oficial de la Federación*. El objetivo era reformar los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VI del artículo 115, y la fracción XIII, apartado B, del artículo 123. Es una reforma al Sistema de Justicia Penal, que trata varios temas como la presunción de inocencia elevada a nivel constitucional, la transición hacia el procedimiento penal acusatorio y oral, el arraigo, la seguridad pública, la delincuencia organizada, la detención y la intervención de las comunicaciones privadas, entre otros. Aunque existen avances notorios en la reforma, como la inclusión de los principios de igualdad procesal y otros derivados del procedimiento oral, como la libre valoración de la prueba, los medios alternativos de solución de controversias, el fortalecimiento de la defensoría pública y las medidas más severas contra la delincuencia organizada, existen también retrocesos, sobre todo en materia de derechos humanos. Otra preocupación importante es que se ha intentado la traspolación de modelos de justicia de otros países que tienen una cultura jurídica distinta, viven otras circunstancias y tienen incluso otras instituciones, por lo cual se pueden observar algunas inconsistencias e incongruencias en la redacción de la nueva ley. La esperanza queda en la manera en que serán aplicadas las reformas, porque por lo menos en el texto se puede apreciar que se ha intentado dar un paso hacia adelante, y que se ha dado al mismo tiempo un paso hacia atrás en la búsqueda de la verdadera justicia.

ABSTRACT: In view of the increasing delinquency in our country, the initiatives to reform the constitution presented by the Congress and the Federal Executive were published in the Federal Official Journal in June 18th 2008. The objective was to reform the 16th, 17th, 18th, 19th, 20th, 21st, 22nd articles, the XXI and XXIII fractions of the 73rd article, the VI fraction of the 115th article and fraction XIII section B of the 123rd article of the constitution. Is a reform to the justice system, and it includes many different topics such as

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

the presumption of innocence as a constitutional principle, the transition towards an oral procedure, arrest, public security, organized delinquency, detention and the intervention of private communications among many others. Even though there are many advances in this reform such as the inclusion of equality between parties and other principles as a result of the oral process like free evaluation of the evidence, alternative means to solve controversies, strengthening of the public defense and severe measures to fight organized delinquency, there are also many backward movement, specially when it comes to human rights. There is another major concern because there is an attempt to copy justice systems from other countries that live under different circumstances and have a very different legal culture and even have different institutions, which is why there are many inconsistencies and incongruities in this reform's structure. All hopes rest in the application of this laws, because when it comes to what has been written, we can see the attempt to give a step forward and at the same time the step backwards we took in order to seek real justice.

SUMARIO: I. Antecedentes. II. La presunción de inocencia. III. Juicios orales. IV. El arraigo. V. Seguridad pública. VI. Delincuencia organizada. VII. Detención. VIII. Las intervenciones en las comunicaciones telefónicas. IX. Bibliografía.

El presente comentario tiene el siguiente plan de exposición: primero mencionaremos los antecedentes de la reforma al Sistema de Justicia Penal —de la llamada Reforma Procesal Penal—; después analizaremos solamente siete de las 22 instituciones objeto de modificación —su número depende como las clasifiquemos—, que por razones de espacio nos impiden ampliar el análisis, no obstante, seleccionamos las siguientes para su estudio: el principio de presunción de inocencia, los juicios orales, el arraigo, la seguridad pública, la delincuencia organizada, la detención y, finalmente, las intervenciones en las comunicaciones telefónicas.

I. Antecedentes

Las iniciativas que conforman la reforma al Sistema de Justicia Penal fueron aprobadas por cada una de las Cámaras del Congreso de la Unión, y por más de la mitad más uno de las Legislaturas de los Congresos Legislativos de los estados; asimismo, fueron publicadas por el Ejecutivo Federal en el *Diario Oficial* de la Federación el 18 de junio de 2008, de conformidad con el artículo 135 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

La reforma tiene los antecedentes siguientes: se presentaron 11 iniciativas de reforma en materia del Sistema de Justicia Penal, 10 en la Cámara de Diputados; y una en la Cámara de Senadores por el Ejecutivo Federal.

Las fracciones parlamentarias que presentaron dichas iniciativas fueron las siguientes: cinco iniciativas presentadas por el PRD;¹ dos del PRI; dos por el diputado César Camacho, aunque una de ellas fue postulada por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales;² una del Partido Acción Nacional;³ otra más del PRD, PT y CV,⁴ y finalmente otra presentada por el PRI, el PAN, el PRD y el PVEM.⁵ Además, como lo señalamos, una del Eje-

¹ Las cinco iniciativas son las siguientes y fueron presentadas por los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido, del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, en las fechas y denominaciones siguientes: la primera es del 4 de octubre de 2007, bajo la denominación de *iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 18, 21 y 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; la segunda del 4 de octubre de 2007, con la denominación siguiente: *iniciativa con proyecto de decreto que adiciona el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; la tercera iniciativa, del 4 de octubre de 2007, bajo la denominación *iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*; la cuarta del 4 de octubre de 2007, bajo la denominación *iniciativa con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; y la quinta del 4 de octubre de 2007, bajo la denominación *la iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

² En la primera, del 6 de marzo de 2007, el diputado César Camacho Quiroz, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó la *iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la cual es postulada por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales; en la segunda, del 29 de marzo de 2007, el mismo diputado Camacho Quiroz, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó la *iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

³ El 29 de septiembre de 2006, el diputado Jesús de León Tello, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, presentó la *iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁴ El 25 de abril de 2007, los diputados Javier González Garza y Raymundo Cárdenas Hernández, Ricardo Cantú Garza y Jaime Cervantes Rivera, y Alejandro Chanona Burguete y Layda Sansores San Román, de los Grupos Parlamentarios de los Partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Convergencia, respectivamente, presentaron la *iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁵ El 19 de diciembre de 2006, los diputados César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, de los Grupos Parlamentarios de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Verde Ecologista de México, respectivamente, presentaron la *iniciativa con*

cutivo Federal,⁶ que a diferencia de las otras se presentó en la Cámara de Senadores.

El 11 de diciembre de 2007, la Cámara de Diputados publicó el *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.⁷

La modificación al Sistema de Justicia Penal mediante la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue aprobada por la Cámara de Diputados el 26 de febrero de 2008 con 462 votos en pro, seis en contra y dos abstenciones; en su turno fue aprobada por la Cámara de Senadores, el 6 de marzo de 2008, con 71 votos a favor y 25 en contra, la Reforma de Justicia Penal.

El proceso de reforma constitucional en comento presentó dificultades dentro de los grupos parlamentarios, tal fue el caso que en la sesión de la Cámara de Diputados fue afortunadamente el undécimo párrafo del nuevo artículo 16, que autorizaba el ingreso policiaco a los domicilios, sin orden judicial.

Decía el texto que podía ingresar la autoridad policial “cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o la integridad corporal de las personas”.

Dicha propuesta era una manera absurda de avalar la arbitrariedad policiaca, posible no sólo por ineptitud sino también por corrupción. Esta supresión se presentó debido a que al acercarse el día de la votación creció una preocupación en las bancadas del PAN y del PRI. Por tratarse de una reforma constitucional se requerían dos tercios de los miembros presentes, es decir 332 de los 500 integrantes de la Cámara. Si bien dos meses atrás se habían reunido 366 votos, se habían multiplicado las voces, sobre todo en la fracción del PRI, que expresaban dudas sobre lo antes aprobado y aun la confesión de un error que podía ser enmendado.

Los diputados que así se manifestaban eran sensibles no sólo a los alegatos de sus compañeros del PRD, el PT y Convergencia, sino a las objeciones que nacían desde la militancia política (el Frente Nacional contra la Re-

proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶ El 9 de marzo de 2007, el titular del Poder Ejecutivo Federal presentó ante la Cámara de Senadores una iniciativa que reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de seguridad y justicia.

⁷ *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007.

presión) hasta la convicción académica. Un amplio número de expertos, en efecto, se había mostrado contrario a las modificaciones impugnadas en San Lázaro. Por lo que se generó el temor, por lo tanto, de que esta vez la votación no alcanzara el porcentaje constitucional y fracasara la reforma. Por ello los impulsores de la misma –César Camacho Quiroz– practicaron una retirada parcial, para no perder lo más por lo menos; por lo tanto, propusieron la eliminación del undécimo párrafo del nuevo artículo 16 constitucional, que autorizaba el ingreso policiaco a los domicilios sin orden judicial.⁸

A finales de abril de 2008 ya había 15 Legislaturas Locales que habían aprobado la reforma, por lo que “es casi un hecho que esta reforma sea una realidad”; sólo falta la aprobación de dos Congresos Locales. La publicación en el *Diario Oficial* de la Federación por el Ejecutivo Federal se realizó el 18 de junio de 2008.

Las modificaciones afectan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VI del artículo 115, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora analizaremos algunas instituciones a la luz de los derechos humanos. Sin lugar a dudas la doctrina, las 11 iniciativas y los defensores de derechos humanos coincidimos en el diagnóstico de la situación de inseguridad, impunidad, lentitud en la administración y procuración de justicia, así como en una palabra la ineficacia del poder público para establecer el fortalecimiento del Estado de Derecho y especialmente la protección de los derechos humanos.

Asimismo, se considera que existen sin lugar a dudas avances en la reforma constitucional en estudio, como la inclusión explícita en la Constitución del principio de presunción de inocencia, del principio de igualdad procesal entre las partes, medios alternos de solución de controversias y de la nulidad de toda prueba obtenida mediante la violación de derechos fundamentales. Pero a continuación exponemos algunas de las preocupaciones que tenemos sobre esta reforma al Sistema de Justicia Penal. Asimismo, faltaron reglas sobre la creación de los Consejos Ministerial y Policial, para que se ocupen de la Carrera del Ministerio Público y Policía, afirma el profesor Héctor Fix-Zamudio.⁹

⁸ Miguel Ángel Granados Chapa, “Reforma de justicia penal”, en *El Siglo de Torreón*, 28 de febrero de 2008.

⁹ Héctor Fix-Zamudio, “La reforma judicial y su implicación en las entidades federativas”, conferencia dictada en el Palacio Legislativo del Estado de México el 24 de mayo de 2008.

Las opiniones vertidas por los expertos sobre el tema de la reforma al Sistema de Justicia Penal es de desánimo, como lo señala uno de los más grandes penalistas que México tiene en la época actual, el doctor Sergio García Ramírez, en los términos siguientes:

Estamos en la víspera de una histórica reforma constitucional penal. Obviamente, la historia se puede recorrer hacia adelante o hacia atrás. Esta reforma da pasos en ambas direcciones. [...] Hay coincidencia en los aspectos positivos de la reforma. Merecen ir adelante, pero no a condición de retroceder en derechos, libertades y garantías. La preservación de los derechos humanos es perfectamente compatible con la seguridad pública.¹⁰

Otros expertos en la administración de justicia, como el magistrado Ricardo Ojeda Bohorquez, afirman que estas reformas son “inconsistentes e incongruentes”, producto de la falta de cuidado al copiar modelos jurídicos de otros países distintos al nuestro, en los términos siguientes:¹¹ “como Chile, que es una República centralista, y que antes de su reforma a su nuevo modelo acusatorio tenía un modelo inquisitorio puro, donde el juez investigaba y juzgaba, pues no contaba con la figura del Ministerio Público, lo que también sucedía en Colombia; y no se diga la gran diferencia que existe entre los países anglosajones con el que, tienen actualmente un modelo mixto inclinado al acusatorio”.

Asimismo, afirma el magistrado del Poder Judicial Federal que son incongruentes las reformas en comento, por las siguientes consideraciones:

No me explico cómo la reforma separa a la policía investigadora del Ministerio Público, lo cual resulta muy peligroso y, que además no haya abordado el tema de la autonomía de esta institución.

[...]

[...] la duración de los procesos fue un argumento para cambiar nuestro sistema; pese a ello, los plazos para tal efecto, de un año máximo, no sólo se dejan tal cual los tenemos ahora (a. 20 B, fr. VII), sino que contradictoriamente

¹⁰ Doctor Sergio García Ramírez, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ex procurador general de la República y del Distrito Federal. Declaraciones en el Foro Reforma Penal y Democracia, el 5 septiembre 2007.

¹¹ Véase Ricardo Ojeda Bohorquez, “Perspectiva de la reforma penal: vicios y virtudes”, en *Foro Jurídico*, núm. 57, pp. 20 y ss.

te, en diversa fracción, se dice que la prisión preventiva podrá durar más todavía, hasta dos años (a. 20, inciso B, fr. IX).

La reforma al Sistema de Justicia Penal es muy amplia y comprende los 22 temas siguientes:

- 1) La introducción del procedimiento penal acusatorio (a. 16, párrafos segundo y décimo tercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; artículo 19; artículo 20, y artículo 21, párrafo séptimo).¹²
- 2) El ejercicio de la acción penal, las modificaciones al monopolio de dicha acción, como el ejercicio por los particulares (a. 21 de la C.) o la aplicación de criterios de oportunidad para ejercer dicha acción (a. 21 de la C.).
- 3) La reducción del estándar probatorio para dicho ejercicio (a. 21 de la C.).
- 4) La reducción del empleo de la prisión preventiva (a. 18 de la C.).
- 5) La implementación de los juicios orales en los juicios penales (a. 17, párrafo IV).
- 6) La modificación de los derechos del inculpado, de la víctima u ofendido (a. 20, apartados "A", "B" y "C").
- 7) El establecimiento de manera expresa en la Constitución de la presunción de inocencia (a. 20, apartado "B", fracción I, de la C.).
- 8) La igualdad de las partes y la judicialización de las pruebas (a. 20, apartado "A").
- 9) El establecimiento a nivel constitucional, de un sistema muy criticado, de diversas herramientas de investigación como el arraigo aplicable no solamente a la delincuencia organizada (aa. 16, párrafo VII, y transitorio décimo primero de la C.).
- 10) El establecimiento de los beneficios para los que colaboren en la investigación de delincuencia organizada, creando un régimen especial para hacer frente a dichas conductas delictuosas, el cual ha recibido un rechazo muy grande por varios especialistas (a. 16, párrafos VII, VIII y IX; a. 18, párrafos IX y X; a. 19, párrafos II y VI; a. 20, apartado "B", fracción V, y párrafo II, y a. 22, fracción II).

¹² Señala el texto constitucional, en el transitorio segundo y tercero, que el sistema procesal penal acusatorio entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, a partir de la publicación de este decreto. Pero en los estados que ya existe dicho sistema entrará en vigor inmediatamente.

- 11) La designación de jueces para ocuparse especialmente para resolver de manera pronta e inmediata medidas precautorias como el arraigo, cateo e intervenciones de comunicaciones privadas (a. 16, párrafo XIII).
- 12) La creación a nivel constitucional de la defensoría pública; y su homologación de la retribución con la de los Ministerios Públicos (a. 17 de la C.).
- 13) El establecimiento de un sistema de investigación de los delitos por los policías; la federalización de la materia de delincuencia organizada (a. 21, fracción IX).
- 14) La sustitución del “delito flagrante” por el “inmediatamente después de haber cometido” (a. 16, párrafos IV y V, de la C.).
- 15) La implementación del “registro inmediato de detención”; la supresión de que la orden de cateo se emita por escrito (a. 16, párrafos IV y V, de la C.).
- 16) El establecimiento del beneficio de cumplir la pena en un lugar cercano del domicilio del sentenciado no se aplica para los sentenciados de delincuencia organizada y otros (a. 18 de la C.).
- 17) Se establece un régimen de internamiento especial para los acusados de delincuencia organizada y otros (a. 19, párrafo II).
- 18) Se establece la permisión constitucional de la extradición a otros países a personas que están sujetas a proceso por delitos cometidos en territorio nacional (a. 19 de la C.).
- 19) Se elimina la regulación de la libertad bajo caución (a. 20 de la C.).
- 20) Se amplía el derecho de la víctima a impugnar no solamente la resolución de no ejercicio de la acción penal, sino también la de reserva, desistimiento y suspensión del procedimiento, entre otras resoluciones (a. 20 de la C.).
- 21) Se redefine el concepto de seguridad pública (a. 21 de la C.) y la conformación del sistema nacional de seguridad pública (a. 21 de la C.).
- 22) Se establece la proporcionalidad de la pena con el delito que sancione y el bien jurídico afectado (a. 22 de la C.).

En razón del espacio que tenemos para el presente comentario legislativo, los temas que a continuación expondremos son los siguientes: presunción de inocencia, juicios orales, arraigo, seguridad pública, delincuencia organizada, detención e intervenciones en las comunicaciones telefónicas.

II. La presunción de inocencia

Ahora se reconoce de manera expresa la presunción de inocencia en la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20, apartado “B”, que lo consagra en los términos siguientes:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

No teníamos dicho reconocimiento a nivel constitucional, su reconocimiento era implícito,¹³ no obstante que la comunidad internacional lo reco-

¹³ Recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló el reconocimiento constitucional implícito del principio de inocencia, en los términos siguientes:

Rubro: CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER.

Texto: Se entiende por causa de exclusión del delito aquella que, concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté prevista en la ley como delito. Ahora bien, la carga de la prueba corresponde a quien hace valer dicha causa, atento al principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando su negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho. Lo anterior *no vulnera los principios de debido proceso legal y acusatorio, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia —implícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—*, pues ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, sino que únicamente impone al procesado la carga probatoria respecto de la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que éste ha sido plenamente probado por la referida representación social, por implicar una afirmación contraria a lo probado, que corresponde probar a quien la sostiene.

Precedentes: Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Localización: Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 203, tesis 1a. CX/2005, aislada, Penal.

nocía en diversos instrumentos internacionales que nosotros hemos firmado, pues el derecho a ser presumido inocente es un principio fundamental para la protección de los derechos humanos. Relacionado con los procedimientos de las garantías, está establecido dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual establece lo siguiente: “Todo cargado con una ofensa criminal tiene el derecho a ser presumido inocente hasta que la culpa se pruebe de acuerdo a la ley dentro de un juicio público en el cual el/ella haya tenido todas las garantías necesarias para su defensa” (artículo 11, párrafo 1).

Además, la presunción de la inocencia implica el derecho a ser tratado en concordancia con este principio. Es un deber de todas las autoridades públicas de refrenarse del prejuicio en la resolución de un juicio. La presunción de la inocencia también es reconocida dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, párrafo 2). La Convención Americana sobre Derechos Humanos provee que: “Cada persona acusada de una ofensa criminal tiene el derecho a ser presumido inocente tanto como que su culpa no ha sido probada de acuerdo con la ley” (artículo 8, párrafo 2).

Recientemente, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, lo establece en los términos siguientes:

PARTE VI. DEL JUICIO

Artículo 66. Presunción de inocencia.

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

El presente principio de presunción de inocencia es reconocido por la comunidad internacional, también en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de las Personas que contiene la misma provisión en su artículo 7, párrafo (b), que la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en su artículo 6, párrafo 2.

III. Juicios orales

Se considera que existen grandes problemas en la administración y procuración de justicia, y un sector de académicos afirma que la solución son los

juicios orales, lo cual es, en nuestra opinión, un exceso el querer resolver problemas estructurales con solo una reforma a los juicios. En el mismo sentido se pronuncia otros expertos que a continuación exponemos:

Es cierto que los juicios son largos —263 días es el promedio para resolver la primera instancia de un juicio federal en 2006, según el Consejo de la Judicatura Federal—, también que la mayoría de los procesados nunca vieron al juez que los juzgó —80 % según el CIDE—, y que los procesos son poco transparentes. Los juicios orales podrían resolver estos problemas, pero sólo solucionarían esa parte, la de los procesos penales. La oralidad no es una varita mágica; es uno más de los principios que conforman un sistema penal acusatorio y éste es, a la vez, una parte del Sistema de Justicia Penal.¹⁴

Asimismo, se afirma en el *Dictamen* que después de varias consultas a distintos sectores lo que se pretende es llevar a cabo reformas que permitan “migrar el actual modelo de tipo mixto preponderantemente inquisitivo, a uno garantista de corte acusatorio y oral”. En los términos siguientes:

[...] se propone un sistema garantista, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último. Tal sistema se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de acusatoriedad y oralidad; la primera, para asegurar una trilogía procesal en la que el ministerio público sea la parte acusadora, el inculcado esté en posibilidades de defenderse y que al final, sea un juez quien determine lo conducente; la segunda, que abonará a fomentar la transparencia, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes, propiciando que los procedimientos penales sean más ágiles y sencillos.¹⁵

En diversas iniciativas se previó los llamados juicios orales, como en la iniciativa presentada por los grupos parlamentarios del PRI, del PAN, del PRD y del PVEM, respecto de la modificación al artículo 20 constitucional:¹⁶

¹⁴ Álvaro Vizcaíno Zamora, secretario general académico, INACIPE, entrevista publicada en la revista *El Mundo del Abogado*, año 10, núm. 99, julio de 2007, pp. 34-37.

¹⁵ Publicación del *Dictamen* en las pp. 13 y sig. de la *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007.

¹⁶ El 19 de diciembre de 2006, los diputados César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, de los Grupos Parla-

Respecto al artículo 20 constitucional, estiman que debe ser completamente modificado para incorporar las bases del debido proceso legal y el mandato claro para crear juicios orales en México, tanto en el ámbito federal como local. Para tal efecto, se propone incluir como características del proceso penal la acusatoriedad, adversarialidad y oralidad, y como principios básicos la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

[...]

Destacan como un principio básico que el trabajo judicial se haga bajo la mirada de todos los ciudadanos y, en particular, de los usuarios del sistema de justicia, pues un sistema de juicios orales, en el que las pruebas se rinden bajo la mirada del público y en el que el juez escucha a las partes, es más confiable que un sistema opaco y escrito, como el que tenemos actualmente.

También la iniciativa que de manera muy amplia propuso la institución de los juicios orales fue la iniciativa del PRI, del diputado César Camacho, postulada por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales¹⁷ en los términos siguientes:

Manifiesta su preocupación porque el sistema actual se ha agotado, sumándose a las corrientes que se han pronunciado por migrar hacia un modelo garantista, retomando algunos planteamientos del anteproyecto de la Red, para ser matizados por otras necesidades de regulación. Considera que las expresiones “juicios orales” y “debido proceso” son acertadas, toda vez que el impacto mediático busca un lenguaje sencillo para la sociedad. Sobre la oralidad, afirma que es una característica que da pauta para la consecución de los principios del debido proceso, pues no es en sí misma la esencia de la reforma que se necesita, sino la expectativa de que el sistema de justicia sea más eficaz en la resolución de los conflictos sociales derivados del delito y que dichas soluciones se tomen siempre con la convicción de que se han respetado puntualmente los derechos fundamentales reconocidos a los gobernados en la Constitución, los instrumentos internacionales...

mentarios de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Verde Ecologista de México, respectivamente, presentaron la *iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

¹⁷ El 6 de marzo de 2007, el diputado César Camacho Quiroz, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó la *iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la cual es postulada por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales.

Se propone en el *Dictamen* lo siguiente:

Este dictamen plantea que el proceso será acusatorio y oral. La oralidad propiamente dicha no es un principio procesal, sin embargo, es el instrumento que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios que se explicarán a continuación. No es imaginable un proceso público si las actuaciones se desarrollan por escrito, en este tipo de procesos los jueces y el público se enteran al mismo tiempo de todas las actuaciones. Tampoco sería posible una adecuada continuidad en el desarrollo de las audiencias y la concentración en el desahogo de las pruebas si las actuaciones no se desarrollan oralmente. Sin la oralidad, tampoco cabe la existencia de interrogatorios ágiles que hagan posible la contradicción.

Así, el artículo 20 de la Carta Fundamental se organiza de la siguiente manera: el apartado "A" comprende el diseño y las reglas generales del proceso penal en sus distintas fases, investigación sometida a control judicial, etapa de preparación de juicio oral, audiencias que requieren contradicción y juicio. Los apartados "B" y "C" prevén, respectivamente, los derechos de la persona imputada, y los de la víctima u ofendido. El texto es el siguiente:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Es importante tomar en consideración las afirmaciones del profesor Héctor Fix-Zamudio en el sentido de que no comparte la idea de que haya “juicios orales”, sino que hay “juicios con etapas orales o juicios por audiencias” y que este tipo de juicios ha sido difícil en países desarrollados, aunque ha sido más rápida su implementación en los anglosajones como son Inglaterra, Canadá y Nueva Zelanda, pero también han tenido avatares; no obstante, consideró que en México sí hay juicios orales en las comunidades indígenas que mantienen sus tradiciones, pues van ante los ancianos o expertos y exponen las quejas o acusaciones y de inmediato se emite una resolución.¹⁸

Es tal la importancia de modificación constitucional del sistema procesal penal que en los transitorios se establecen un plazo máximo de ocho años para su implementación, así como los recursos económicos y humanos que se requiere para su establecimiento. Por lo que las disposiciones transitorias de la reforma constitucional señalan lo siguiente:

¹⁸ Héctor Fix-Zamudio, “La reforma judicial y su implicación en las entidades federativas”, conferencia dictada en el Palacio Legislativo del Estado de México el 24 de mayo de 2008.

Segundo. 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.

En consecuencia, la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

[...]

Octavo. El Congreso de la Unión, las Legislaturas de los estados y el Órgano Legislativo del Distrito Federal, deberán destinar los recursos necesarios para la reforma del Sistema de Justicia Penal. Las partidas presupuestales deberán señalarse en el presupuesto inmediato siguiente a la entrada en vigor del presente decreto y en los presupuestos sucesivos. Este presupuesto deberá destinarse al diseño de las reformas legales, los cambios organizacionales, la construcción y operación de la infraestructura, y la capacitación necesarias para jueces, agentes del Ministerio Público, policías, defensores, peritos y abogados.

IV. El arraigo

El establecimiento a nivel constitucional de un sistema muy criticado, de diversas herramientas de investigación como el arraigo aplicable solamente a la delincuencia organizada (a. 16, párrafo VII de la C.), es una institución que las leyes secundarias que lo regularon fueron declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ser violatorias de garantías individuales,¹⁹ en los términos siguientes:

¹⁹ Rubro: Arraigo Penal. *El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, Viola la Garantía de Libertad Personal que Consagran los Artículos 16, 18, 19, 20 Y 21 de la Constitución Federal.* Localización: Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1170, tesis P. XXII/2006, aislada, Constitucional, Penal.

[...] al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, *viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.*

Es importante señalar que dicha institución declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como violatoria de garantías individuales no se amplió su implementación para investigar delitos graves como lo proponían las iniciativas presentadas por los legisladores de la Cámara de Diputados (del PRD), en los términos siguientes:

Atento a lo anterior, proponen que la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de *delitos graves*, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, podrá autorizar el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señaladas en la solicitud, el cual no podrá exceder de dos meses, y de tres en caso de delincuencia organizada, teniendo la obligación el Ministerio Público de rendir un informe cuando menos cada 15 días de los avances en la investigación y si siguen existiendo las características y circunstancias que lo motivaron.²⁰

Ahora el texto aprobado del párrafo VII del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice lo siguiente:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá pro-

²⁰ Publicación del *Dictamen* en las pp. 13 y sig. de la *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007.

rrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total *del arraigo no podrá exceder los ochenta días*.

Es importante resaltar que ya en la jurisprudencia de la acción de inconstitucionalidad citada se señaló que 30 días no se justificó, se prive de la libertad personal de las personas, por lo que con mucho más razón, ahora en la reforma constitucional se establece, es aceptable que hasta “ochenta días” puede durar la privación de la libertad personal.

Los organismos encargados de la protección de los derechos humanos se han pronunciados sobre la reforma constitucional que establecen el arraigo, al considerar el presidente de la CNDH lo siguiente: “Soberanes Fernández señaló que el arraigo domiciliario tal y como se aplica, no ha garantizado una mayor eficiencia en la lucha contra el crimen organizado”.²¹

Por otra parte, Amnistía Internacional expone su rechazo a dicha reforma constitucional sobre el arraigo:

La incorporación del arraigo en la Constitución es un claro retroceso. Esta forma de detención preventiva ha sido definida como arbitraria por órganos internacionales de derechos humanos tales como el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias y el Comité contra la Tortura, los que a su vez han recomendado su eliminación. El hecho de limitar el uso del arraigo a casos de delincuencia organizada no cambia su naturaleza ni el hecho de ser considerada una violación seria a los derechos humanos. Es importante destacar que la PGR arraigó a 727 personas entre 2005 y 2007. Adicionalmente, es preocupante que el Ministerio Público en las 32 entidades federativas puede continuar empleando el arraigo en el Fuero Común durante el periodo transitorio de las reformas.²²

El rechazo es también de la doctrina y de expertos en materia de derechos humanos, como por ejemplo el que a continuación transcribimos: “Se constitucionaliza la figura del arraigo, la cual permite mantener detenida a una persona durante un periodo prolongado sin que aún existan pruebas para sustentar una orden de aprehensión. Es decir, se le da rango constitucional a un abuso que vulnera gravemente una de las garantías de libertad”.²³

²¹ Comunicado de prensa de la CNDH, CGCP/138/07, 27 de septiembre de 2007.

²² Amnistía Internacional, AMR 41/004/2008, del 7 de febrero de 2008.

²³ Comentarios a la reforma penal de Luis de la Barreda Solórzano, académico, y ex presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y ex visitador general de la CNDH.

El establecimiento del sistema acusatorio en el país no impide desde ahora su aplicación en lo relativo al arraigo, de conformidad con las disposiciones transitorias, en los términos siguientes:

Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Es de llamar la atención que esta disposición transitoria prevea el arraigo para su implementación inmediata en los casos de “delitos graves” cuando en el artículo 16, párrafo VII, solamente se previó para el caso de “delincuencia organizada”, pues como lo habíamos expuesto ya se había rechazado la iniciativa del PRD, relativa a su aplicación del arraigo en “delitos graves” y ahora aparece en los transitorios su implementación inmediata en “delitos graves”.

V. Seguridad pública

La reforma a la Constitución Política define la seguridad pública en el párrafo IX del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los términos siguientes:

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la se-

guridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:...²⁴

Esta disposición, a diferencia del Código Penal Federal, Libro Segundo, Título Cuarto, denominado de los “Delitos contra la seguridad pública”, deja fuera del concepto la investigación y persecución del delito, la sanción del mismo y la readaptación del delincuente que tiene influencia en la seguridad pública.

La iniciativa de los legisladores (del PRD) en la Cámara de Diputados previó las reglas siguientes para la seguridad pública:

En materia de seguridad pública, plantean establecerla como una garantía constitucional, dotando al Congreso de la Unión de la facultad de expedir una ley de aplicación federal con nuevas directrices para el Sistema Nacional de Seguridad Pública, obligando a que los gobiernos municipales y estatales, en la emisión de sus leyes, cumplan con las directrices exigidas en la ley federal.

En este contexto, se propone como requisito para que los agentes de policía puedan realizar sus funciones de prevención del delito o en auxilio del Ministerio Público, en la investigación del delito, que se sometan a un proceso de certificación, proceso cuyas directrices deberán establecerse en las leyes federales y tendrán que ser incorporadas en las legislaciones locales.²⁵

El objetivo de la disposición es crear una garantía constitucional para que mediante el Congreso de la Unión se uniforme en las leyes que se expidan sobre la materia la policía de todos los niveles, federal, estatal y municipal puedan realizar las funciones previstas por el legislador federal.

Asimismo, es importante resaltar que el transitorio séptimo, de la reforma constitucional en comento, los plazos para la expedición de disposiciones sobre seguridad pública tanto a nivel nacional como en los estados de la República, en los términos siguientes: “Séptimo. El Congreso de la Unión, a más tardar dentro de seis meses a partir de la publicación de este Decreto, expedirá la ley que establezca el Sistema Nacional de Seguridad Pública. Las entidades federativas expedirán a más tardar en un año, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, las leyes en esta materia”.

²⁴ Publicación del *Dictamen* en las pp. 13 y sig. de la *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007.

²⁵ *Idem.*

Al Congreso de la Unión se le faculta por la reforma constitucional en comento, al artículo 73, fracción XXIII, para regular la seguridad pública en los términos siguientes: “XXIII. Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución”.

Es importante tomar en consideración que el tema de la seguridad pública está dentro de las agendas de los organismos internacionales, pues ya en 1996 Naciones Unidas dictó la Declaración sobre Crimen y Seguridad Pública, la cual fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 51/60 el 12 de diciembre de 1996. Esta Declaración se dirige al fortalecimiento de la prevención del crimen y en la promoción de la seguridad pública. La Declaración estimula a los Estados miembros a “proteger la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos y de todas las personas dentro de su jurisdicción por medio de tomar medidas efectivas para combatir el grave crimen transnacional, incluyendo el crimen organizado, drogas ilícitas y tráfico de armas, contrabando de otros artículos ilícitos, tráfico organizado de personas, crímenes terroristas y el lavado que proviene de crímenes graves” (artículo 1).

La Declaración establece en particular lo siguiente: los Estados miembros desarrollarán medidas de mutua cooperación y apoyo a aprehender y perseguir personas culpables de graves crímenes transnacionales (artículos 2 y 3). Los Estados miembros también adoptarán medidas para: extraditar o perseguir personas que realizaron conductas sancionadas con penas transnacionales; combatir y prohibir la corrupción y el soborno, y prevenir organizaciones penales que operen en sus territorios. La Declaración estimula a los Estados que todavía no lo han hecho a llegar a ser parte de los principales tratados internacionales en contra del terrorismo y del control internacional de drogas lo antes posible. Los Estados miembros de estos instrumentos son llamados para la efectiva implementación de las provisiones de estos instrumentos (artículos 5 y 6).

VI. Delincuencia organizada

La Carta Fundamental con una deficiente técnica legislativa define la delincuencia organizada en el *párrafo VIII del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en los términos siguientes: “Por

delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

En esta reforma se fija el establecimiento de competencia exclusiva del Congreso de la Unión de legislar en materia de delincuencia organizada; asimismo, el establecimiento de un régimen de internamiento especial para los miembros de la delincuencia organizada, pero debido a la definición citada, podría ampliar el Congreso de la Unión mediante reforma legislativa a los que integran la delincuencia organizada “en los términos de la ley de la materia”, lo que provoca la violación al principio constitucional de certeza jurídica, al poder incluir a un número más amplio de personas que comprenden la delincuencia organizada.

Esta violación al principio de certeza jurídica y el régimen especial que establece afecta los principios rectores de un Estado de Derecho. Se ha considerado que la definición de delincuencia organizada que contiene la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la llamada Convención de Palermo, es más completa, como lo señala su artículo 2:

Artículo 1. Finalidad.

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 2. Definiciones.

Para los fines de la presente Convención:

a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un *grupo estructurado* de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más *delitos graves* o *delitos tipificados con arreglo a la presente Convención* con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

b) Por “delito grave” se entenderá la *conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave*;

c) Por “grupo estructurado” se entenderá un *grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada*;

Existen preocupaciones por parte de organismos internacionales de protección de derechos humanos y de expertos sobre la delincuencia organizada, en los términos siguientes:

El concepto de “delincuencia organizada” incluido en el proyecto de reforma implicará un proceso judicial con garantías limitadas, lo que entre otros aspectos podrá dejar un amplio margen para que el Ministerio Público valore las pruebas recabadas dentro de la investigación, sin que necesariamente deba repetir las ante el Juez durante el proceso judicial. Este régimen dejará abierto el riesgo de que se mantenga el desacreditado sistema actual, a través del cual se han cometido serias violaciones a los derechos humanos como la tortura.²⁶

No se justifica que las reglas de prescripción sean distintas para la delincuencia organizada.²⁷

Existen autores expertos en materia penal que opinan de manera opuesta sobre la creación de un régimen de excepción para combatir la delincuencia organizada: “No podemos hablar de un régimen de excepción, sino de un régimen especializado. Así lo han hecho, no sin polémica y críticas al inicio de su implementación, pero al final con buenos resultados, Francia que en 1995 estableció la intervención de comunicaciones, e Inglaterra que en 2004 creó la Serious Organized Crime Agency (SOCA) a la que dotó de jurisdicción nacional y amplias facultades jurídicas y de investigación”.²⁸

Aunque es necesario conocer lo que uno de los más grandes especialistas en materia penal, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma respecto de dicho régimen especial para los presuntos responsables de delincuencia organizada:

El Doble sistema de justicia penal. Ha llevado siglos y costado sangre construir un sistema de justicia penal con orientación democrática, que concilie derechos y garantías de los ciudadanos con protección de la sociedad. Por este camino llegamos (al menos en la letra de la Ley; la práctica suele ir por otros senderos) a un solo sistema de justicia penal. La reforma constitucional altera el rumbo e incorpora dos sistemas: uno de carácter supuestamente ordinario, con amplios derechos y garantías; y otro de naturaleza supuestamente excepcional, con derechos y garantías reducidos o recortados, aplicable a la delincuencia organizada. Con ello se “constitucionaliza” el proceso “desgarantizador” iniciado en 1996 con la deplorable Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que infectó el procedimiento penal.

²⁶ Amnistía Internacional, AMR 41/004/2008, del 7 de febrero de 2008.

²⁷ Comentarios a la Reforma Penal de Luis de la Barrera Solórzano.

²⁸ Álvaro Vizcaíno Zamora, secretario general académico, INACIPE, entrevista publicada en la revista *El Mundo del Abogado*, año 10, núm. 99, julio de 2007, pp. 34-37.

En 1996 teníamos a la vista un grave problema: la delincuencia organizada. Ahora tenemos dos: esa delincuencia, que ha crecido hasta extremos insospechados, y la legislación dictada para combatirla. Y ya no se tratará solamente de una Ley, sino de normas constitucionales, nada menos. Así habríamos inaugurado en la propia Ley Suprema la “guantanamoización” de la justicia penal. Es un error desmontar el Estado de Derecho con el objetivo de preservarlo. Esta paradoja entraña severos peligros.²⁹

Afirma el doctor Sergio García Ramírez que la iniciativa presentada por el presidente Calderón crea un doble sistema penal: uno ordinario y otro especial para quienes sean considerados “los enemigos del Estado”. La medida, afirmó, “es una puerta peligrosa hacia la guantanamoización” y el país corre el riesgo de caer en situaciones antidemocráticas.³⁰

Existen académicos especialistas en seguridad y justicia que han manifestado su preocupación porque en la lucha contra el crimen el gobierno adopte un modelo autoritario y represivo, en el que incluso se sancione por igual a delincuentes peligrosos que a líderes de movimientos sociales. Es necesario que la delincuencia organizada no se combata sólo con medidas represivas, sino con una reforma integral que incluya la transformación de los sistemas policial y de justicia, y con la aplicación de políticas sociales.

La reforma constitucional contiene la federalización de la materia de la delincuencia organizada, por lo que dicta reglas relativas a las disposiciones emitidas por los Congresos Locales y las sentencias dictadas en los términos siguientes:

Sexto. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.

²⁹ Doctor Sergio García Ramírez, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ex procurador general de la República y del Distrito Federal. 5 de septiembre de 2007.

³⁰ *Idem.*

Al Congreso de la Unión se le faculta, en el artículo 73, fracción XXI, reformado, para legislar en materia de delincuencia organizada en los términos siguientes:

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del Fuero Común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales;

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del Fuero Común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;

VII. Detención

La detención por cualquier persona en los casos de “delito flagrante” se amplió, al sustituir el caso de “delito flagrante” por el “inmediatamente después de haber cometido” la conducta probablemente delictuosa; asimismo, se establece el “registro inmediato de detención”, en los términos siguientes en el artículo 16, párrafos IV al VI:

Artículo 16...

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

[...]

Es importante resaltar los aspectos que preocupan a las Naciones Unidas en relación con la detención arbitraria, por constituir una de las violaciones de derechos humanos de alta incidencia. La Asamblea General de las Naciones Unidas expidió el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, el 9 de diciembre de 1988, al adoptar la “Estructura de los Principios para la Protección de Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento” (A/RES/43/173). Es importante resaltar que los principios que contiene este “conjunto de principios” no fueron objeto de su inclusión en la presente reforma constitucional, sino lo único fue fortalecer el sistema de detención, en lugar de privilegiar la forma de detención de conformidad con los citados principios. El documento consta de 39 principios y una cláusula general contenida en el instrumento, los cuales están destinados a asegurar que todas las personas bajo cualquier forma de detención o encarcelamiento sean tratadas de una manera humana con respeto a su dignidad inherente a la persona humana (Principio 1). Estos Principios son para ser aplicados a todas las personas dentro del territorio de cualquier Estado, sin distinción de ningún tipo (Principio 5). Los Principios proveen que el arresto, la detención o el encarcelamiento deben tener lugar de acuerdo con la ley y por las persona autorizada para ese propósito (Principio 2). Además provee que cualquiera que sea arrestado debe ser informado en el momento de su arresto de la razón del mismo (Principio 10) y aquellas personas deben ser objeto de un trato apropiado a su estatus de no condenado. Por ejemplo, personas arrestadas deberían, cuando fuera posible, mantenerse de forma separada de las personas ya encarceladas (Principio 8). La Estructura de los Principios impulsan a los Estados a prohibir por medio de la ley cualquier acto contrario a los derechos y deberes contenidos en estos Principios (Principio 7). Estos actos incluyen el convencer a un detenido o a una persona encarcelado a confesar, a inculparse a sí mismo(a) o testificar en contra de cualquier otra persona (Principio 21) o someter a una persona detenida o encarcelada a cualquier experimento médico o científico el cual pueda ser perjudicial para su muerte (Principio 22). Los Estados también son estimulados a conducir investigaciones imparciales de las quejas (Principio 7) y tener una autoridad competente, distinta de la autoridad directamente a cargo de la administración del lugar de detención o encarcelamiento, para visitar regularmente estos lugares para asegurar la observación estricta de las leyes y regulaciones relevantes (Principio 29).

VIII. Las intervenciones en las comunicaciones telefónicas

En los últimos años, el problema de las intervenciones telefónicas es uno de los temas que divide a las sociedades contemporáneas debido a que buscan el equilibrio que debe guardar el respeto a la libertad de las comunicaciones y el derecho a la privacidad por una parte; y por otra parte, las intervenciones telefónicas que la autoridad realiza por intereses que determina superiores.

El debate aparentemente tiene que ver con “las nuevas tecnologías” o con “el desarrollo jurídico” pero en el fondo tiene que ver con la intimidad, la cual ya se protegió no solamente de manera general, sino también de manera específica, con la libertad de correspondencia y su confidencialidad. Aunque podemos decir que es una combinación entre los derechos tutelados desde antes que apareciera el teléfono, como con las nuevas tecnologías.³¹

En este sentido, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* estableció en su artículo 16, párrafos XI al XIV, la regulación de las intervenciones telefónicas en los términos siguientes:³²

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

³¹ Un texto muy importante para conocer el secreto de las comunicaciones es el del extraordinario profesor Javier Díaz Revorio, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español”, en *Derechos Humanos. México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, número 2, pp. 125-145.

³² El texto constitucional modificado, en la reforma en comento, está con cursivas.

La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

Como podemos observar, la reforma constitucional relativa al tema de las intervenciones en las comunicaciones telefónicas tienen que ver principalmente con el valor probatorio de las aportaciones de las comunicaciones telefónicas por una de las partes. Es de llamar la atención que el texto constitucional adicionado pretende darle valor probatorio, que determine el juez, a las comunicaciones telefónicas que de manera voluntaria aporte alguno de los partícipes en dichas comunicaciones. Esto es, el Constituyente Permanente presenta como una excepción a la violación de la libertad de comunicaciones telefónicas y la privacidad, pretendiendo que dichos derechos humanos, de la libertad de comunicaciones y la privacidad, previsto en instrumentos internacionales y tratados internacionales, los cuales además de que son parte del *ius cogens*, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), entre otros, pueden sus titulares de dichos derechos humanos renunciar a ellos. Se olvidan que los derechos humanos son irrenunciables, que las disposiciones, así sean constitucionales, puedan ir más lejos que los derechos humanos consagrados en el *ius cogens* e instrumentos internacionales. Los textos de los documentos internacionales citados dicen lo que a continuación exponemos:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 12 y 29:

Artículo 12. Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias* en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

[...]

Artículo 29.1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

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

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 17:

1. Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias* o *ilegales* en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La ley no puede hacer nugatorio el derecho a la privacidad y la libertad de comunicaciones telefónicas, pues como dicen los textos citados no se permiten injerencias arbitrarias. Es necesario resaltar que las limitaciones a las libertades o a los derechos, como la libertad de las comunicaciones o la intimidad, tiene que hacerse por ley, pero deberán ser solamente, aquellas que sean “necesarias” en una “sociedad democrática”.³³

El sentido de las prohibiciones “injerencias arbitrarias” y las “injerencias arbitrarias o ilegales” en estos instrumentos internacionales citados es que las injerencias de las autoridades pueden ser legítimas y, sin embargo, arbitrarias; las injerencias por parte de un particular serían “ilegales”.³⁴

Los criterios jurisprudenciales relativos a las intervenciones telefónicas son los siguientes:

Título: VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN, DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 571 DE LA LEY DE.

³³ Érica-Irene Daes A., *La libertad del individuo frente a la ley*. Centro de Derechos Humanos, p. 132, párrafos 181-184.

³⁴ *Idem*.

Texto: El artículo 571 de la Ley de Vías Generales de Comunicación dispone que: "Se castigará con la pena que señala el Código Penal para el delito de revelación de secretos al que indebidamente y en perjuicio de otro, intercepte, divulgue, revele o aproveche los mensajes, noticias o información que escuche y que no estén destinados a él o al público en general". Es obvio que los actos consistentes en *interceptar una línea telefónica utilizada por otra persona se realizan en forma indebida*; ahora bien, respecto del perjuicio causado como elemento del tipo, éste queda demostrado si se acredita que se interceptó una línea telefónica, pues es evidente el perjuicio causado al usuario de la línea, ya que con la *sola interceptación se le priva del derecho que tiene a usar un servicio telefónico en forma exclusiva; es decir, una vía de comunicación por lo que la ha pagado por usarla en forma privada; por ello, en cuanto se lesiona esa privacidad, es indudable que se le causa un perjuicio*. Por otra parte, resulta irrelevante que se hubiere revelado o no algún mensaje, noticia o información, toda vez que el artículo 571 comentado, establece cuatro formas de comisión del delito: por interceptación, divulgación, revelación o aprovechamiento de mensajes, noticias o información que no estén destinados al activo o al público en general; luego entonces, si se incurrió en una de esas formas, no es necesario que se demuestren las otras para que se configure el tipo. Además, si el artículo 571 remite al 211 del Código Penal, sólo es para los efectos de aplicación de la pena, mas no para considerar que los elementos del delito que tipifica este precepto (revelación de secretos), son constitutivos del que prevé el artículo 571.

* Amparo directo 341/76. Vicente Juárez Díaz. 7 de julio de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Séptima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: 91-96. Segunda parte. Página: 91.

El criterio jurisprudencia citado nos muestra que el bien jurídicamente tutelado es la privacidad, la cual se ve lesionada con la sola intervención telefónica, por lo que no importa que sea o no difundida, revelada o aprovechado dicha información, pues solamente se requiere alguna de ellas para cumplir con el elemento del tipo penal.

Título: CATEOS. TELÉFONOS INTERVENIDOS.

Texto: Es verdad que *si de autos aparece que la Policía Judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes una orden judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quienes se atribuyen,*

esas cintas carecen de valor probatorio en juicio. El artículo 16 constitucional señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia. Es de notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917, cuando no eran previsibles para el Constituyente los avances técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron en 1917, y de naturaleza sustancialmente semejante. Por lo demás, las garantías individuales protegen (o garantizan) ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la más alta importancia para que se pueda decir que se vive en libertad, con dignidad, y no en un Estado policiaco. Y sería una interpretación mezquina de la Constitución la que ignorase los avances de la técnica para permitir la violación de esos derechos. En rigor, el espíritu de la garantía protege a personas, y a sus propiedades y privacidad, y no sólo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no sólo rige la toma de objetos materiales y tangibles, sino que alcanza a la toma, mediante grabación o escucha, de aseveraciones verbales que un individuo hace con la confianza de que está actuando con derecho de su privacidad, y el acatamiento y respeto de esa garantía exige que la policía no ha de interferir con esa privacidad, sin mandamiento de autoridad judicial, para apoderarse del contenido de conversaciones telefónicas. *Las actividades del gobierno al escuchar y grabar conversaciones telefónicas constituyen en rigor, dada la tecnología actual, un cateo, en el significado sustancial del artículo 16.* Hay que determinar cuál es el valor protegido por la garantía, y seguirlo protegiendo contra los avances de la tecnología, para evitar que ésta vaya convirtiendo en letra muerta a la garantía. Así pues, debe mediar el juicio imparcial de un funcionario judicial entre los ciudadanos y la intromisión policiaca en sus derechos y en su privacidad. Y para el efecto, lo mismo da que el teléfono utilizado estuviese en un hogar, en una oficina, etcétera, pues el mismo valor de privacidad de la persona, y de sus pertenencias, se viola en ambos casos. Por lo demás es sustancialmente lo mismo efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita, que interferir un teléfono para apoderarse del contenido de una aseveración oral. Por tanto, si la interceptación telefónica no estuvo precedida de una orden judicial, se trata de un acto inconstitucional y, por ende, nulo de pleno derecho en sí mismo y en sus frutos.

* Amparo directo 1993/86. Fernando Karam Valle y otro. 31 de marzo de 1987. Cinco votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Séptima época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: 217-228. Séptima parte. Página: 75.

El anterior criterio jurisprudencial es muy importante, porque determina que no obstante las comunicaciones telefónicas no existían en la expedición de la Constitución de 1917, el Constituyente del 1917 no pudo prever los adelantos tecnológicos, sí previó la prohibición de las injerencias arbitrarias, por lo que prohibió los cateos, en este sentido considera el juzgador, del criterio jurisprudencial citado, que las intervenciones telefónicas que se realizaron sin las autorizaciones correspondientes de la autoridad jurisdiccional, que dichas intervenciones ilegales, no pueden ser prueba en un juicio, y es muy importante lo último que señala dicho criterio jurisprudencial, que dichos actos indebidos son inconstitucionales por lo que son nulos de pleno derecho y “en sus frutos”. Esto es muy importante porque tiene que ver con la tesis denominada del envenenamiento de los frutos del árbol, pues dichas intervenciones no pueden dar lugar a generar pruebas validas, pues provienen de un acto nulo de pleno derecho, de un árbol envenenado, no puede dar buenos frutos. Llamo la atención desde aquí, porque en la reforma constitucional se prevé lo contrario, que puedan aportarse las comunicaciones telefónica como pruebas en un juicio, si una de las parte las aporta, de manera voluntaria. Lo cual es absurdo, pues no solamente se está renunciando a la privacidad, la cual es un derecho humano irrenunciable, sino que contrario a dicho criterio jurisprudencial citado, se pretende que pueda generar pruebas de comunicaciones telefónicas, ilícitas y adquirir valor lícito; o en otros términos, que el árbol envenenado, si puede producir buenos frutos, en la reforma constitucional vigente. Lo que es contrario a la lógica, pues la regla es que supone la nulidad de todas aquellas actuaciones que tengan su origen en una intervención telefónica ilegítima o irregular. En el mismo sentido, *Accessorium naturam sequi congruit principalis* (Domitius Ulpianus [Ulpiano, Digesto 34, 2, 19, 139]).³⁵

A continuación otro criterio jurisprudencial emitido por un tribunal colegiado:

Título: COMUNICACIONES PRIVADAS. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DE SUS GRABACIONES NO INFRINGE LA GARANTÍA DE SU INVOLABILIDAD.

Texto: Los artículos contenidos en el capítulo I, título primero, “De las garantías individuales”, de la Constitución Federal, protegen los derechos subjetivos del

³⁵ Esto es: “Lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal”. Lo accesorio sigue el principal en el sentido que el bien principal comunica su condición jurídica al bien que se aglomera a él. Véase José Luis Soberanes Fernández, Alfredo Islas Colín y Florence Lézé, *Locuciones latinas jurídicas*.

governado reconocidos por la ley frente a los actos de las autoridades; por tanto, de acuerdo con lo dispuesto por los párrafos noveno y décimo del artículo 16 de nuestra Carta Magna, *para que se actualice la hipótesis de una violación a la intervención de comunicaciones privadas, el acto mismo de la intervención de cualquier comunicación privada necesariamente debe provenir de una autoridad y nunca de un particular*, siempre que no se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral, administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor; de manera que como en la especie se trata de materia civil y, especialmente, no existió ningún acto de autoridad federal mediante el cual se interviniera la comunicación telefónica sostenida entre el quejoso y la cónyuge del tercero perjudicado recurrente, sino que *tal intervención se llevó a cabo por este último mediante la grabación realizada en el teléfono instalado en su domicilio, es decir, en su propia línea telefónica, con el aparato comúnmente llamado contestadora o grabadora de recados, no es cierto que la admisión de la prueba documental de audiocintas y su inspección judicial que ofreció el referido recurrente, así como su recepción y reproducción material, infrinja en perjuicio del quejoso la garantía relativa a la inviolabilidad de las conversaciones privadas que consagra el artículo 16 de la Constitución Federal.*

* QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. * Amparo en revisión 3191/97. Esteban Gonzalo Arias Pérez. 23 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas. Novena época. Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VI. Diciembre de 1997. Tesis: I.5o.C.9 K. Página: 656.

El criterio anterior señala que las garantías individuales solamente pueden ser violadas por las autoridades; que los particulares no violan garantías individuales, por lo que las intervenciones telefónicas realizadas por particulares no violan garantías individuales, y mucho menos si la grabación de la comunicación fue con otro mismo aparato telefónico, de la misma casa habitación, con grabadora de la misma línea. Por lo que dice la tesis, que la admisión de las grabaciones como prueba documental no viola garantía individual alguna. Aunque no omito señalar que en la opinión del autor de este comentario no es aceptable que de un acto ilícito, como son la obtención de información privada viola la intimidad y la libertad de las comunicaciones, que puedan aceptarse por la autoridad, que en otros términos, que el árbol envenenado, no de frutos envenenados.

La Corte Europea de Derechos Humanos ya se pronunció por la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas en las sentencias del 6 de septiembre de 1978 —caso *Klas*—, 2 de agosto de 1984 —caso *Malone*—, 24 de marzo de 1988 —caso *Olsson*— y 24 de abril de 1990 —caso *Kruslin y Huvig*. En dichas sentencias fijó unas exigencias mínimas, ampliables según las peculiaridades internas de los Estados que le legitiman, y consideradas como requisitos *sine quanon* para justificar la ingerencia en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones:

- a. Que la ingerencia esté prevista legalmente.
- b. Que constituya una medida necesaria para proteger convenientemente la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud, la moral y, en definitiva, los derechos y libertades de los demás (artículo 8.2 del Convenio de Roma).
- c. Y que exista una necesidad y proporcionalidad en su ingerencia.³⁶

En nuestra opinión, la reforma constitucional relativa a la intervención de las comunicaciones telefónicas no cumple con dichos requisitos, que si bien no son resoluciones con fuerza vinculante, las sentencias citadas, los razonamientos sí pueden aplicarse, debido a que protegen derechos humanos, como la intimidad y libertad en las comunicaciones que tienen los mismos elementos a los previstos en los instrumentos internacionales citados, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), especialmente en la adición al artículo 16, párrafo XI, relativo a la aceptación como prueba la comunicación telefónica, que de manera voluntaria entrega una de las partes, porque pretende que renuncie a un derecho humano como es su derecho a la privacidad.

Podemos señalar que las intervenciones telefónicas deben de cumplir con los principios siguientes para justificar su intervención en la vida privada, en la intimidad y la libertad de comunicaciones telefónicas. Estos principios han sido objeto de una elaboración jurisprudencial de los tribunales de España, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del 18 de junio de 1992, 25 de junio de 1993, 20 de mayo y 12 de septiembre de 1994, 20 de diciembre de 1996, 2 de diciembre de 1997, 4 de julio de 2003 y de los días 19 y 29 de abril de 2004, respectivamente, entre otras muchas), las cuales han detallado los principios elementales de la intervenciones telefó-

³⁶ Véase Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droit de L'Homme*.

nicas que han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas:

1. *Principio de exclusividad jurisdiccional*, esto es que solamente la autoridad jurisdiccional, tiene la competencia para intervenir las comunicaciones telefónicas.

2. *Principio de exclusividad probatoria* de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de sus autores.

3. *Principio de excepcionalidad*, pues la medida sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

4. *Principio de limitación temporal* de la utilización de la medida. La Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza (artículo 579.3o.) periodos trimestrales individuales, posibilitando la concesión de prórrogas por periodos iguales. Esta concesión de prórrogas no significa que el juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo por el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal (Sentencias del Tribunal Supremo 956/1994, del 9 de mayo, núm. 467/1998, del 3 de abril, y núm. 622/1998, de 11 de mayo). Aún más, en el caso de que se acuerde la prórroga de la intervención, ha de hacerse mediante resolución motivada, sin posibilidad de remitirse a la fundamentación expresada en el acuerdo inicial de la medida, evitando así prórrogas indiscriminadas (Sentencias del Tribunal Constitucional 181/1995, 49 y 171/99, y del Tribunal Supremo 121/1998, del 7 de febrero).

El fiscal deberá vigilar que la medida de intervención de las comunicaciones no sobrepase el plazo de tiempo fijado en el auto en el que inicialmente se autorizó o en el que se decretó su prórroga, lo cual exige por su parte un control efectivo de las intervenciones acordadas por el Juez de Instrucción, cerciorándose del cese de la medida una vez vencido el plazo, pudiendo instar, en su caso, una prórroga de la misma.

5. *Principio de especialidad* del hecho delictivo, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos.

Cierto es que en el derecho comparado (*sistemas norteamericano —Omnibus Crimen Control Act, de 1968—, inglés —Interception of Communication Act, de 1985—, portugués —Código de Proceso Penal, decreto-ley 78/1987, del 17 de*

febrero, artículo 187—, italiano —Código de Procedimiento Penal de 1988, artículo 266— y alemán —Ley del 13 de agosto de 1968, sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico—) se especifica en la norma los delitos por los que se pueden adoptar medidas que afecten a los derechos fundamentales. Tales sistemas son más detallistas que el nuestro, en el que, por el contrario, no existe tal referencia, debiendo ser el propio juez instructor el obligado a realizar la ponderación caso por caso, teniendo en cuenta la doctrina judicial, y señalar con carácter general las pautas que se deben seguir.

La medida sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida. En el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional del 31 de marzo de 2006 se trataba de la investigación de hechos verdaderamente graves, cuales eran las actividades de un individuo relacionado con grupos u organizaciones que prestaban cobertura, apoyo o financiación a organizaciones terroristas, que exigía su investigación judicial y no existían otro medio idóneo para la averiguación de los hechos denunciados.

6. *Principio de limitación subjetiva.* La medida recaerá únicamente sobre los teléfonos fijos o móviles de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales. En el caso de intervención telefónica habrán de especificarse el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas (Auto del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1992).

Respecto de las personas cuyas comunicaciones pueden ser intervenidas, si bien el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus párrafos 1o. y 2o., señala al procesado, no cabe duda de que este término no puede entenderse exclusivamente en el sentido de la persona contra la que se ha dictado auto de procesamiento ex artículo 384, sino que hay que hacerlo extensivo a aquellas otras que ostentan la cualidad de imputadas o inculpadas en los procedimientos distintos al del sumario. Por otra parte, el párrafo 3o. es más genérico al permitir que la medida afecte a personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, aun cuando no ostenten el carácter de procesadas o inculpadas.

En el caso de las intervenciones telefónicas, está plenamente admitida la posibilidad de que éstas recaigan sobre aparatos cuyos titulares sean terceras personas y no el presunto delincuente, siempre y cuando éste los utilice para sus comunicaciones; así, la Sentencia del Tribunal Supremo 606/1994, del 18 de marzo, admitió la intervención del teléfono de la persona con la que convi-

vía el presunto delincuente. También es factible la intervención de un teléfono público, como en el caso de la Sentencia 787/1994, del 18 de abril, y en el de la 467/1998, del 3 de abril, en el que se trataba del teléfono de un establecimiento abierto al público, por ser el usualmente utilizado por el administrador y los empleados sobre los que recaían los indicios racionales de criminalidad.

7. *Principio de limitación objetiva.* La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia y de cómo llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el juez estime conveniente (Sentencia del *Tribunal Supremo del 11 de mayo de 2005*). Debe haber, por tanto, un juicio de ponderación de la medida restrictiva del derecho fundamental cuya restricción se autoriza.

La jurisprudencia se mantiene constante e invariada, siendo interesante citar la Sentencia del Tribunal Supremo 533/1999, del 29 marzo, que, al referirse a las exigencias necesarias para que pueda reconocerse la legitimidad y validez de las intervenciones, requiere la existencia previa de indicios racionales de la comisión de un delito o, por decirlo más propiamente, para su descubrimiento, pues ésta se desarrolla en un momento anterior a su constatación (juicio oral), es decir, en la fase de presunción (evidentemente no puede exigirse la certeza en la comisión del delito o de la intervención de persona concreta pues, en tal caso, la medida sería superflua y por tanto desproporcionada para la investigación de algo de lo que ya se tiene evidencia). En esta situación lo relevante son las noticias facilitadas por la policía judicial solicitante de la intervención al juez autorizante, quien —como es natural— si no estima de suficiente competencia los datos facilitados puede y debe solicitar la correspondiente ampliación de los motivos. Si por el límite superior los datos facilitados por la policía como soporte de su petición no son certezas ni tampoco indicios en el sentido que tiene este término a efectos del auto de procesamiento, por el límite inferior tales datos tampoco pueden quedar degradados a meras conjeturas o suposiciones sin el menor soporte objetivo en sede policial.

El Tribunal Supremo afirma que, toda vez que la solicitud es para corroborar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga, debe hacerse hincapié en las razones de la solicitud (también sentencias 579/98, del 22 abril; 102/98, del 23 febrero, y 622/98, del 11 mayo), que se refieren a que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, refiriéndose la Sen-

tencia 232/ 98, del 20 febrero, a que exista una línea de investigación sobre la comisión de hechos delictivos, así como a la existencia de datos objetivos, serios y contrastados en los escritos de solicitud de la intervención. En definitiva, en los términos de la Sentencia 1357/98, del 10 noviembre, como consecuencia del principio de proporcionalidad que debe ponerse en relación con la gravedad del delito investigado, ello comporta la exigencia de un cierto nivel de seriedad y fundamento en la noticia del delito que la policía transmite a la autoridad judicial cuando solicita de ella permiso para la investigación telefónica.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional del 31 de marzo de 2006 se afirma que, si bien es cierto que en el oficio policial solicitante de la medida se alude genéricamente a investigaciones que se están realizando con relación al entramado de personas, grupos u organizaciones que prestan cobertura, apoyan o financian a organizaciones islamistas radicales presuntamente vinculadas o relacionadas con grupos terroristas fundamentalistas árabes, entre los que se encuentra Al Qaeda, dándose algunos datos y circunstancias del acusado, lo cierto es que habiendo tales indicios (policiales) se solicita, precisamente, autorización judicial para ampliar la investigación con intervenciones telefónicas bajo control judicial [ya que, aunque con] tal investigación no se probase la financiación de tales actividades terroristas, [...] no es suficiente para determinar la falsedad de tal petición policial y consiguiente nulidad del auto habilitante al haber inducido a engaño al instructor habilitante de la medida; antes al contrario, el nivel de vida llevado por el acusado, sus ingentes recursos económicos y la ausencia de trabajo reconocido a ello conducía (a tales suposiciones).¹ En suma, existían sospechas e indicios policiales que fueron considerados suficientes por el instructor para acordar la ingerencia en el derecho fundamental del acusado al secreto de las comunicaciones, y tal decisión no puede estimarse como arbitraria ni contraria a la ley.

8. *Principio de procedibilidad.* La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que la intervención de las comunicaciones sea la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones de carácter previo a la iniciación de éste. En ocasiones la intervención se ha acordado en las llamadas Diligencias indeterminadas, irregularidad procesal que el Tribunal Supremo entiende que no afecta a la validez de la medida, al no producir indefensión (Sentencias del Tribunal Supremo 20/1996, del 28 de marzo, y 467/1998, del 3 de abril), pues lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por juez competente. Por su parte, también el Tribunal

Constitucional afirma en su Sentencia 49/1999 que la garantía jurisdiccional queda satisfecha cuando las de por sí discutibles diligencias indeterminadas se unen sin solución de continuidad al proceso judicial incoado en averiguación del delito.

9. *Principio de fundamentación.* Este principio tiene su origen en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución. Éste es un derecho complejo que incluye —entre otros— la libertad de acceso a los jueces y tribunales y el derecho a obtener una resolución con motivación suficiente sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Dentro de este derecho constitucional debe comprenderse, por tanto, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y tribunales, y exige que las resoluciones expliciten de forma suficiente las razones fácticas y jurídicas de lo que acuerdan, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además está prescrito por el artículo 120.3 del mismo, habiéndose elaborado una extensa doctrina jurisprudencial fijadora de los requisitos y alcance de la motivación que tiene por finalidad poner de manifiesto el proceso lógico-jurídico que ha conducido al fallo. *Vid.*, por todos, las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/1996, del 25 de marzo, y del Tribunal Supremo del 30 de diciembre de 1996, 5 de mayo de 1997 y 26 de enero de 1998.²

La fundamentación de la medida tiene que ser entendido en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación.

Desde el primer punto de vista es exigible que exista una proporción entre la intromisión que esa clase de prueba supone en la intimidad de una persona y la finalidad que se busca con ella (Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1994, del 17 enero, y del Tribunal Supremo del 26 febrero 2000). Proporcionalidad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asentado en la satisfacción de una necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida, y que la Sentencia del Tribunal Supremo del 25 junio 1993 matiza en el sentido de que ha de valorarse poniendo el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado, sino también en la trascendencia social del tipo.

El deber judicial de motivar las sentencias y demás resoluciones es una garantía esencial del justiciable, directamente vinculada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que entronca simultáneamente con el sistema de recursos establecido por la ley, a fin de que los Tribunales superiores puedan conocer las razones que han tenido los inferiores para dictar las resoluciones sometidas a la censura, con el sometimiento de los jueces al imperio de la ley que proclama el artículo 117.1 de la Constitución y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantizada por el artículo 9.3 del

mismo. Igualmente, no debe olvidarse que también es jurisprudencia (*vid.*, por todos, la Sentencia del Tribunal Supremo del 13 febrero de 1998) que la conexión entre los artículos 24.1 y 120.3 del texto constitucional no impone una especial estructura en el desarrollo de los razonamientos y que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación. La motivación pone en evidencia si la adopción de tal medida guarda proporcionalidad con el fin perseguido: se trata de un simple juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción: debe, pues, el juez ponderar la adopción —o no— de la medida; esto es, sólo en el caso de que no existan otros medios alternativos podrá adoptarla (necesidad) y descartarla cuando sea previsible su escaso éxito (utilidad e idoneidad). Que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada exige del juez una explicación razonada y razonable de acuerdo con la ley y los principios constitucionales y en la cual encontraran lugar la explicación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte. La citada jurisprudencia —como no podría ser de otra manera— es conforme a la doctrina constitucional. Así, éste, en la Sentencia 116/1998, del 6 de febrero de 1998, recuerda la trascendencia que tiene la motivación de las resoluciones judiciales (no sólo de las sentencias) en la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aludiendo a los casos en que se exige lo que se denomina necesidad de una fundamentación específica y reforzada; se afirma que deben tenerse en cuenta los varios supuestos en los que este Tribunal ha venido exigiendo un específico, y reforzado, deber de motivar las resoluciones judiciales, en tanto que exigencia directamente derivada de la Constitución. Tal cosa ocurre cuando se ven afectados otros derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 86/ 1995, 128/ 1995, 62/ 96, 170/ 1996, 175/ 1997 o 200/ 1997); cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial a la luz de pruebas indiciarias (Sentencias 174/ 1985, 175/ 1985, 160/ 1988, 76/ 1990, 134/ 1996 y 24/ 1997); cuando se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (Sentencias 81/1997 y 2/ 1997), o, en fin, cuando el juez se aparta de sus precedentes (Sentencias 100/ 1993 y 14/ 1999).

Igualmente —debe recordarse— es admisible la fundamentación por remisión al oficio policial solicitante de tal medida. Así, en las autorizaciones judiciales admitiendo las intervenciones telefónicas, la motivación fáctica tiene un carácter muy relativo, dado el momento procesal en que se producen, en el cual, y en pura lógica, sólo existen sospechas —eso sí, fundadas— de que se está cometiendo un delito o se está tramando su comisión, de ahí que sean los investigadores iniciales —los policías— los que mejor conozcan la necesidad

de utilizar unos determinados mecanismos, dentro de lo permitido por la ley, para llevar a buen puerto esas investigaciones y convertir las meras sospechas en realidades inculpatorias. Por eso, el juez que recibe la solicitud de intervenir un teléfono, después de examinarla detenidamente en su alcance, y en uso de su competencia, puede aceptarla o rechazarla, y si la acepta no tiene por qué repetir en su resolución todos los razonamientos fácticos que los agentes policiales, como solicitantes, ya le han expuesto por escrito, bastando que se remita genéricamente a ellos y darlos por reproducidos, pues tampoco cabe olvidar que unos y otros, el escrito de petición y la resolución judicial, han de quedar juntos, unidos a los autos de que traen causa. No se trata, por supuesto, de que se aporten pruebas determinantes de la comisión del delito investigado, que de existir podrían incluso hacer innecesaria la práctica de la diligencia que se interesa, sino de aseveraciones fácticas que puedan ser valoradas por el juez para determinar la razonabilidad y proporción de la medida solicitada, lo que, obviamente, no se cumple con la mera manifestación formulada por los funcionarios policiales acerca de la trama delictual (*vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo del 27 de noviembre y 30 de septiembre de 1998, y 5 de junio y 21 de julio de 2003). Es necesaria la relación de hechos para que el instructor pueda valorar la razonabilidad y proporción de la medida solicitada.³

10. *Principio de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.* Toda intervención telefónica conlleva una injerencia en el ámbito del secreto de las comunicaciones y de la intimidad personal, por lo que el control judicial de la medida no puede limitarse al momento en que ésta se ordena, sino que tiene que mantenerse durante todo su desarrollo (Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1996, 121/1998, 49 y 171/1999); es más, este control ha de ser especialmente riguroso en garantía de los derechos constitucionales, ya que, al desconocer el afectado la medida adoptada contra él, mientras ésta se está ejecutando, carece de la posibilidad de impugnación. En la resolución del Tribunal Supremo del 26 febrero de 2000, en relación con este principio, se señalaba que si bien el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar, ha de garantizarse sus derechos futuros, por lo que aquél (el control judicial) debe ser riguroso.

El control judicial se concreta en una doble exigencia. Por una parte, los agentes que estén realizando la intervención deben dar cuenta al juez de cualquier incidencia acaecida durante la aplicación de la medida, lo cual es especialmente importante en el caso de los hallazgos casuales, a los que más adelante se harán referencia. Y, por otra parte, los autos judiciales habilitantes deben establecer los mecanismos de control convenientes y adecuados, tanto

respecto del tiempo de duración de la medida (un mes), como a la forma de realización (grabación íntegra de todas las llamadas, remisión de las cintas originales, transcripción mecanográfica, disposición de las mismas a todas las partes constituidas en el procedimiento, y reseña de la fecha de su realización y del funcionario policial que la practicó).

Hay que insistir en la importancia de que los agentes que practican la intervención remitan al juez los originales de la totalidad de las cintas grabadas, sin que les esté permitido seleccionar o desechar determinadas conversaciones, bajo el pretexto de su inutilidad para la investigación, ya que ello, con las consecuentes sospechas de adulteración, podría acarrear la nulidad de la prueba. Sobre este punto el Tribunal Supremo, en el Auto del 18 de junio de 1992, se muestra tajante: el hecho de que las cintas entregadas al Juzgado no sean los originales, sino copias, y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la policía, sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema [...]; actuando así, el juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones, muchas veces en relación de interdependencia.

En conclusión, la presente reforma constitucional al sistema de justicia procesal penal constituye avances y retrocesos, esperemos que ahora en su aplicación se alcancen los objetivos del Estado de Derecho de protección de los derechos humanos; y que los recursos humanos y económicos, y las disposiciones que reglamenten la presente reforma, permitan alcanzar una verdadera justicia pronta y efectiva.

IX. Bibliografía

- BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droit de L'Homme*, 5a. ed., París, Sirey, 1996, 645 pp.
- DAES A., Érica-Irene, *La libertad del individuo frente a la ley*. Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1990.
- DÍAZ REVORIO, Javier, "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español", en *Derechos Humanos. México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 2, México, CNDH, 2006, pp. 125-145.

GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel, "Reforma de justicia penal", en *El Siglo de Torreón*, 28 de febrero de 2008.

OJEDA BOHORQUEZ, Ricardo, "Perspectiva de la reforma penal: vicios y virtudes", en *Foro Jurídico*, núm. 57, junio de 2008, pp. 20 y ss.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, Alfredo Islas Colín y Florence Lézé, *Locuciones latinas jurídicas*, México, Porrúa, 2008, 130 pp. (En prensa.)

El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa

Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado*

RESUMEN: Después de la Segunda Guerra Mundial, los países vencedores decidieron que era crucial crear un organismo intergubernamental para la defensa del Estado de Derecho, la búsqueda de la democracia y la tutela de las libertades. Dentro de este contexto surge en 1949 el Consejo de Europa, y al año siguiente tuvo lugar la Convención Europea de Derechos Humanos. Debido a ello, empieza a darse la gestación de la Unión Europea, pero no sólo a nivel económico, sino político y jurídico. La cuestión de crear un *Ombudsman* dentro del Consejo fue muy debatida; la finalidad que se planteaba era que, entre otras cosas, mediante esta figura se complementaría la función de la Corte Europea. Como resultado de este debate, no surge un *Ombudsman* tradicional, sino que en el año de 1999 se creó la figura del Comisario del Consejo como una institución no jurisdiccional, sin relación alguna con la Corte. El Comisario es una institución política que depende del secretario del Consejo (aunque no está sujeta a ninguna responsabilidad política) que tiene principalmente la función de promover la educación, sensibilización y respeto de los derechos humanos, así como vigilar la armonización de la legislación interna de los Estados con la Convención Europea de Derechos Humanos.

ABSTRACT: After World war two, the winners decided that it was crucial to create an international organization to defend the State of law, to pursue democracy and to protect liberties. Within this context, the European Council emerged in 1949, and the next year the European Convention of Human Rights took place. Due to these facts, the European Union started to arise, not only in an economical level, but also in a political and legal level. About creating an Ombudsman for the Council, there was a very intense debate, its purpose was to complement the European Court's actions. As a result of this debate, it was not a traditional Ombudsman what was created, but in 1999 the figure of the Council's Commissary was created as a non jurisdictional institution. The commissary is a political institution that depends on the Council's secretary (even though it has no political responsibilities) with the main purpose of promoting the education, awareness and respect of human rights, and also to watch for the harmonization of the internal legislation of every State and the European Convention of Human Rights.

* Ex Comisionado de los Derechos Humanos del Consejo de Europa.

Como primer punto, vamos a explicar la razón por la que existe en Europa el Comisario, pues sólo así podremos entender sus competencias, no olviden que lo que hoy es el Comisario es algo en lo que se ha estado trabajando desde hace dos años, es decir, día a día se está construyendo. Es, como lo que era la Comisión Nacional de los Derechos Humanos hace ocho o nueve años.

El Comisario nace vinculado a una institución como es el Consejo de Europa. Este Consejo, para muchos desconocido, ha tenido gran importancia en el continente europeo porque constituye una de las consecuencias del fin de la Segunda Guerra Mundial. El Consejo de Europa es la gran catarsis después del nazismo y del fascismo, causas de que ese continente sufriera traumas y dramas incalculables. Los países vencedores, con el concurso de su *intelligenza*, deciden que debía crearse un organismo intergubernamental con el objeto esencial de lograr la defensa del Estado de Derecho y de la democracia, por lo tanto, de las libertades. Se trataba de reconstruir Europa en sus valores y principios, una Europa que, además, al final de la guerra, se encuentra con la parte este apartada y sometida a un sistema comunista, no democrático, que se presentaba como la alternativa para algunos sistemas occidentales que intentaban reconstruirse después de haber pasado por dictaduras de tipo nazi y fascistas que aún persistían, como los casos de Italia, España y Portugal, por lo que había que dar signos de identidad propia y construir una nueva Europa democráticamente coherente.

Ése es el origen del Consejo de Europa en el año 1949. Posteriormente, en 1950, se aprueba en Roma el gran texto identificativo del Consejo que es la Convención Europea de Derechos Humanos, considerado el segundo gran texto después de la Declaración de las Naciones Unidas del 48, que habría de quedar muy atrasada al paso del tiempo y de la evolución política. El Consejo de Europa nace en países de larga tradición democrática, si bien se trata de un núcleo relativamente pequeño para la defensa de la democracia y la consolidación de los valores democráticos. Cabe apuntar que en ese momento se insiste mucho en el estatuto y la defensa del Estado de Derecho.

A raíz de la creación del Consejo de Europa se producen dos fenómenos: el Consejo va a dar nacimiento, indirectamente, a la Unión Europea, a lo que hoy es la Unión Europea. Podemos decir que la Comunidad Económica Europea nació de la Comunidad del Carbón y del Acero y de aquélla se derivó la Unión Europea; piensen ustedes que ésta asume como signos identificativos del primer núcleo de países que la constituyen dos elementos esenciales: el primero es la bandera y el segundo es el himno. Estos dos

signos significativos de la Unión Europea de hoy, la bandera con las estrellas y el himno a la alegría, lo fueron del Consejo de Europa del año 50.

La Unión Europea nace como algo distinto porque tiene finalidades puramente económicas, de desarrollo, de cambio económico, y ahora está inmersa en ese proceso que pretendemos terminar hacia el 2004 y que consiste en algo más que una mera agregación de países, pues se pretende contar con una estructura política, aparte de la puramente económica. ¿Qué va a pasar con el debate sobre el Parlamento europeo, con el debate sobre las instituciones, sobre los Comisarios, sobre el Consejo? La última Carta de Derechos Humanos aprobada por los países de la Unión Europea es un código de derechos humanos que no tenía la Unión, pero que ahora la tiene. ¿Qué significa esto? Que se trata del primer capítulo de una futura Constitución Europea, luego estarán los órganos de gobierno, estará la Corte Europea, porque ahora tiene la Corte de Justicia que está en Luxemburgo, es decir, como decía John Dalhuisen, se está construyendo un futuro Estado único, una Federación, una verdadera unión de Estados.

En este momento, el gran debate en Europa se centra, precisamente, en el planteamiento sobre si perdemos o no soberanía. Estamos en ese proceso de liquidación indirecta del Estado-nación, y en esto estoy en desacuerdo con John Dalhuisen que, como buen inglés, mira con horror cuando se mencionan estas cosas, pero estamos pensando que Europa no tiene por qué ser una isla como lo es Inglaterra, sino que tiene que ser una gran unión de voluntades políticas y todas esas historias de la soberanía son, en muchas ocasiones, pretextos políticos o de grupos políticos para defender otro tipo de intereses.

Por ejemplo, el tema de la moneda, el euro, fue muy discutido y debatido, a grado tal que tres países se apartaron: Gran Bretaña, Dinamarca y Suecia. Se decía que el *euro* iba a ser inaceptable pues la opinión pública, emocionada con su peseta, con su *deutsche marc*, con su franco, entregaría sus monedas llorando ante la nueva moneda. Cuando el euro entró en vigor, en una semana todo el mundo había echado su moneda nacional a la papelera y pedido la nueva hasta el punto de que en los bancos no había suficientes monedas acuñadas para dar a quienes las pedían y no quisieron quedarse con sus pesetas. El tiempo límite para que el euro fuera usado por todos era el 17 de febrero y hace ya semanas que nadie maneja, para nada, ninguna moneda nacional en ningún sitio, lo que no trajo trauma alguno, pero la gente identificó esto como un signo de identidad propio de la unidad, como algo nuevo que llegaba. Por lo tanto, la soberanía en Europa tiene ahora un concepto más flexible, menos duro que antes. Los efectos fueron

que Dinamarca y Suecia renunciaron al referéndum para adoptar el *euro* y que Gran Bretaña se resiste heroicamente, pero tarde o temprano cambiará su posición porque se piensa también europea.

Hoy la Unión Europea es una entidad en plena evolución, que ha nacido del Consejo de Europa con objetivos determinados y está tomando un volumen no solamente económico sino también político, y dentro de ese volumen político, por llamarlo en tales términos, tiene también, digámoslo así, un código de derechos humanos como es la Carta y una Corte como es el Tribunal de Luxemburgo, que hasta ahora ha estado aplicando la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, que tiene un elemento indicativo porque aún no es imperativa la Carta pero que, lógicamente, va a ser aplicada poco a poco.

La Unión ha creado su propio *Ombudsman*, ahora es el señor Jacob Söderman, antiguo *Ombudsman* de Finlandia, que se ocupa exclusivamente de las quejas de los ciudadanos contra la Unión Europea, contra lo que es su administración, y no en contra de los Estados que la componen. Hasta ahora solamente se aboca a conocer casos de mala administración, pero probablemente dentro de poco, cuando esté ahí la Carta de Derechos Humanos, Söderman empezará a invocar los derechos humanos frente a la administración de Bruselas. Eso no ocasiona ningún conflicto con el Comisario europeo ya que aquél no controla la Unión Europea, pues ésta, como entidad supranacional, aún no pertenece al Consejo de Europa.

Existe un gran debate sobre si la Unión Europea entra o no en el Consejo de Europa. No quiere entrar, entre otras cosas, porque no desea someterse a la jurisdicción de la Corte de Estrasburgo, es decir, tiene temor porque hay una serie de jueces de países nuevos como Azerbaijón, Rusia, etcétera, que no entienden nada, y no quiere verse sometida a un tribunal al que no controla y que aparece como una jurisdicción propia. Éste es, en realidad, el fondo de la cuestión. Por lo demás, tendría que modificarse el tratado para que una entidad supranacional entrara al Consejo como un Estado o como una entidad igualada a un Estado, pero ése es un debate aparte. Yo creo que no se producirá la entrada de la Unión Europea en el Consejo, por lo que tendrá su propio mecanismo jurisdiccional, incluso en materia de derechos humanos, complementario del de Estrasburgo.

El Consejo ha evolucionado mucho en estos años, dejó de ser un pequeño club de países ricos y democráticos. Con la caída del Telón de Acero se produjo el gran cambio, algunos de los países del Este querían entrar al Consejo de Europa y otros a la Unión Europea. A ésta desean ingresar porque para ellos es, como para todos nosotros, un signo de desarrollo

económico, de riqueza, de integración a Occidente, algo así como tener una estructura equiparable en estándares con el resto del mundo. El Consejo de Europa se ha encontrado frente al dilema de cómo integrar a los países que vienen de un régimen comunista que ha liquidado todas las estructuras democráticas, que no ha formado cuadros democráticos, en los que no hay ningún fondo democrático, al interior de una organización cuyo objetivo es, precisamente, la defensa de la democracia y del Estado de Derecho. Había dos maneras de hacerlo: que dichos países esperaran unos años en la puerta y cuando se hubieran adaptado a las nuevas circunstancias o realizado los cambios mínimos permitirles entrar, o bien, darles entrada y ayudarlos a hacer la gran transformación de fondo.

Este debate fue absolutamente esencial con Rusia; España fue uno de los países que apoyó más y se decidió que la Federación de Rusia entrase en el Consejo de Europa. El Consejo fue muy consciente pues cuando la Federación rusa entró no cumplía los estándares del Consejo de Europa simplemente porque no podía cumplirlos, y probablemente no los va a poder cumplir plenamente en los próximos 50 años, ya que es un continente absolutamente destruido por un sistema al que hay que reconstruir en todo, desde sus hábitos políticos hasta el Poder Judicial, el Legislativo, las leyes y los códigos procesales, penales, hay que reestructurarlo todo. Pero era demasiado grave dejar a la Federación rusa fuera del juego y por ello mismo resultaba necesario introducirla y pagar el precio correspondiente, que es la exigencia del Consejo de Europa de una cooperación mucho más intensa.

A partir de ese momento entraron al Consejo los demás países del Este, los dos últimos son Azerbaijón y Armenia, con lo que suman 43 países y 900 millones de personas el potencial de la cobertura de trabajo del Consejo de Europa. Apuntamos que se trata básicamente de un trabajo de formación, de transformación hacia la democracia de estos países. Estamos, pues, vigilando a las viejas democracias para que no olviden sus principios esenciales y sigan respetando la Convención y los protocolos que se firmaron después, y a los nuevos países para que alcancen el grado necesario de equiparación y de respeto de tales principios a los estándares del Consejo de Europa.

Turquía, Georgia, y otros, son países en los que aún encontramos regímenes muy autoritarios, en los que hay que ir cambiando todo, desde el Poder Judicial hasta la policía, las prisiones, la sociedad civil, etcétera. También los hay como Moldavia, donde las últimas elecciones fueron ganadas por un ex presidente que provenía del antiguo Partido Comunista y

entre sus primeras medidas ordenó la disolución del partido de oposición. Tuvieron que decirle que no se podía disolver así como así, sino que debía iniciarse todo un proceso. En estas situaciones el Consejo pone en juego una presión del tipo “si usted no reconsidera la situación lo vamos a expulsar”, etcétera. Aún persisten algunos atavismos del poder absoluto y nos llevará de 20 o 30 años hacer que estos países evolucionen, si es que alguno de ellos lo logra. Repito que esta ha sido una opción política muy clara, estamos para ayudar no para dejar afuera a nadie, por ello pagamos un precio. Lo que no podremos pedir después es que todo el mundo sea perfecto cuando hemos dejado entrar a quien no cumplía los requisitos.

En ese contexto algunos países pensaron que era necesario hacer algo más. Aquí entra la pregunta de por qué se gestó el Comisario. Aunque ustedes no lo crean, el origen del Comisario se localiza en un debate que lleva casi 30 años en Europa y empieza casi al mismo tiempo que la existencia de la Corte, es la discusión sobre si hay que formar o no un *Ombudsman* tradicional del Consejo de Europa. ¿Para qué? Pues, tal como decía la propuesta finlandesa original, para descargar a la Corte de muchos casos que no tienen por qué ser tratados por ella, toda vez que no tiene la entidad suficiente y la función mediadora de un *Ombudsman*. El *Ombudsman* era un elemento complementario de la Corte que determinaba miles de asuntos que no tenían por qué ir a ella y el *Ombudsman* los resolvía por los métodos normales que todos conocemos. Además de eso, la propuesta finlandesa proponía que, llegado el caso, el Comisario pudiese ser *amicus curiae* de la Corte.

Se trata de un debate que ha llevado casi 20 años desde la reunión de Malta, y al final los Estados decidieron que habría que crear una figura que estuviese más apegada al terreno, que no tuviese una mera función formativa, pero que tampoco fuese un *Ombudsman* tradicional, y ello se debió a las resistencias de la Corte que no quiso que hubiese un *amicus curiae* por temor a generar más casos y a que hubiese una identificación de acciones, pero también porque los Estados temían contar con un *Ombudsman* tradicional planteándoles algunas cuestiones, además de que quienes ya contaban con su propio *Ombudsman* nacional tendrían otro europeo cuestionando sobre algunos asuntos. Por todo ello, hubo que decir no, lo cual hoy es de agradecer, porque pienso en lo que hubiese sido un *Ombudsman* tradicional recibiendo quejas de 900 millones de personas, en 43 idiomas, ese *Ombudsman* estaría muerto por el peso del papel si es que no lo hubiera estado por un ataque cardíaco, es decir, eso sería absolutamente imposible de manejar.

El Estatuto del Comisario aprobado en 1999 es excepcional ya que su primer artículo es una negación. Los juristas sabemos qué se hace primero con una norma, qué es lo que se está haciendo, se empieza por decir lo que es la norma. En este punto se dio el debate político, el Comisario que se creó no es un *Ombudsman* y, sobre todo, no es un órgano jurisdiccional, no tiene acceso a la Corte. Tal es el fondo del gran debate del Comité de Ministros de Asuntos Exteriores sobre el Estatuto del Comisario.

El artículo primero del Estatuto dice que el Comisario es una instancia no judicial, encargada de fomentar la educación, la sensibilización y el respeto en lo concerniente a los derechos humanos, tal como está expresado en los instrumentos del Consejo de Europa. El o la Comisario respetará la competencia de los órganos de control establecidos en el marco del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos u otros instrumentos del Consejo de Europa relativos a estos derechos y sus funciones serán distintas a las de aquellos; el o la Comisario no admitirá quejas individuales. En el artículo segundo se establece que el o la Comisario ejercerá sus funciones con toda independencia, es decir, que en ningún caso actuará como un órgano jurisdiccional ni será un *Ombudsman*. Una norma que empieza por la negación, por lo que no es, no resulta magnífica, siempre he dicho que se trata de uno de los raros ejemplos de norma europea que empiezan por decir todo lo que no puede ser.

Toda la norma es, en sí misma, un portento como negación política de contradicciones porque dice que no puede admitir quejas individuales, pero posteriormente señala que todos los ciudadanos de los países se pueden dirigir a él individualmente, lo cual, como se puede ver, es una inmensa contradicción porque un señor que vive en Petrogrado no acudirá directamente al Comisario para preguntar sobre el problema de la interpretación adecuada de la norma general del Estado ruso sobre las margaritas, ni para decir que su problema es que lo está machacando el Comisario de al lado y pedir ayuda. El señor de Petrogrado, si es que llega a escribir, contará su caso pero no va a plantear la cuestión general. Ése es el espíritu de una norma que empezaba de una manera y luego se cambió a otra.

La institución nace para dar un nuevo giro a la acción del Consejo, para intentar darle una cosa no puramente académica de funcionamiento y asesoramiento jurídico, sino para ver qué es lo que ocurre sobre el terreno; nace esencialmente con la idea del Consejo de Europa de un organismo de promoción y defensa de los derechos humanos, por lo que tiene un origen separado totalmente de la Corte de Estrasburgo. El Comisario no tiene relación alguna con la Corte, tal vez de buena amistad con los magistrados y

el presidente pero nada más, es decir, no tiene legitimación activa ante ella, lo que significa que no puede plantear un caso, no puede intervenir y tampoco es un *Ombudsman* tradicional en cuanto a que no puede admitir quejas. Por ello comentaba que cuando recibe escritos los tiene que analizar y posteriormente decidir qué hacer, ya sea que los envíe a los *Ombudsman*, al sueco, al español, etcétera, para que los conozcan e informar al particular acerca de las posibilidades que puede tener y de que se manda su queja al *Ombudsman* nacional para que la atienda pues él no puede hacer nada más. En ese orden de cosas sí puede sacar conclusiones generales. Como hemos explicado, cuando llega una queja que representa un problema colectivo el Comisario está en posibilidad de decir: este caso puede plantear un problema colectivo a los Estados o a un Estado concreto, sí puede extraerlo. Tengan esa idea muy clara, su relación es una y su ámbito de acción se concreta a una competencia no de *Ombudsman* tradicional y tampoco jurisdiccional.

La siguiente cuestión es ¿cómo opera ese *Ombudsman*, ese Comisionado? Lo operativo es enormemente complejo porque es muy político. El Consejo de Europa es una estructura que depende del secretario general del Consejo de Europa, el cual es, a su vez, elegido por la Asamblea. Existe una Asamblea Parlamentaria, un Comité de Ministros y un Secretariado.

El Comité de Ministros es un verdadero poder, un órgano intergubernamental; la Asamblea Parlamentaria es una Asamblea consultiva que, como tal, no tiene poder para aprobar leyes ni exposiciones pero es consultiva del Consejo; por su parte, el Secretariado ejecuta todas las decisiones del Comité de Ministros. Después, independiente, está la Corte, por lo que decimos que tiene una estructura piramidal.

El secretario general tiene todas las direcciones generales, todos los servicios y toda la acción. El Comisario nace como algo aparte. A similitud de la Corte, el Comité de Ministros, con mucha inteligencia, decide que el Comisario tiene que ser una institución política puesto que no actuará como un *Ombudsman* tradicional y no es un órgano jurisdiccional, sino que va a ser un verdadero embajador político, un órgano político. ¿Cómo lo hace? Muy sencillo, se le saca del Secretariado y se le da un nombramiento político, por elección. Primero se da la elección del Comité de Ministros, que propone una terna, y después de la Asamblea, donde se elige por mayoría absoluta, naturalmente ya no se trata de un funcionario, es un político por seis años que no es reelegible y que además conecta directamente con los gobiernos. En el Estatuto está previsto que el Comisario no estará en relación con los gobiernos a través del Secretariado sino directamente; además, el

propio Estatuto advierte que no recibirá mandato imperativo alguno, es decir, ni la Asamblea, ni el Comité de Ministros, ni el Secretariado le pueden dar ninguna orden. Sin embargo, el Estatuto contiene, a mi modo de ver, otro error muy importante pues no prevé ningún mecanismo de responsabilidad, el Comisario es un "irresponsable político" ya que no está prevista ninguna causa ni mecanismo de cese, con lo cual, guste o no, permanece seis años en el cargo, a no ser que dimita, o pierda la razón.

Dentro de ese contexto, el Comisario aparece lógicamente con funciones como la de promoción de los derechos humanos; de control de la legislación de los países, función muy importante pues debe ver si la legislación de éstos se adecua o no a la Convención; y luego, como lo ha dicho Dalhuisen, entrar también a la patología, al estudio del efectivo respeto del derecho, a verificar el efectivo respeto a la Convención en la práctica de los Estados, esto es, ver si se está torturando, si se están violando los derechos o no. Las decisiones de la práctica operativa, por lo tanto, son siempre políticas y obviamente generan tensiones ya que el Comisario cuenta con su propia agenda y tiene que estar coordinado con el Consejo, pero no subordinado a él, con lo cual se crea un problema de agendas.

Europa es un espacio territorial donde existen una serie de instituciones supranacionales que ya actúan en materia de derechos humanos: la Alta Comisionada para Naciones Unidas en Ginebra tiene una competencia para la protección de los derechos humanos, pero se encuentran también el Alto Comisionado para los Refugiados, con sede en Ginebra; el Comisionado para las Minorías, con sede en La Haya, que pertenece a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE); la Cruz Roja Internacional, con sede en Ginebra; la Oficina de Derechos Humanos de la OSCE en Viena, donde están Estados Unidos, Canadá, etcétera. Como se ve, hay una plétora de organizaciones que se pelean por los derechos humanos y por el establecimiento de *Ombudsman*, que se han vuelto una moda. Además, se encuentran todas las organizaciones de derechos humanos, así como Organizaciones No Gubernamentales (ONG), que en Europa son muy activas, y el Consejo de Europa.

La llegada del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa fue vista con cierta reserva, algo así como uno más que viene a trabajar en un terreno común y uno más del que hay que ver lo que va a hacer. ¿Qué es lo que hace el Comisario? En el contexto en que llega organiza ya sea seminarios o reuniones, pero siempre he pensado que lo adecuado era entrar en los problemas del momento. Cuando yo llegué, en 1999, tuve la enorme desgracia, considero que lo fue más todavía para los pobres che-

chenos, de que estallara la segunda guerra en Chechenia. Y bien, qué hace un Comisario para los Derechos Humanos cuyo mandato es velar por el respeto efectivo de estos derechos, ¿acaso se queda organizando seminarios y mirando por su ventana los preciosos canales de Estrasburgo o se enfrenta donde una población civil está siendo objeto de un conflicto armado?

Hasta entonces, el Consejo de Europa nunca había entrado en estos supuestos porque no era una organización de trabajo en el campo, la OSCE sí, la Cruz Roja sí, el Consejo de Europa no; era sólo un organismo intergubernamental de asesoramiento, pero el Comisario tenía que hacer otra cosa y ésa fue la primera decisión que, creo, marcó o debe marcar un poco el camino del Comisario. Consistió en decirle al gobierno ruso: de acuerdo con el artículo 3 de la Convención del Estatuto, del que usted forma parte, yo quiero ir a Chechenia para ver qué es lo que pasa, quiero ver sobre el terreno y entrar en ese proceso. El gobierno ruso quedó un tanto sorprendido pero no podía hacer nada porque no suspendió la Convención, como podría haberlo hecho durante el conflicto. Al no suspenderla en territorio checheno, que era territorio de la Federación de Rusia, estaba sometido totalmente al Consejo de Europa, por lo que tuvo que aceptar la presencia del Comisario en Chechenia. Ése fue el primer viaje de entrada en una parte del territorio europeo en plena guerra.

En Chechenia estuve a 20 kilómetros de las baterías que bombardeaban la ciudad de Grosny, visité en helicóptero las ciudades destruidas, los campos de refugiados. Y vino entonces la primera recomendación, relacionada con la pregunta sobre qué hacer en un momento en que un país está metido en una guerra en la que sólo hay dos fuerzas, la de un ejército regular y la de un ejército no regular combatiente que viene de una estructura totalitaria, islámica, y una población civil en medio de las dos; una guerra que ha ocasionado que una gran parte de la población haya emigrado hacia los campos de refugiados y la otra se encuentre en medio, y entre unos y otros la estén matando, siendo objeto de la violencia del ejército ruso.

Hablar ahí de Estado de Derecho y democracia resultaba una broma pesada. Cuando se está con los cadáveres a un lado no se puede pensar en Estado de Derecho y democracia, lo que debe hacerse es intentar algo para que, en la medida de lo posible, se pueda terminar con esa situación o al menos paliarla.

A la vuelta de ese viaje, hice dos recomendaciones públicas al gobierno ruso: la primera fue que se detuviera de inmediato la guerra, obviamente no la detuvieron, no contestaron a esto; y la segunda que se aceptara crear una oficina, una estructura de un *Ombudsman* en Chechenia. Aunque todo

esto parezca una contradicción, era necesario establecer un nexo entre la población civil y el ejército ya que no había ni Poder Judicial ni nada, todo había desaparecido; se requería de algo que pudiese ser testigo de lo que estaba pasando, que recibiese todas las quejas y provocase una cierta investigación de los crímenes más graves por las autoridades de procuración soviéticas. Los rusos nunca aceptaron la idea de un *Ombudsman*, así como tampoco la idea de una oficina del Comisario en territorio ruso por razones de soberanía nacional; sin embargo, aceptaron una fórmula alternativa que consistió en crear en Chechenia una oficina del presidente Putin, una Oficina de Derechos Humanos con presencia de miembros del Consejo de Europa.

La primera vez que miembros del Consejo de Europa entraron en una acción de guerra, en misión de protección de los derechos humanos, coincidió con una cuestión muy difícil pues Rusia negó a la OSCE la entrada a la Cruz Roja y a cualquier otro organismo internacional, sólo el Consejo de Europa fue testigo, y lo sigue siendo, de lo que está pasando ahí y por ello promueve la intervención humanitaria, la demanda de juicios penales contra los militares. Como dije, ésa fue la primera recomendación, la primera interpretación política de lo que se podía hacer en un Estado parte que vive un periodo de guerra. Crear esa institución ha demostrado que se pueden salvar vidas humanas y permite un cierto control de la situación. Ésa sería la que yo llamo función del Comisario en situaciones de crisis máximas.

Otras intervenciones de máxima crisis han sido la guerra civil en Georgia y el caso de Moldavia. Existe también la intervención en situaciones que no son de crisis, que son más rutinarias como las visitas a los países para evaluar la situación de los derechos humanos, intentando siempre un balance Este-Oeste para que nadie se sienta especialmente ofendido. Se trata de visitas que pueden hacer ustedes en control local, es decir, el Comisario llega y habla con las ONG, con el gobierno; visita lugares; hace todo tipo de interrogatorios; luego elabora su informe al Comité de Ministros o a la Asamblea y realiza sus propuestas. Los gobiernos pueden aceptarlas o no, hay un debate político, incluso hace recomendaciones de carácter general.

Acabamos de emitir una recomendación sobre la situación de los extranjeros que llegan a las fronteras en Europa, la cual está dirigida a todos los Estados; por lo tanto, podemos decir que ésta es una función muy política. Para dar una idea, basta mencionar que los países que hemos visitado hasta ahora son Rusia, sobre el caso de Chechenia; Georgia; Moldavia; Noruega; Finlandia, donde algunos creían que no había problemas de derechos humanos, pero resulta que sí los hay y muy serios; Eslovaquia,

Andorra, Bulgaria, España, Turquía y otros. Este año iremos a Grecia, Hungría, Azerbaijón, Portugal, Polonia y Luxemburgo, países de visitas ya anunciadas, y los embajadores que deben preparar esas visitas no están muy contentos porque cuando el Comisario llama a un embajador es común que se piense “éste me larga una visita o se trata otra cosa”, y cuando es esto último se sienten muy felices, pero cuando resulta que se trata de visitas las cosas se vuelven un poco más complicadas.

Otro criterio de actuación del Comisario consiste en no interferir nunca en los procesos electorales. Por ejemplo, estaba anunciada una visita a Portugal, cuando se iba a efectuar este país entró en crisis política con las elecciones municipales y el presidente del gobierno dimitió, decidió abandonar el poder y convocó a nuevas elecciones. En su momento llamé al embajador portugués y le expliqué que en esas circunstancias se suspendería la visita porque el Comisario no podía aparecer en medio de un proceso electoral y hacer un informe que podría ser utilizado en la batalla electoral, por lo tanto la visita se dejó para después de las elecciones.

Otros aspectos importantes son que el Comisario debate reformas legislativas, debiendo promoverlas. Algunos países le piden que haga estudios jurídicos, que emita opiniones. Ahora tenemos una solicitud pendiente de la Asamblea, que es de las más difíciles, entre otras cosas, porque el Comisario no tiene medios reales para hacer esto.

El Consejo de Europa es una organización con muy pocos medios económicos, muy agobiada por la Unión Europea y por las demás organizaciones que luchan por lograr una imagen y una posición. Para que se tenga una idea de los recursos con que cuentan, basta saber que el Comisario se apoya en un director con dos auxiliares, una funcionaria francesa y un funcionario ruso; los Estados han puesto a su disposición (Gran Bretaña, Suiza, Finlandia y Bélgica) otros funcionarios, cada uno de nacionalidad distinta, una documentalista y dos secretarías. Ésa es la estructura de la Oficina del Comisario para 43 países y 900 millones de personas y, si se considera que tiene un presupuesto bastante limitado, con eso ha organizado bastante lío hasta ahora. Siento que no hace falta más porque lo importante es tener ideas claras acerca de lo que se quiere y seguir adelante, pero cuando se ven los medios de la Unión Europea, de la OSCE, no puede menos que decirse, qué barbaridad, cuánto dinero tirado de mala manera y lo bien que podríamos utilizarlo nosotros.

La forma de actuar es relativamente informal pues nuestros informes son publicados automáticamente. Existe una cierta trampa en el Estatuto ya que dice: el Comisario puede informar al Comité de Ministros y a la Asamblea.

Si informa al Comité de Ministros el documento no se puede publicar hasta que dicho Comité lo autorice, pero si el Comisario informa al Comité de Ministros y a la Asamblea, al enviarlo a esta última automáticamente se hace público, entre otras cosas porque ningún parlamentario sabe guardar nunca un documento en secreto y en cuanto llegan a la Asamblea inmediatamente se vuelven públicos. Después de que el informe es debatido en el Comité de Ministros se introduce en el sitio web para hacerlo público en la lengua del país correspondiente. Creo que ésta es la fuerza por la cual los medios de comunicación lo toman inmediatamente en el país.

El Comisario se apoya en dos instrumentos esenciales, uno de ellos es el Comité de Ministros y otro la Asamblea. Con ésta tiene, curiosamente, mucho menos contacto de lo que parece puesto que es muy compleja y distinta, no es un Parlamento tradicional, sino que se trata de parlamentarios que vienen de cada país, la mayoría proviene de los partidos nacionales. Se reúnen durante una semana cada tres meses en Estrasburgo, por lo cual tienen una agenda de asuntos enorme, tratan de todo; el Comisario tiene relación con ellos, asiste a las comisiones.

En cambio, el Comité de Ministros es un organismo fijo, establecido, que trabaja toda la semana. Cuando el Comisario rinde su informe todos los embajadores que representan a los ministros están pendientes y se inicia un debate en el que pueden aceptar o no las iniciativas del Comisario, normalmente las aceptan y se obliga al Secretariado a seguirlas, por lo que ahí sí tiene un papel político muy directo, está obligado a realizar una política de relaciones muy diplomáticas, de tal manera que ningún país se sienta especialmente objeto de vigilancia frente a otros. Hay, además, otra práctica dentro del Comité de Ministros. Existe el llamado Grupo de los 15, es el grupo de la Unión Europea que se reúne para fijar posiciones propias y suele llamar al Comisario para trabajar con ellos, para preguntar sobre lo que está pasando, digamos que hace un trabajo de pura denuncia, control de derechos humanos país por país, situaciones de crisis; posteriormente, hay otra función que es la de promoción o mediación, siendo ésta la más delicada, y consiste en que el Comisario trabaja con las ONG y con los *Ombudsman*, pero debe intentar promocionar el cambio de algunas cosas en Europa.

¿Por qué sentamos a las iglesias? Desde hace tres años sentamos alrededor de la mesa a representantes de las iglesias católica, ortodoxa, judía, musulmana. Hoy en día, en el contexto de Europa, las iglesias tienen enorme responsabilidad en la violencia y en la violación de los derechos humanos, entre otras cosas porque el fanatismo religioso, junto al nacionalismo, ha

generado problemas como el de los Balcanes, donde se han producido situaciones atroces en las que por ser musulmán o judío u ortodoxo se está expuesto a que le prendan fuego a la casa, por ejemplo. Respecto de los católicos en Rusia, la iglesia ortodoxa se ocupa de que no tengan ningún juego; en Turquía solamente las iglesias musulmanas lo tienen y no las otras, en tales circunstancias el diálogo es enormemente difícil. Alrededor de una mesa, a puerta cerrada, se sienta a los representantes de las iglesias y se les dice que tienen que cooperar a la paz, transmitir el mensaje de no-violencia, de diálogo. Hasta ahora la cosa ha ido funcionando bastante bien, con las ONG es lo mismo.

Estamos preparando un seminario que será muy importante: después del 11 de septiembre, en Europa tenemos una evolución muy delicada respecto de la idea de la lucha contra el terrorismo. Obviamente, es algo en lo que todos estamos de acuerdo, se ha creado un espíritu de seguridad por encima de todo y si es necesario limitar las garantías de protección de los derechos humanos las limitaremos en función de protegernos frente al terrorismo. De tal manera que ahora, por ejemplo, en Europa ha comenzado a bajar el tope de protección de los derechos de los extranjeros.

Países como Inglaterra han suspendido la aplicación de Convención y, respecto del artículo 5, los extranjeros sospechosos de terrorismo pueden estar detenidos seis meses y continuar por otros seis meses sin ser puestos a disposición de un juez y sin acusación. Países como cualquiera de los que estamos en el conjunto empezamos a expulsar, sin más, a los extranjeros a su llegada a la frontera, sin permitirles pedir asilo político u otra cosa; planteamos normas que refuerzan la acción de las policías sin garantías suficientes, es decir, hay una ola general que están aprovechando muy bien los Ministerios del Interior para decir: frente al miedo del terrorismo bajamos el grado de protección de los derechos humanos que hemos ido alcanzando hasta ahora y permitimos un Estado mucho más seguro y, por lo tanto, mucho más discutible en algunas cosas.

Creo que se debe hacer un debate sobre cómo proteger los derechos humanos en situaciones de crisis, porque una cosa son todas las declaraciones que hemos hecho, todo lo que hemos avanzado durante 50 años, y otra que al primer golpe retrocedamos, limitemos las cosas y empecemos a renunciar a nuestros propios principios. Considero que la defensa de los derechos humanos conlleva una lucha fundamental sobre nuestro modelo, la de no renunciar a él. Yo siempre digo que España es uno de los países que ha sufrido más atrocemente el terrorismo, nosotros no lo descubrimos hoy pero nunca se nos ha ocurrido suspender la Convención o crear tribu-

nales de excepción, así como tampoco limitar a un preso, a un detenido, el acceso a un abogado, a una acusación, a una defensa y, en muchas ocasiones, como todo el mundo sabe, han sido detenidas personas que sabemos que no son simples turistas pero no hay pruebas contra ellas, por lo que el juez las pone en libertad. Si la policía no aporta las pruebas en su momento y son juzgados y declarados en libertad es porque no hay pruebas.

¿Por qué?, porque creemos hasta ahora que el derecho está por encima, que las normas están por encima de todo y si alguien no es probado culpable no puede ser privado de su libertad. Esto tiene un precio, ustedes saben que en España hemos cometido también errores, que se ha luchado contra el terrorismo con medios criminales, pero también se ha llevado a los responsables ante los tribunales. Esa lección la tenemos muy aprendida y creo que debemos tener fe en nuestros principios democráticos y no renunciar a ellos pase lo que pase.

No podemos acercarnos a los métodos de los terroristas, ni a métodos similares, ni debemos perder la fe en nuestro sistema; si hay que pagar un precio lo pagaremos y no pasa nada, a eso estamos muy acostumbrados en Europa, además, el precio no es tan alto ni mucho menos.

Ésta es, un poco, la idea del trabajo al que se enfrenta el Comisario. Trabajo que consiste en dar una imagen, una nueva visión del Consejo de Europa, acercándose a los problemas, planteando no sólo teorías sino realidades, opciones para resolver los problemas en la medida de lo posible para luego promocionar una reflexión global en Europa sobre la protección de derechos humanos y el camino que queremos seguir. Todo esto es muy ambicioso, es difícil de lograr porque los medios no son tan sencillos, pero acudimos a los Estados que nos dan ayuda.

El Comisario para los Derechos Humanos y Defensores del Pueblo nacionales: reflexiones institucionales

John Jacob Dalhuisen*

RESUMEN: El Comisario del Consejo de Europa, creado en 1999, tiene como principal función promover la educación, concientización y respeto de los derechos humanos. Esto presenta varios problemas porque se requiere de la cooperación de las autoridades de los Estados, por lo cual el Comisario se ha inclinado por la organización de seminarios, cursos y conferencias sobre temas específicos dirigidos a diferentes audiencias. Otra función primordial del Comisario es contribuir a la observancia efectiva de los derechos humanos, y es por ello que debe identificar las deficiencias en las legislaciones y las prácticas dentro de los Estados miembros del Consejo y proponer una solución a manera de recomendación al respecto. Para ello ha realizado visitas a los diferentes Estados para efectuar una especie de revisión sobre la observancia de los derechos humanos y sobre otros temas en específico (como conflictos internos, donde sus intervenciones son más visibles). En general, el Comisario desempeña una función política, dado que no tiene la facultad de recibir quejas individuales sobre violaciones de derechos humanos y es por esto que es fundamental que además de tener una relación con las autoridades de los Estados, para cumplir con sus funciones debe tener comunicación con los *Ombudsman* nacionales para facilitarles sus actividades y viceversa.

ABSTRACT: The main function of the commissary of the European Council, which was created in 1999, is to promote the education, awareness and respect of human rights. This is problematic because the cooperation of the national authorities is essential to accomplish this, and therefore the commissary has been inclined to the organization of seminars and conferences about different subjects and for different audiences. An other very important function of this commissary is to contribute to the effective observation of human rights, and that is why it is his job to identify deficiencies in the legislations and actions of the states that are members of the European Council and as a recommendation, make propositions about solutions to these matters. In order to do so, the commissary has visited many countries to check if they actually observe human rights and also to check on other matters (like internal conflicts where the actions of the com-

* Jefe de la Oficina del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa.

missary are more visible). Generally the commissary has a political function, as he is not allowed to receive individual complaints, and that is why it is so important that he maintains a close relation not only with the authorities of every State, but also with their Ombudsman so they can help each other to make their jobs more easily.

La institución del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa se estableció en 1999. La idea se concibió por primera vez en 1970 pero sólo recordada, modificada y olvidada de nuevo durante 30 años. Uno se puede preguntar, por lo tanto, si su creación final corresponde realmente a una necesidad institucional o si se pensó más bien como un regalo simbólico por el 50 aniversario del Consejo de Europa. Sea cual fuera la razón, se ha dedicado buena parte de los dos últimos años a darle sustancia a un cargo no muy definido¹ para crear un organismo vivo, capaz, para emplear las palabras del primer artículo de su mandato, de promover la “educación para el conocimiento y el respeto de los derechos humanos”.

Una ojeada rápida al mandato del Comisario revela dos papeles amplios y complementarios. En primer lugar, debe “promover la educación y la concientización sobre los derechos humanos”.² Los creadores del mandato del Comisario deben haber considerado el papel pedagógico de forma autoexplicativa, ya que no se han dado más instrucciones sobre esta función. Si uno pregunta con exactitud quién va a ser educado, en qué y de qué forma exactamente, la respuesta general es bastante vaga.

Los programas educativos a largo plazo, destinados a agentes específicos (agentes de inmigración, digamos, o ayudantes de los Defensores del Pueblo), se descartan por motivos presupuestarios que resultan demasiado evidentes como para entrar en detalle aquí pero que, en resumen, sólo permiten la organización de eventos *ad hoc*. Aquí, de nuevo, encontramos algunas dificultades: los eventos de alto *standing* que pretenden elevar la conciencia pública no son fáciles de dirigir con éxito (debemos hacer referencia, por ejemplo, a las dificultades experimentadas recientemente en Durban), mientras que los pequeños eventos centrados en áreas muy bien definidas de acción ejecutiva dependen significativamente de la cooperación de las autoridades pertinentes para su éxito y riesgo.

El Comisario, sin embargo, se ha inclinado más por la segunda de estas estrategias y busca cumplir la función pedagógica de su oficina a través de

¹ Resolución (99)50 sobre el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo de Ministros el 7 de mayo de 1999, en su 104a. Sesión en Budapest.

² *Ibid.*, artículo 3a.

la organización de seminarios y conferencias sobre áreas de interés específico a los cuales se han invitado a diferentes ONG, otros expertos institucionales y, especialmente, a las autoridades administrativas pertinentes. Dichos seminarios tienen como resultado unas conclusiones preferentemente unánimes, pero no siempre, que se espera influyan en el trabajo futuro de los participantes. Más concretamente, cuando se cree, sin duda, que se pueden realizar mejoras con relación a la protección de los derechos humanos de una clase determinada, el Comisario puede estimar también conveniente emitir una recomendación dirigida a todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

Es necesario resaltar que se ha realizado un esfuerzo para examinar temas no sólo de interés inmediato sino también aquellos que han sido ignorados ampliamente por otros "agentes de los derechos humanos". El último seminario, por ejemplo, se centró en los derechos de los extranjeros recién llegados y en los procedimientos de expulsión. El próximo tratará del respeto hacia los derechos humanos en las fuerzas armadas. Sin embargo, dada la plétora de organismos de derechos humanos internacionales y la cantidad de medios que tienen a su disposición, encontrar un campo sin explorar en el que se pueda poder trabajar no es siempre fácil. Un área, por ejemplo, en la que el Comisario ha encontrado que puede hacer una contribución novedosa, ha sido la de sus relaciones con las autoridades religiosas, con las que ha querido organizar reuniones anuales para discutir asuntos como los del papel y las responsabilidades de las religiones más importantes en situaciones de conflicto y las relaciones Iglesia-Estado.

No obstante, es con respecto a su segundo papel, al que me referiré enseguida, donde el Comisario puede hacer una contribución más original para la protección de los derechos humanos, porque su mandato le impone también "contribuir a la observancia efectiva de los derechos humanos".³ La inclusión de la palabra "efectiva" es importante aquí porque parece garantizar la intervención del Comisario, cuando, en su opinión, la práctica en un país o una situación en particular tiene como resultado la extendida o sistemática violación de los derechos humanos.

El artículo 3o. del mandato del Comisario es incluso más específico y lo autoriza a "identificar deficiencias en las leyes y en las prácticas de los Estados miembros con relación al cumplimiento de los derechos humanos tal y como se contemplan en los documentos del Consejo de Europa, y a promover la implementación eficaz de dichas normas por parte de los Es-

³ *Ibid.*, artículo 3b.

tados miembros y ayudarles, con su consentimiento, en sus esfuerzos por remediar dichas deficiencias". El énfasis en la ayuda es importante aquí y, al final, está directamente relacionado con el poder persuasivo del Comisario.

Además, éste se encuentra dotado de distintas herramientas útiles con las cuales puede hacer efectiva dicha intervención "política". Puede, principalmente, ponerse en contacto de manera directa⁴ con los gobiernos de los Estados miembros, quienes deben, a su vez, ayudar al Comisario en el cumplimiento de sus funciones, concernientes, en particular, al acceso a lugares que desea inspeccionar y facilitarle información cuando la solicite.⁵ El Comisario puede, además, presentar informes, opiniones y recomendaciones a los Estados miembros por separado así como a la autoridad ejecutiva del Consejo de Europa⁶ (el Consejo de Ministros).

Hasta la fecha, el Comisario ha hecho uso de estas disposiciones de dos formas distintas. Sistemáticamente está visitando los diferentes Estados miembros con el fin de llevar a cabo una revisión global de la situación con relación al respeto de los derechos humanos en cada país y, de manera simultánea, sobre algunos temas de interés específico. Dichas visitas incluyen, en general, reuniones con funcionarios y ejecutivos del gobierno, representantes de la judicatura y de la sociedad civil, así como la inspección de lugares como prisiones, centros psiquiátricos o centros para refugiados, entre otros, donde se puede tender a socavar los derechos humanos.

Con base en anteriores investigaciones, reuniones oficiales e inspecciones *in situ*, el Comisario hará una serie de recomendaciones relativas a las deficiencias legislativas o a las prácticas abusivas. Se hace el intento de distribuir uniformemente dichas visitas entre Occidente, los Estados miembros más antiguos del Consejo de Europa y, los más nuevos, los países del Este. Cabe decir que es fácil detectar problemas en ambas partes.

Independientemente del programa general de "visitas a países", el Comisario se ha visto también frente a una serie de lo que podríamos llamar abusos de los derechos humanos a gran escala, resultado, especialmente, de conflictos internos, y es en estas áreas donde su actividad es quizás más visible. En este contexto, el Comisario ha sido activo en Georgia y en particular en la República de Chechenia. En una dimensión menos trágica, pero de igual interés, el Comisario ha informado también y ha hecho recomen-

⁴ *Ibid.*, artículo 7.

⁵ *Ibid.*, artículo 6, 1.

⁶ *Ibid.*, artículo 8, 1.

daciones sobre las violaciones de los derechos humanos derivadas de las actividades terroristas de los separatistas vascos.

Dado que, como hemos visto, el Comisario goza de acceso privilegiado a los gobiernos nacionales, debe aprovechar esta situación para llamar la atención sobre los abusos contra los derechos humanos y para conseguir ayuda en el cese de los mismos a través de sus recomendaciones generales o específicas, según los casos. Sin embargo, es importante darse cuenta de que no tiene autoridad para asumir quejas individuales, aunque cada vez llegan en mayor número conforme la institución va siendo más conocida. El Comisario tiene la libertad, por supuesto, de alcanzar conclusiones generales de las quejas individuales. Esto hace que sea todavía más importante su relación con los *Ombudsmen* nacionales, a los que remite las quejas individuales que recibe, para que las estudien.

Precisamente por la importancia de esta mutua conexión es que el mandato del Comisario hace referencia tres veces a los Defensores del Pueblo nacionales, dos veces directamente y una bajo el término “estructura de los derechos humanos”. En primer lugar, el Comisario tiene la tarea de “facilitar las actividades de los Defensores del Pueblo nacionales (o instituciones similares en el campo de los derechos humanos)”.⁷ Tenemos, aquí, un reconocimiento de la importancia de los Defensores del Pueblo, no simplemente como herramientas útiles a disposición del Comisario para los derechos humanos, sino como mecanismos importantes por derecho propio.

Al mismo tiempo, debe estimular el establecimiento de aquéllos como una importante “estructura de los derechos humanos” en los Estados miembros en los que aún no existen,⁸ y, por último, a los Defensores del Pueblo se les identifica como posibles recursos de información en los que el Comisario se podría apoyar.⁹ Está claro, por lo tanto, que se pretende una relación de dos direcciones y que el Comisario y los Defensores del Pueblo nacionales deben ayudarse los unos a los otros.

Haríamos bien en detenernos un momento, antes de observar con más detenimiento las relaciones entre el Comisario y los Defensores del Pueblo, para considerar, precisamente, por qué la promoción de los Defensores del Pueblo debería representar un elemento importante en las funciones del Comisario. Aquí está en juego el papel de los propios Defensores del Pueblo. La propagación y el subsiguiente crecimiento de las instituciones de Defen-

⁷ Resolución (99)50, artículo 3d.

⁸ *Ibid.*, artículo 3c.

⁹ Artículo 5, 1.

sores del Pueblo están ya bien documentados y sólo es necesario hacer un simple resumen aquí.

Con el aumento de los servicios públicos, los ciudadanos particulares se han visto cada vez más afectados por las decisiones administrativas y los posibles errores y abusos que éstas conllevan hasta el punto que, de hecho, los tribunales administrativos no han sido capaces de resolver rápidamente las quejas crecientes que se presentan ante los mismos. Los miembros individuales del Parlamento, que podrían haber sido capaces de intervenir personalmente en alguna ocasión en nombre de los ciudadanos, han invertido su tiempo más bien en ocuparse de deliberaciones macropolíticas para jugar este antiguo papel tradicional. El mediador parlamentario, por consiguiente, ha ocupado ese vacío y ofrece una resolución rápida e informal de los casos de negligencia administrativa a través de la mediación en vez de lucha. Este desarrollo ha transformado, aunque no por sorpresa, a la institución de Defensores del Pueblo en un mecanismo complementario y no judicial esencial para la protección de los derechos de los ciudadanos individuales ante las autoridades estatales. El Defensor del Pueblo se ha convertido, en poco tiempo, en un elemento institucional de las democracias modernas.

El Comisario debe, en especial, por encima de su papel de rectificador de errores administrativos, interesarse en la posibilidad de que los Defensores del Pueblo hagan que los gobiernos y las autoridades ejecutivas se comprometan en los temas relacionados con los derechos humanos. Dicho papel no está universalmente reconocido, sin embargo, para los Defensores del Pueblo. Por ejemplo, en la mayoría de los conceptos anglosajones del *Ombudsman* apenas encuentra lugar. A pesar de ello, es un papel que tiene su raíz en el modelo original escandinavo y que cada vez se adopta más en las democracias emergentes de la Europa del Este. Es evidente que en América Latina la defensa de los derechos humanos es una parte esencial del trabajo del *Ombudsman*, como en el caso en México de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de las Comisiones Estatales.

Ciertamente, no es un papel que no entrañe peligro. Los asuntos de derechos humanos harán inevitablemente que los Defensores del Pueblo entren en conflicto con las autoridades por cuestiones más importantes que los errores administrativos o los delitos. Ello no es óbice, sin embargo, para denegar a los Defensores del Pueblo esta competencia y, gracias a las relaciones parlamentarias privilegiadas de las que gozan, tienen mucho que aportar en esta área. Pero hay que tener en cuenta que dicho papel requiere tacto, imparcialidad, integridad y, sobre todo, independencia.

Esta última puede verse minada de dos formas distintas: en primer lugar, internamente por un Defensor del Pueblo con una agenda partidista, y, en segundo lugar, externamente, por citas abiertamente políticas o a causa de una presión política excesiva por parte del partido (lo que abre el debate, en cierto modo, de hasta qué punto sería aceptable). Poder evitar estos peligros depende en gran medida de la defensa de su imparcialidad, por un lado, y de la tolerancia de sus interlocutores, por otro. Además, está claro que dichas actitudes evolucionan habitualmente sólo con el tiempo. No debería ser una sorpresa, por lo tanto, que algunas democracias en transición hayan luchado para conseguir el equilibrio correcto inmediatamente. Cabe decir que existe un papel que el Comisario puede jugar, especialmente en los países de Europa Central y del Este, y es, por así decirlo, mediador del Defensor del Pueblo.

Vale la pena mencionar brevemente otro peligro que está al acecho a la hora de establecer y promover las instituciones de Defensores del Pueblo en las democracias emergentes. Mientras que convencionalmente se supone que los Defensores del Pueblo deben funcionar como mecanismos complementarios no judiciales para la resolución de quejas individuales contra las acciones o sentencias ejecutivas, la situación se complica cuando la maquinaria judicial normal apenas funciona. En esos casos existe el peligro de que la propia eficacia de las instituciones de Defensores del Pueblo las aleje de sus propias funciones. Es decir, existe el peligro de que el Defensor del Pueblo sea visto no como un medio complementario de los mecanismos judiciales convencionales y especialmente de los administrativos, sino como un medio de reemplazarlos. De nuevo, es un tema que el Comisario ha querido enfatizar al promover a las instituciones de Defensores del Pueblo ante las autoridades gubernamentales.

De hecho, no es el único modo en que los Defensores del Pueblo nacionales corren el riesgo de convertirse en víctimas de su propio éxito. La eficacia de los Defensores del Pueblo para resolver disputas ha llevado, en varios países, a la duplicación del modelo de defensor tanto regional como sectorialmente (al tratar, por ejemplo, el tema de igualdad de oportunidades, los derechos del niño o la protección de minorías nacionales). Mientras que no puede haber objeción alguna a la multiplicación regional de los Defensores del Pueblo cuando el Poder Ejecutivo genuino también se ejerce localmente, los Defensores del Pueblo nacionales han expresado a menudo su preocupación al Comisario por la tendencia a crear comisiones, comisionados, o mediadores de temas específicos sectoriales con competencias muy similares a las suyas.

Sensible a dichas preocupaciones, el Comisario ha argumentado frecuentemente que en la medida en que los *Ombudsman* sectoriales tienen pocas probabilidades de poseer individualmente la influencia política que tienen los mediadores parlamentarios de derechos humanos nacionales o regionales (estatales en el caso de México), es poco probable que puedan mejorar la protección de los derechos de las personas afectadas. Ello no quiere decir, sin embargo, que no pueda haber un papel importante para dichas instituciones como órganos educativos o de opinión.

Esta concepción del trabajo de los *Ombudsman* y su discusión en los foros internacionales y ante las autoridades relevantes constituyen claramente un aspecto importante de la promoción, por parte del Comisario, de la institución de Defensores del Pueblo. Son especialmente importantes en lo que concierne al compromiso del Comisario de promover el establecimiento de estos defensores en los países en donde todavía no existen.

De hecho, al Comisario se le ha pedido en varias ocasiones su opinión sobre las leyes preliminares de los Defensores del Pueblo. Por ejemplo, a la luz de los planes recientes para establecer un Defensor del Pueblo en Turquía, el Comisario propuso, durante una visita reciente, que podría organizar un seminario sobre la institución del Defensor del Pueblo para estimular el debate y la reflexión respecto del tema entre los parlamentarios turcos. Este seminario reunirá a una serie de Defensores del Pueblo existentes en países con distintos modelos, otros expertos líderes y representantes parlamentarios y del gobierno. Si se celebra con éxito, dicho planteamiento podría copiarse de forma útil en otros lugares. No obstante, ha habido situaciones en que no ha sido posible impulsar la creación de un *Ombudsman* general y, en este caso, dadas las circunstancias, el Comisario ha impulsado la creación de oficinas de crisis similares al *Ombudsman* (verdaderos *Ombudsman* de guerra), como es el caso de la oficina del Representante Especial del Presidente de la Federación Rusa para los Derechos Humanos en la República de Chechenia.

Por todo ello, las relaciones institucionales entre el Comisario y los Defensores del Pueblo existentes deberían ser, tal y como se sugiere anteriormente, una cuestión de ayuda mutua. Sin embargo, ello presupone que existan lazos estrechos entre ambos. Con este propósito, el Comisario organiza mesas redondas anuales con los Defensores del Pueblo nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Además de mantener lazos estrechos personales y dar la oportunidad de reflejar los acuerdos cooperativos, estas reuniones cumplen dos funciones esenciales. En primer lugar, permiten al Comisario no sólo presentar sus

actividades pasadas, sino también discutir las áreas futuras en las que va a trabajar. Con respecto a esto último, es especialmente importante para el Comisario ser capaz de aprovechar la experiencia y la pericia de los Defensores del Pueblo, quienes, al estar más cercanos y en contacto con los "eventos", se encuentran bien situados para dirigir al Comisario hacia los temas que merece la pena investigar. En segundo lugar, dichas reuniones permiten examinar los problemas compartidos con el fin de reunir la experiencia necesaria para saber cómo afrontarlos. Para dicho objetivo, se invita a los participantes a presentar ponencias sobre temas acordados en reuniones previas. Entre los temas tratados de esta forma se incluyen, por ejemplo, la inmigración ilegal, los solicitantes de asilo, o la discriminación contra las comunidades Roma, gitanos, etcétera.

Además, podría darse el caso de que dichas reuniones den lugar a la expresión de una preocupación particular respecto de la cual el Comisario puede ser de ayuda. Se reconoció, por ejemplo, la falta de conocimiento a la hora de entablar procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como un problema al que se enfrentan numerosos nuevos Defensores del Pueblo del Centro y Este de Europa, en respuesta de lo cual el Comisario fue capaz de organizar una reunión entre Defensores del Pueblo y jueces del Tribunal de Estrasburgo para ayudar a explicar su trabajo.

De igual forma, tras la admisión de falta de contacto entre varios Defensores del Pueblo y los representantes de las comunidades gitanas en sus países, el Comisario pudo organizar una reunión entre los Defensores del Pueblo y las principales ONG nacionales e internacionales de los derechos de los gitanos para buscar una solución a la situación. Aquí está claro que la posibilidad que el Comisario tiene de poner a los Defensores del Pueblo en contacto con las instituciones u organizaciones a las cuales no podrían acceder fácilmente de otra manera, es una forma de que pueda ayudar concretamente a aquéllos en sus funciones.

También existen formas en las que los Defensores del Pueblo pueden, a su vez, servir de particular ayuda al Comisario. La primera concierne a las quejas individuales que recibe pero que no tiene competencia para tratar. Con respecto a dichas quejas, el Comisario ha establecido un sistema mediante el cual podría redirigir a los demandantes hacia los Defensores del Pueblo nacionales si cree que sus alegatos entran en la competencia investigadora de los mismos. Con este fin, se ha establecido una red de agentes de enlace.

Quizá la forma más importante en la que los Defensores del Pueblo pueden ayudar al Comisario es en la preparación de sus visitas oficiales.

Está claro que aquéllos tienen un conocimiento de primera mano de la situación relativa al respeto de los derechos humanos en su país y, por consiguiente, son capaces de llamar la atención del Comisario sobre asuntos que, de otra forma, se podrían pasar por alto (y especialmente con tan poco personal).

Los mediadores parlamentarios tendrán también, sin embargo, intuición sobre la situación política que puede ser de un valor incalculable para el Comisario en sus discusiones con las autoridades nacionales. Podríamos decir, de hecho, que los Defensores del Pueblo pueden actuar como los ojos y los oídos del Comisario que se encuentra alejado, en Estrasburgo. Es por ello que se mantiene un estrecho contacto inmediatamente antes de las visitas oficiales y la reunión con el Defensor del Pueblo es siempre una de las primeras tareas que se llevan a cabo durante las visitas.

Éstas son, más o menos, hasta la fecha, las formas de cooperar entre el Comisario y los Defensores del Pueblo. Sin embargo, no quiero que tengan la impresión de que tales relaciones son perfectas. Está claro que se podría hacer más mediante la promoción de Defensores del Pueblo, pero que por cuestiones presupuestarias el Comisario no ha podido llevar a cabo. Se podría pensar, por ejemplo, en programas de formación para Defensores del Pueblo, especialmente en las nuevas instituciones, ya sea en relación con las prácticas mediadoras establecidas sobre, digamos, cómo llevar un caso y la investigación *ex officio* o, más estrechamente, en relación con las normas del Consejo de Europa. La organización de visitas de formación y programas de intercambio entre las instituciones de Defensores del Pueblo establecidas y las que se están formando sería otro campo que merecería la pena investigar.

Es verdad que varios de dichos programas están actualmente dirigidos por otros sectores del Consejo de Europa pero, según ellos mismos, no se llevan a cabo de forma permanente. Sería inteligente, por lo tanto, unir todas esas competencias en una sola área, proporcionando a los Defensores del Pueblo nacionales un solo punto de referencia bien establecido. Existe un problema de sobrecarga institucional, no sólo dentro del Consejo de Europa sino en todo el espectro de organizaciones internacionales. Los Defensores del Pueblo, en resumen, se han puesto de moda. Sin embargo, ¿es realmente necesario que todo el mundo actúe?

Existe un doble peligro aquí. El primero está relacionado simplemente con la cantidad de tiempo perdido. La segunda preocupación, sin embargo, es que los Defensores del Pueblo, especialmente en las democracias emergentes, pueden terminar siendo los secuaces de las organizaciones internacionales. Esto minaría, como cualquier otra influencia excesiva, su indepen-

dencia. Existe el peligro, por consiguiente, de que los Defensores del Pueblo terminen siendo las queridas por las organizaciones internacionales, pero que sean ridiculizados o se resientan en sus propios países.

Me gustaría sugerir, como idea final, que las funciones del Comisario en general y la experiencia actual del Comisario en particular, le hacen estar en una buena posición para trabajar con las instituciones de Defensores del Pueblo y promoverlas sin ese riesgo.

Convención sobre Municiones en Racimo

Luis Benavides*

SUMARIO: Introducción. I. De Oslo a Oslo. II. Dublín. III. Oslo. IV. Convención sobre Municiones en Racimo.

Introducción

Las municiones en racimo representan un gran problema humanitario ya que han causado la muerte o mutilaciones a decenas de miles de civiles.¹ Sus efectos, tanto económicos como sociales,² aún después de terminados los conflictos, son devastadores para las comunidades en las que se encuentran.³

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

¹ De acuerdo con fuentes no gubernamentales, 98 % de las víctimas de las municiones en racimo son civiles, Handicap International, *Circle of Impact: The Fatal Footprint of Cluster Munitions on People and Communities*, mayo de 2007, p. 176, *passim* en http://en.handicapinternational.be/download/0606_WEB_FINAL_REPORT_HI_BD.pdf

² Sobre un análisis del impacto económico de las municiones en racimo en Líbano después del enfrentamiento con Israel en 2006, véase Landmine Action, *Counting the cost: the economic impact of cluster munition contamination in Lebanon*, mayo de 2008, p. 62, en http://www.clusterconvention.org/downloadablefiles/Counting_the_cost.pdf

³ Por ejemplo, durante la década de los años sesentas y setentas se calcula que en Laos se arrojaron más de 270 millones de bombas en racimo, de las cuales decenas de millones no estallaron. Durante el conflicto de 34 días entre Israel y Líbano durante 2006 se calcula que cerca de un millón de bombas no estallaron, lo que afecta una superficie de aproximadamente 40,6 millones de metros cuadrados distribuidos en diferentes áreas. CICR, *Municiones en racimo. Un nuevo tratado para terminar con décadas de sufrimiento de la población civil*, p. 7, en [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/p0938/\\$File/ICRC_003_0938.PDF?Open](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/p0938/$File/ICRC_003_0938.PDF?Open)

De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) las municiones en racimo

[...] se lanzan desde aeronaves, por artillería o misiles. Dispersan submuniciones explosivas sobre una extensa superficie. Dependiendo del modelo, el número de submuniciones puede variar de varias docenas a más de 600, y la zona alrededor del blanco sobre la cual se liberan puede tener más de 30.000 metros cuadrados. La mayoría de las submuniciones caen sin una dirección precisa y están diseñadas para explotar al impactar en el suelo. Para muchos militares, estas armas son importantes porque permiten atacar múltiples objetivos esparcidos en una superficie de gran magnitud (por ejemplo, tanques, vehículos blindados, personal militar, etcétera).⁴

Si bien las municiones en racimo se han utilizado desde hace poco más de 40 años sus efectos en contra de poblaciones civiles han sido tan graves que han generado un gran rechazo en buena parte de la comunidad internacional, además de que su utilidad militar ha sido cuestionada.⁵

Uno de los primeros en oponerse a ese tipo de armas fue el CICR debido a que su uso viola principios esenciales del derecho humanitario como son los de: a) *limitación* (las partes en conflicto están sujetas a restricciones al ejercer su derecho de elegir los medios y métodos de guerra, como por ejemplo la prohibición del empleo de armas de efectos indiscriminados vg. las municiones en racimo); b) *distinción* (debe hacerse diferencia entre objetivos militares y civiles y entre combatientes y no combatientes); c) *proporcionalidad* (la utilización de medios y métodos de guerra no puede ser excesiva en relación con la ventaja militar prevista), y d) *protección* de la población civil.

I. De Oslo a Oslo

La adopción de la Convención sobre Municiones en Racimo (CMR) en Oslo es el resultado de un largo proceso de negociación llevado a cabo en dife-

⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁵ Véase, por ejemplo, Norwegian Defence Research Establishment (FFI), *Cluster weapons-military utility and alternatives*, Executive Summary of FFI-report 2007/02345, Noruega, 2007, p. 6, en http://www.clusterconvention.org/downloadablefiles/ccm_dullum.pdf

rentes Conferencias en Oslo, Lima, Viena, Wellington y Dublín,⁶ así como en diversas reuniones regionales, y contó con el apoyo de un gran número de Estados, organizaciones internacionales y organizaciones de la sociedad civil.

El llamado “proceso de Oslo” inició con una conferencia internacional en 2007 en Oslo con la intención de crear un instrumento jurídicamente vinculante que prohibiera las municiones en racimo.

El proceso de Oslo fue acompañado por un grupo de Estados llamado el “Core Group” que promovieron y trabajaron activamente en la creación de la CMR. Dicho grupo estaba conformado por Austria, la Santa Sede, Irlanda, México, Nueva Zelanda, Noruega y Perú.

Es importante destacar aquí la participación de México en la realización de la CMR. México posee una larga tradición en materia de desarme internacional.⁷ La “joya de la corona” sigue siendo, sin lugar a duda, el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco). México es uno de los principales promotores regionales e internacionales del desarme internacional. De igual forma ha sido muy activo en asuntos humanitarios.

II. Dublín

En mayo de 2008 se llevó a cabo una conferencia diplomática en Dublín, Irlanda, en la que participaron 132 Estados, y en la cual 107 países adoptaron la CMR. La CMR tiene características particulares ya que no es solamente un tratado que aborde una cuestión relativa al desarme, ya que prohíbe el empleo, el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la transferencia y destrucción de este tipo de armas, sino que también establece un marco de protección que tiene su base jurídica en el DIH y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que contiene disposiciones rela-

⁶ Algunas acciones internacionales relativas a la prohibición de municiones en racimo se inician en 2003; véase, por ejemplo, *The Inter Agency Standing Committee calls for a freeze on the use of cluster munitions at a meeting of the CCW State Parties, 2003*, Ginebra.

⁷ México es de los países fundadores del Comité de Desarme de Dieciocho Naciones de Naciones Unidas creado en 1961 y que posteriormente se transformó en la Conferencia de Desarme en 1982. La efectividad de dicha conferencia ha sido muy cuestionada en los últimos años. Por otra parte, es importante destacar al ex canciller Alfonso García Robles, quien obtuvo el Premio Nobel de Paz en 1982 por su labor diplomática en el desarme nuclear de América Latina.

tivas a la asistencia a las víctimas, sus familiares y sus comunidades. La CMR forma parte del grupo de tratados que tienen por objetivo primordial la protección de víctimas inocentes no sólo durante el conflicto sino principalmente en situaciones de posconflicto, como lo son el Protocolo de 2003 sobre los Restos Explosivos de Guerra y la Convención de 1997 sobre la Prohibición de las Minas Antipersonal. El tratado también establece todo un marco de cooperación internacional para que los Estados se presten ayuda entre sí.

III. Oslo

Noruega ha sido uno de los principales países promotores de instrumentos internacionales en materia de DIH. Fue uno de los países que más apoyó la creación de la Convención sobre la Prohibición de las Minas Antipersonal. De igual forma Noruega fue uno de los principales promotores de la adopción de la CMR; es por ello que se decidió hacer una ceremonia especial para abrir a firma dicha Convención el 3 de diciembre de 2008. Durante la ceremonia 94 Estados firmaron la Convención y, al 10 de diciembre de 2008, cuatro países ya la habían ratificado.⁸ Desafortunadamente los mayores productores de bombas en racimo que son China, Estados Unidos y Rusia rechazaron firmar la Convención.

IV. Convención sobre Municiones en Racimo

El preámbulo de la CMR es bastante largo, sin embargo contiene aspectos importantes, por ejemplo: a) formulación de la llamada cláusula Martens al indicar que "en los casos no previstos en la presente Convención o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del Derecho Internacional derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública", y b) establece la obligación de impedir a grupos armados que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas de un Estado que participen en cualquiera de las actividades prohibidas por la Convención.

⁸ Los países que hasta el momento ha ratificado son: la Santa Sede, Irlanda, Noruega y Sierra Leona, cf. CICR, State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 10-Dec-2008, en [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)

De conformidad con el artículo 2.2 de la CMR se define a la municiones en racimo como:

[...] una munición convencional que ha sido diseñada para dispersar o liberar submuniciones explosivas, cada una de ellas de un peso inferior a 20 kilogramos, y que incluye estas submuniciones explosivas. La definición no incluye:

- a. Una munición o submunición diseñada para emitir bengalas, humo, efectos de pirotecnia o contramedidas de radar ("chaff"); o una munición diseñada exclusivamente con una función de defensa aérea;
- b. Una munición o submunición diseñada para producir efectos eléctricos o electrónicos;
- c. Una munición que, a fin de evitar efectos indiscriminados en una zona, así como los riesgos que entrañan las submuniciones sin estallar, reúne todas las características siguientes:
 - i. Cada munición contiene menos de diez submuniciones explosivas;
 - ii. Cada submunición explosiva pesa más de cuatro kilogramos;
 - iii. Cada submunición explosiva está diseñada para detectar y atacar un objeto que constituya un blanco único;
 - iv. Cada submunición explosiva está equipada con un mecanismo de autodestrucción electrónico;
 - v. Cada submunición explosiva está equipada con un dispositivo de autodesactivación electrónico;

La primera crítica que se le puede hacer a la CMR es que su definición sobre dicho tipo de armamento contiene más excepciones que restricciones. Así, no se consideran municiones en racimo las armas que contienen menos de 10 submuniciones explosivas, si cada submunición pesa más de cuatro kilogramos, cada una puede detectar y atacar un objeto que constituya un blanco único, y está equipada con un mecanismo electrónico de autodestrucción y un dispositivo electrónico de autodesactivación. Por lo que dicho armamento queda fuera del ámbito de la CMR y puede seguir usándose. El uso de dichas armas no puede ser, sin embargo, indiscriminado, ya que está sujeto a las reglas del DIH.

El artículo 1 establece las obligaciones generales y ámbito de aplicación de la CMR:

1. Cada Estado parte se compromete a nunca, y bajo ninguna circunstancia:
 - a. Emplear municiones en racimo;

b. Desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir a nadie, directa o indirectamente, municiones en racimo;

c. Ayudar, alentar o inducir a nadie a participar en una actividad prohibida a un Estado parte según lo establecido en la presente Convención.

2. El apartado primero de este artículo se aplica, *mutatis mutandis*, a bombetas explosivas que están específicamente diseñadas para ser dispersadas o liberadas de dispositivos emisores fijados a aeronaves.

3. La presente Convención no se aplica a las minas.

Además de establecer una prohibición absoluta, en diferentes modalidades, a las municiones en racimo el artículo 1.1.c establece la prohibición de “asistir”, incluso indirectamente, a un Estado parte en una de las actividades proscritas por la propia CMR. Dicha prohibición le otorga mayor eficacia al tratado, lo que algunos llaman la “interoperabilidad del tratado”.

Este artículo es importante leerlo a la luz del artículo 21.3 y .4, el cual establece:

[...]

3. Sin detrimento de lo previsto en el artículo 1 de la presente Convención y de conformidad con el Derecho Internacional, los Estados parte, su personal militar o sus nacionales podrán cooperar militarmente y participar en operaciones con Estados no parte de la presente Convención que pudieran desarrollar actividades que estén prohibidas a un Estado parte.

4. Nada de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo autorizará a un Estado parte a:

a. Desarrollar, producir o adquirir de un modo u otro, municiones en racimo;

b. Almacenar él mismo o transferir municiones en racimo;

c. Utilizar él mismo municiones en racimo; o

d. Solicitar expresamente el uso de municiones en racimo en casos en los que la elección de las municiones utilizadas se encuentre bajo su control exclusivo.

Esta disposición puede prestarse a confusión por que bien pareciera que pudiera dar origen a un incumplimiento del tratado por parte de un Estado parte y pareciera también que pudiera generar, en determinadas circunstancias, la responsabilidad internacional del Estado parte debido a la actuación de sus agentes en operaciones prohibidas por la CMR.

Un aspecto importante de la CMR es que establece plazos para la destrucción de sus arsenales (ocho años) y para la limpieza de sus territorios de

las municiones sin estallar (10 años). Si bien ambos plazos pueden prorrogarse, dichas prórrogas deben ser aprobadas por la mayoría de votos de los Estados parte presentes en la Reunión de Estados Parte o la Conferencia de Examen.⁹

Quizá el aspecto más noble y novedoso de la CMR es lo relativo a las víctimas. Al respecto el artículo 5 establece que:

1. Cada Estado parte, con respecto a las víctimas de las municiones en racimo en áreas bajo su jurisdicción o control, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario y el de Derecho Internacional de Derechos Humanos aplicables, proporcionará adecuadamente asistencia que responda a la edad y género, incluida atención médica, rehabilitación, y apoyo psicológico, además de proveer los medios para lograr su inclusión social y económica. Cada Estado parte hará todo lo posible por recopilar datos pertinentes y fiables relativos a las víctimas de municiones en racimo.

2. En cumplimiento de sus obligaciones conforme al apartado 1 de este artículo, cada Estado parte deberá:

- a. Evaluar las necesidades de las víctimas de municiones en racimo;
- b. Desarrollar, implementar y hacer cumplir todas las leyes y políticas nacionales necesarias;
- c. Desarrollar un plan nacional y un presupuesto, incluidas estimaciones del tiempo necesario para llevar a cabo estas actividades, con vistas a incorporar los en los marcos y mecanismos nacionales existentes de discapacidad, desarrollo y derechos humanos, siempre respetando el papel y contribución específicos de los actores pertinentes;
- d. Adoptar medidas para movilizar recursos nacionales e internacionales;
- e. No discriminar a las víctimas de municiones en racimo, ni establecer diferencias entre ellas, ni discriminar entre víctimas de municiones en racimo y aquellos que han sufrido lesiones o discapacidades por otras causas; las diferencias en el trato deberán basarse únicamente en las necesidades médicas, de rehabilitación, psicológicas o socioeconómicas;
- f. Consultar estrechamente e involucrar activamente a las víctimas de municiones en racimo y a las organizaciones que las representan;
- g. Designar un punto de contacto dentro del Gobierno para coordinar los asuntos relativos a la implementación de este artículo;

⁹ Cf. artículos 3 y 4, respectivamente.

h. Esforzarse por incorporar directrices pertinentes y mejores prácticas en las áreas de atención médica, rehabilitación y apoyo psicológico, así como inclusión social y económica, entre otras.

Destaca, como ya se indicó, la conjunción entre DIDH y DIH y la noción amplia de víctima que incluye no sólo a las víctimas directas sino a sus familiares y comunidades.¹⁰ De igual forma destaca la noción de tomar en cuenta aspectos de género, edad, inclusión social y económica para dar una mejor asistencia a las víctimas.

Asimismo, es importante notar las disposiciones relativas a la cooperación y asistencia internacional¹¹ y a las medidas de transparencia, pensadas estas últimas en la necesidad de crear confianza entre los Estados parte y poder así hacer evaluaciones con base en cifras fidedignas a fin de que la cooperación internacional sea más efectiva.¹²

La CMR establece la obligación a los Estados a penalizar cualquier actividad prohibida en la Convención.¹³

La CMR crea un sistema de solución de controversias en el que los Estados están obligados a llevar a cabo consultas o cualquier otro medio pacífico de solución de controversias, incluida la posibilidad de acudir a la Reunión de Estados Parte y eventualmente a la Corte Internacional de Justicia.¹⁴

La CMR establece un mecanismo de seguimiento y vigilancia del tratado. Dicho mecanismo está conformado por las Reuniones de los Estados Parte (REP), en donde se tomarán decisiones relativas a la aplicación e implementación de la Convención.¹⁵ La REP se convocará anualmente a partir de la entrada en vigor del tratado y hasta la primera Conferencia de Examen (CE), la cual será convocada a los cinco años de la entrada en vigor del tratado y podrá ser convocada a solicitud de uno o más Estados siempre

¹⁰ De conformidad con el artículo 2.1: “Por víctimas de municiones en racimo se entiende todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos debido al empleo de municiones en racimo. La definición incluye a aquellas personas directamente afectadas por las municiones en racimo, así como a los familiares y comunidades perjudicados”.

¹¹ Cf. artículo 6.

¹² Cf. artículos 7 y 8.

¹³ Cf. artículo 9.

¹⁴ Cf. artículo 10.

¹⁵ Cf. artículo 11.

y cuando el intervalo entre dichas conferencias no sea menor de cinco años. La principal función de la CE es evaluar el funcionamiento y aplicación de la convención.¹⁶

La CMR no permite reservas y en caso de denuncia ésta no opera si el Estado parte denunciante está involucrado en un conflicto armado, por lo que la denuncia sólo será efectiva hasta que dicho conflicto cese.

El tratado debe ser ratificado por 30 países para que entre en vigor.

La Convención sobre Municiones en Racimo representa un gran avance en materia de desarme y de progresividad del Derecho Internacional Humanitario. Si bien mantiene algunas "rendijas" como son el hecho de poder utilizar bombas en racimo pero de características diferentes a las que se encuentran establecidas en la Convención y la posibilidad de que los Estados parte participen en operaciones militares con Estados no parte que utilicen municiones en racimo; la gran participación de Estados durante la adopción y firma de la Convención auguran la proscripción internacional de tan terrible armamento.

Finalmente, esperamos que México pronto ratifique la CMR y que continúe promoviendo el desarme internacional, así como el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

¹⁶ Cf. artículo 12.

Ley para Prevenir y Erradicar la Trata de Personas, el Abuso Sexual y la Explotación Sexual Comercial Infantil para el Distrito Federal

Luisa Fernanda Tello Moreno*

SUMARIO: Introducción. I. Objeto. II. Tipificación. III. Ejes rectores. IV. Obligaciones de la Administración Pública. V. La Comisión Interinstitucional. VI. Derechos y atención a las víctimas. VII. Otros aspectos. VIII. Conclusión.

Introducción

Antes de abordar las características de esta Ley recientemente publicada es necesario mencionar que dadas las dimensiones y ganancias que arroja el fenómeno de la trata de personas como actividad criminal internacional, a partir de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹ y sus protocolos adicionales referidos a la trata de personas, al tráfico de migrantes y al tráfico de armas, los Estados que no lo habían hecho con anterioridad tipificaron el delito de trata de personas, de manera que fuera posible enfrentarlo a nivel interno y de manera conjunta en el plano internacional.

La trata de personas ha sido considerada como la esclavitud contemporánea y se pueden catalogar como modalidades de la misma diversas actividades ilícitas como la explotación laboral, la participación de niños en conflictos armados, la venta de niños y mujeres, la servidumbre, la extracción de órganos y diversas formas de explotación sexual como la prostitución

* 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.

forzada, entre otras. Todas esas prácticas poseen características comunes con la esclavitud y, en ocasiones, aún más graves.

Una de las características que vuelve a este delito más riesgoso y obstaculiza su persecución es que en ocasiones las personas son trasladadas ilícitamente a otros Estados, lo que les hace más difícil poder librarse del yugo de sus captores, más cuando son despojadas de sus documentos de identificación y no cuentan con permisos para radicar en los países en los que se encuentran.

En virtud de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente, Mujeres y Niños, se expidió la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas² en el ámbito federal³ y, a casi un año de ello, fue publicada la Ley para Prevenir y Erradicar la Trata de Personas, el Abuso Sexual y la Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) para el Distrito Federal.⁴ El texto legislativo en comento posee características que lo diferencian del texto emitido a nivel federal que no se derivan solamente de su ámbito de aplicación.

La presente Ley, como su nombre lo indica, no se limita a prevenir el delito de trata de personas, sino que incluye otras conductas relacionadas, el abuso sexual y la ESCI. Dado que la trata de personas y el abuso sexual se encuentran tipificados en el Código Penal para el Distrito Federal (CPDF), llama la atención que se incluya a la ESCI como parte de la Ley, pues dicha explotación no constituye propiamente un delito en términos del Código señalado.

El artículo 6o., fracción VIII, de la Ley comentada, establece que para sus efectos se entenderá como ESCI la utilización de menores de edad para actos sexuales, con contacto físico o no, para la satisfacción de una persona o grupo de personas, a cambio de una contraprestación; la fracción XI comprende como modalidades de la ESCI la utilización de menores en la prostitución, el lenocinio, la pornografía, el turismo sexual y la trata de menores con fines de explotación sexual, conductas que sí se encuentran tipificadas como delitos en el CPDF.

² Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 27 de noviembre de 2007.

³ Si bien no se trata de una Ley que sea aplicada en todo el territorio federal en virtud de su artículo 3o., que establece un ámbito de aplicación un tanto limitado, al haber sido emitida por el Poder Ejecutivo de la Federación nos referiremos a ella como Ley Federal.

⁴ Publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal del 24 de octubre de 2008.

I. Objeto

En el artículo 1o., fracciones I, II y III, de la Ley, se establece como objeto de la misma prevenir la trata de personas, el abuso sexual y la ESCI, así como el de apoyar, proteger, atender y asistir a las víctimas de estos delitos. Las fracciones siguientes establecen como parte de sus objetivos el fomento del estudio, la investigación y el diagnóstico de los delitos; la protección médica, psicológica y jurídica gratuita y especializada a las víctimas; el fomento de la participación ciudadana en las políticas públicas de la materia, y la definición de las responsabilidades de los órganos de la administración pública local relacionados con la prevención de dichas conductas delictuosas.

La trata de personas y la ESCI en sus distintas modalidades, como lo establece la fracción XI del artículo 6o. de la Ley, son delitos que comprenden conductas de tipo sexual con ganancias económicas, por lo que no se entiende la inclusión del delito de abuso sexual como parte de la legislación, pues éste no es un delito que por definición implique la generación de recursos económicos. De la redacción del texto parece desprenderse que el abuso sexual previsto en la Ley se refiere al abuso sexual infantil, pero ni su título ni su texto son explícitos al respecto.

En ese sentido, no queda clara la naturaleza de los delitos que la Ley pretende proteger. En principio, sería lógico pensar que se trata de delitos que tienden a generar ganancias económicas a costa del libre desarrollo psicosexual de las personas, pero al incluirse el abuso sexual dentro de los mismos, la hipótesis pierde fuerza y pareciera enfocarse a delitos que en lo general atacan contra el libre desarrollo psicosexual, por lo que en ese sentido tendrían que haberse incluido explícitamente delitos como el estupro, el hostigamiento sexual, la violación y la corrupción de menores. No se precisa si la Ley se refiere al abuso sexual comprendido en el artículo 176, del CPDFD, al cometido en contra de menores de edad o si incluye otras conductas ilícitas. Desde esta perspectiva el objeto de la Ley es extremadamente confuso.

II. Tipificación

Mientras la Ley Federal de la materia incluye en su texto la tipificación del delito de trata de personas, la Local se remite a las tipificaciones comprendidas dentro de los Títulos Quinto y Sexto del Libro Segundo del CPDF. La materia específica de la Ley se enfoca a la estructuración de las políticas

públicas de prevención de los delitos, así como a la protección y asistencia a las víctimas de los mismos.

El problema de contar con tipos penales distintos, hablando del delito de trata de personas, es que la heterogeneidad entre los tipos dificulta su persecución y sanción a nivel nacional.

El artículo 188 del CPDF contiene la descripción del delito de trata de personas:

Al que promueva, facilite consiga, traslade, entregue o reciba para sí o para un tercero, a una persona para someterla a cualquier forma de explotación sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva, o para que les sea extirpado cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro del territorio del Distrito Federal, se le impondrá prisión de diez a quince años y de diez mil a quince mil días multa.

La diferencia entre este tipo penal y el contemplado en la Legislación Federal es que en aquélla se especifica que la conducta debe ser realizada por medio de la violencia física o moral, engaño o abuso de poder, elementos que contrastan con la simple coerción a que alude la Ley Local, aunque en ambos casos se trata de elementos difíciles de probar.

Por otra parte, mientras que las penas en el ámbito federal van de seis a 12 años de prisión o de nueve a 18, cuando el delito es cometido contra menores de 18 años de edad o de personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho o resistirlo, las penas establecidas en el Distrito Federal, son de 10 a 15 años de prisión y se aumentan hasta en una mitad si el delito es cometido contra menores de 18 años, personas que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho o resistirlo, lo que en nuestra opinión resulta más adecuado, tratándose de un delito grave⁵ y tan terrible como la trata de personas. Tanto el CPDF como la Ley Federal de la materia contemplan el aumento de las penas hasta en una mitad, dependiendo de la persona que los cometa.⁶

⁵ La fracción XVI, del artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que los delitos contemplados en los artículos 5o. y 6o. de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas son calificados como delitos graves para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad.

⁶ Véanse el artículo 191 del Código Penal para el Distrito Federal y la fracción III del artículo 6o. de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

III. Ejes rectores

En el artículo 4o. se establecen los principios rectores del texto legislativo, a saber: el respeto a la dignidad humana, la libertad y la autonomía; la equidad, la justicia y la lucha contra la pobreza; el acceso a la justicia pronta y expedita; la protección, seguridad y apoyo a las víctimas; la perspectiva de género; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y la corresponsabilidad “que asegura la participación y responsabilidad de la familia, órganos locales de gobierno, y sociedad en general en la atención de las víctimas o posibles víctimas de las conductas materia de la Ley”.

Ante lo anterior consideramos que si bien los primeros cinco principios se relacionan directamente con la aplicación de la Ley, sobre todo en el trato que se debe otorgar a las víctimas, el último de los ejes rectores, relativo a la corresponsabilidad, no puede ser aplicado como principio, debido a que la atención de las víctimas no es un aspecto del que la sociedad normalmente participe y generalmente no se encuentra capacitada para hacerlo.

Si bien se entiende la necesidad gubernamental de que la sociedad civil colabore en la prevención y erradicación de los delitos, consideramos que asumir una corresponsabilidad como la establecida en materia de atención a las víctimas equivale a incorporar un punto débil al cuerpo de principios, y si lo que se pretende es que las organizaciones civiles participen en ese sentido, debe aclararse.

IV. Obligaciones de la Administración Pública

Uno de los mayores aciertos de esta Ley es la asignación de responsabilidades específicas a los distintos órganos de la Administración Pública del Distrito Federal; la Ley Federal, por ejemplo, plantea la creación de una Comisión Intersecretarial, encargada de poner en marcha el programa nacional de la materia, en la que participarán los titulares de diversas Secretarías e instancias gubernamentales, sin embargo, las tareas que se les encargan forman parte de la labor específica de la Comisión, por lo que no se observa una colaboración intergubernamental paralela ni la implementación de un programa general.

La Ley local, aunque en ocasiones es ambigua al señalar funciones a cargo de las dependencias, acierta al determinar responsabilidades específicas para ellas desde sus áreas de competencia, de manera que exista un

programa de acción generalizado en la localidad, y las problemáticas que estos delitos generan sean atacadas desde distintos frentes, logrando así una política general y una mayor concientización de la sociedad.

La Ley incluye funciones específicas por parte del Jefe de Gobierno, de la Procuraduría General de Justicia, de las Secretarías de Gobierno, Seguridad Pública, Turismo, Trabajo y Fomento al Empleo, Salud, Educación, del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia local, del Tribunal Superior de Justicia y de las Delegaciones Políticas de la ciudad.

Entre las acciones específicas a realizar por parte de las dependencias locales sobresalen la del jefe de Gobierno de incluir anualmente en el Decreto de Presupuesto de Egresos los recursos necesarios para ejecutar y cumplir los objetivos del programa de la materia. También las de la Procuraduría General de Justicia, en cuanto a la implementación de una línea telefónica para auxiliar a las víctimas de los delitos previstos en la Ley y recibir información sobre su comisión, así como la de iniciar averiguaciones previas en los casos en que menores de edad denuncien alguno de esos delitos; responsabilidades novedosas que formaron parte de las recomendaciones realizadas al Estado mexicano por parte del relator especial de las Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,⁷ para el caso de tráfico de menores o desaparecidos.

A la Secretaría de Educación le corresponde crear protocolos en los centros educativos para inhibir y prevenir el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes; capacitar a su personal en la detección de posibles víctimas y establecer medidas de seguridad en las escuelas. Entre las tareas encomendadas a la Secretaría de Salud se encuentra la de elaborar modelos de psicoterapia especializados para la atención de las víctimas, y al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia local le corresponde la investigación estadística respecto de la ESCI, así como la atención de niños extranjeros, víctimas del delito. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF), por su parte, debe realizar estadísticas sobre la incidencia de los delitos materia de la Ley y diseñar cursos de especialización y capacitación para su personal, entre otras funciones.

De lo anterior se desprende una clara cooperación y coordinación entre las autoridades locales para enfrentar los delitos previstos en la Ley desde sus

⁷ Véase el Informe del señor Juan Miguel Petit, relator especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, *Visita a México*. Doc A/HRC/7/8/ADD.2, 24 de enero de 2008, párrafo 80, inciso d).

áreas de competencia respectivas, de manera que la previsión y el combate a los mismos, como la protección y atención a las víctimas, sean generalizados a todos los órganos de la administración corresponsables al respecto.

V. La Comisión Interinstitucional

Al igual que en el ámbito federal, en el que la ley ordena la creación de una Comisión Intersecretarial para elaborar y poner en marcha el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, el artículo 19 establece la creación de una Comisión Interinstitucional encargada de coordinar las acciones entre los órganos del gobierno para prevenir y erradicar los delitos de que trata la Ley y garantizar la asistencia a las víctimas.

La Comisión estará integrada por el jefe de Gobierno; el presidente del TSJDF; por la Procuraduría de Justicia;⁸ por los titulares de las Secretarías de Gobierno, Desarrollo Social, Seguridad Pública, Trabajo y Fomento al Empleo, Salud, Educación, Turismo; por los Institutos de las Mujeres y de la Juventud y del DIF local; por tres representantes de organizaciones de la sociedad civil relacionadas con el tema, y por tres expertos académicos.

Entre las múltiples funciones de la Comisión se encuentran las de elaborar y coordinar el Programa de la materia; evaluar el cumplimiento de sus objetivos; promover convenios con los demás niveles de gobierno; desarrollar campañas de prevención, protección y atención, y fomentar la cooperación de Organizaciones No Gubernamentales y demás sectores de la sociedad.

Las funciones de la Comisión especializada en la materia se verán enriquecidas y facilitadas con las responsabilidades impuestas a los distintos órganos de la Administración Pública local, lo que dará como resultado una política más fuerte, pues no se trata de un órgano con labores ajenas a los de la administración, sino con tareas hasta cierto punto compartidas.

VI. Derechos y atención a las víctimas

El artículo 5o. establece los derechos de las víctimas de los delitos, entre los que se encuentran el derecho a la protección y respeto en su desarrollo psi-

⁸ Consideramos que por un error de redacción en el texto de la Ley se estableció “la Procuraduría General de Justicia”, en vez del titular de la misma.

cosexual, a ser tratados con respeto a su integridad y al ejercicio pleno de sus derechos. Contempla también los derechos de recibir información completa y veraz respecto de los delitos previstos en la ley; contar con asesoría jurídica gratuita y expedita; recibir información en su idioma o lengua materna sobre sus derechos y sobre el progreso de los trámites jurídicos y administrativos de su caso, y a la protección de su identidad y la de su familia.

En el artículo 27 se contemplan diversas medidas de atención a las víctimas por parte de la Comisión, entre las que se incluye proporcionarles orientación jurídica, judicial y migratoria, así como asistencia social, educativa y laboral; garantizarles asistencia material, médica y psicológica; restituir a los niños y niñas a la entidad federativa en que residen, salvo en los casos en que quienes estén a cargo de su guarda o custodia hubieren estado involucrados en el delito o exista grave riesgo de exponerlos a peligros físicos o psicológicos; construir albergues para alojar a las víctimas por el tiempo que sea necesario, atendiendo sus necesidades básicas y específicas; garantizar que su estancia en ellas sea voluntaria y en libertad, así como proporcionarles seguridad y salvaguardar tanto su integridad como la de sus familiares.

También se establecen funciones específicas para agentes del Ministerio Público y jueces en este sentido, por lo que, entre otras cosas, deberán acordar medidas para prohibir a los ofensores contactarse con las víctimas; reservar la identidad de los peritos que intervengan en dictámenes del caso, hasta su ratificación; verificar la identidad de tutores y familiares; brindar asistencia residencial y custodia alternativa si es necesario, y confidencial cuando haya riesgo de participación de sus familiares en el delito o corran riesgo de sufrir represalias; otorgarles guarda policial en caso de existir riesgo fundado de recibir amenazas por la defensa o sus agresores, y garantizar que los careos se lleven a cabo en sitios separados con medios electrónicos adecuados.

El tema de la protección a las víctimas de delitos como la trata de personas ha dado mucho de que hablar en el ámbito internacional debido a que, en el empeño por procesar a los responsables del delito, se tiende a descuidarlas, a procesarlas por considerarlas cómplices o a detenerlas por no contar con documentación migratoria,⁹ por lo que no es ociosa la inclu-

⁹ Véase Dina Francesca Haynes, "Used, abused, arrested and deported: Extending immigration benefits to protect the victims of trafficking and to secure the prosecution of traffickers", en *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 2, Baltimore, mayo de 2004, pp. 221-272.

sión de las anteriores prerrogativas a su favor y, sobre todo, es necesario contar con personal capacitado para tratar con ellas, y que sea sensible a su problemática.

Además, en aras de contribuir a la persecución del delito y de llegar a procesar a los responsables de cometerlos es indispensable otorgar a las víctimas la confianza, comodidad, seguridad y tranquilidad necesarias que les facilite declarar contra sus agresores. De esta manera la protección a las víctimas cumple una doble función, en pro de su bienestar y de la persecución del delito.

VII. Otros aspectos

El artículo 31 contempla la celebración de convenios con las autoridades federales, a fin de facilitar el traslado o repatriación de las víctimas del delito de trata de personas que carezcan de la debida documentación; asimismo, se contempla la participación activa de organizaciones civiles y sociales e instituciones académicas y empresariales en la planeación, programación e implementación del Programa y las acciones que de él se deriven.

Inevitablemente, toda legislación local que tenga como tema central este tipo de delitos, debe incluir la celebración de convenios con el gobierno federal, no sólo para coordinar las acciones del Estado para afrontar los delitos, sino para atender las situaciones migratorias de las víctimas, de las cuales debe ocuparse necesariamente, por cuestiones de competencia, el Gobierno Federal.

El artículo 35 establece deberes-derechos de los habitantes del Distrito Federal en la prevención y erradicación de los delitos materia de la Ley, entre los que se contemplan participar en las campañas de prevención, difusión, sensibilización y defensa; colaborar en las acciones tendientes a detectar víctimas, autores materiales de los delitos y sitios en los que se realicen; denunciar los hechos violatorios de las disposiciones de la Ley; dar parte al Ministerio Público de indicios sobre las víctimas, y hasta el solicitar a los órganos jurisdiccionales competentes que dicten las medidas provisionales con el fin de proteger a las víctimas.

Consideramos que los derechos-deberes señalados no debieron ser incluidos en la Ley, pues si bien es una obligación ciudadana denunciar los posibles delitos que se atestigüen, es ocioso que cada Ley establezca la conducta esperada por parte de los ciudadanos y que se implique a las personas en funciones eminentemente estatales como la prevención y erra-

dicación de los delitos o solicitar a los órganos jurisdiccionales que dicten medidas provisionales de protección a las víctimas.

Aparte de que el artículo en cuestión alude a habitantes y no a ciudadanos, lo que, independientemente de contemplar extranjeros, podría incluir a menores, dentro de estos deberes-derechos se encuentra una disposición bastante delicada: el *colaborar en las acciones tendientes a detectar personas con tendencias piscosexuales que atenten contra el libre desarrollo psicosexual de las personas*, aspecto peligroso que puede generar serias intromisiones en la vida privada de las personas e incitar al linchamiento y la discriminación de individuos inocentes, por lo que consideramos que la disposición debería ser reformada y aclarada, o de plano, derogada.

Por último, cabe mencionar que los artículos transitorios de la Ley establecen que a partir de su publicación se contará con un plazo de 90 días naturales para la entrada en vigor del reglamento de la misma; un plazo de 30 días hábiles a partir de la entrada en vigor de la Ley para la instalación de la Comisión Interinstitucional, y otro de 70 días a partir de esa misma fecha, para la implementación de la línea telefónica de ayuda y de la página de internet. La Comisión señalada contará con un plazo de 60 días y otro de 50 para expedir su reglamento interno y elaborar el Programa para Prevenir la Trata de Personas, el Abuso Sexual y la ESCI, respectivamente.

Son muchas las expectativas respecto de la creación de los instrumentos necesarios para poder aplicar plenamente la presente Ley, lo cual no deja de causar preocupación ante la reciente tendencia de los legisladores de establecer plazos en los artículos transitorios de las leyes para cumplir funciones al respecto; lo anterior ha llevado a los gobernantes a ser los primeros en desacatar las disposiciones de las legislaciones recién emitidas. Como ejemplo, recordamos el caso de la Ley de la materia en el ámbito federal, cuyos transitorios establecen la expedición de su reglamento dentro del plazo de 120 días hábiles a partir de la publicación de la Ley en el *Diario Oficial* de la Federación, de lo que han pasado alrededor de 240 días hábiles sin que el reglamento se haya expedido.

VIII. Conclusión

La trata de personas es un fenómeno internacional que no sólo genera altísimas ganancias ilícitas a costa de las personas, sino que ha destruido la vida de miles de personas —especialmente mujeres, niños y niñas— en diversas partes del mundo, de ahí que toda disposición normativa encami-

nada a prevenir y evitar este delito, así como a proteger a las víctimas, no puede ser más que bienvenida. No obstante, de la calidad del texto legislativo en específico dependerá en gran parte la eficacia del trabajo del Estado en esta tarea, por lo que se hace necesario señalar tanto los puntos fuertes como los aspectos débiles de las leyes con las que se pretende combatir dichas conductas.

La presente Ley es confusa al definir su objeto, pues no es claro si se centra en las conductas ilícitas de trata de personas, abuso sexual y explotación sexual comercial infantil o de trata de personas, abuso sexual infantil y explotación sexual comercial también infantil. Es necesario que dicho aspecto se precise y se defina el tipo de abuso sexual considerado como parte de la Ley, pues de lo contrario, sin un objeto bien definido, ni la Ley ni el programa establecido para hacer frente a estas problemáticas tendrán los resultados esperados.

Los aspectos señalados con anterioridad, el eje rector basado en la corresponsabilidad social para la atención a las víctimas, así como los derechos-deberes contemplados en el artículo 35, representan las características más débiles del texto legal; en nuestra opinión deben ser aclaradas y/o corregidas. Además, el abuso en el establecimiento de plazos para echar a andar todo el programa creado puede resultar contraproducente, pues como suele ocurrir los plazos pueden incumplirse, lo que llegaría a retardar y entorpecer la operación de las políticas en la materia.

Por otra parte, el aspecto más relevante y —a nuestro juicio— el mayor acierto del texto son las responsabilidades otorgadas a los distintos órganos de la administración pública local para responder a la problemática generada por este tipo de delitos, pues otorga la posibilidad de contar con una política pública de prevención generalizada e independiente de las labores específicas de la Comisión Interinstitucional creada para elaborar, coordinar e implementar el Programa para prevenir la Trata de Personas, el Abuso Sexual y la Explotación Sexual Comercial Infantil en el Distrito Federal.

Otro aspecto relevante es la inclusión de las recomendaciones emitidas por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, respecto de la implementación de la línea telefónica especial para auxiliar a las víctimas de los delitos y recibir información respecto de su comisión, de la página de internet con información de las organizaciones sociales relacionadas con la prevención de estas conductas ilícitas y el apoyo a las víctimas, así como el inicio de averiguaciones previas cuando las denuncias sean realizadas por niños, niñas y adolescentes.

Las acciones contempladas en la Ley conforman una política general para combatir los delitos materia de la misma desde prácticamente todos los sectores de la Administración Pública local, lo cual representa un referente muy importante en la política pública al respecto, sin embargo, resulta necesario tomar en cuenta que las campañas de información y alerta a la población, así como la detección de las víctimas, no lo son todo; las personas caen como víctimas de este tipo de delitos por múltiples factores, pero el más importante de ellos no es tanto la falta de información sino la situación personal de vulnerabilidad ya sea emocional, económica, educativa o social, entre otras.

Por ello es indispensable fortalecer aspectos como la educación, el combate a la pobreza y a la violencia intrafamiliar, y la creación de empleos, factores que tiendan a mejorar el desarrollo, la seguridad y el bienestar general de las personas; todo ello, sin descuidar las tareas de procuración de justicia en la persecución e investigación de los delitos.

Castañeda vs. México; decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Luis Benavides**

SUMARIO: Antecedentes. I. Orden jurídico mexicano. II. Trámite ante la Comisión Interamericana. III. Sentencia de la Corte Interamericana. A. Excepciones preliminares. B. Fondo. 1. Protección judicial. 2. Accesibilidad del recurso. 3. Efectividad del recurso. 4. Derechos políticos. C. Reparaciones y costas. IV. Conclusiones.

Antecedentes

El caso *Castañeda* representa la primera vez que el Estado mexicano es encontrado culpable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte o CoIDH) de violaciones a derechos humanos.¹

El *quid* del asunto es el reclamo del señor Jorge Castañeda Gutman a una supuesta violación a su derecho político de ser elegido, en virtud de que una ley electoral imponía como requisito para ser candidato el ser postulado por un partido político, lo que en su opinión es contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La CoIDH resolvió que si bien los derechos políticos del señor Castañeda no se habían violado, sí se violaron los derechos a la protección judicial (artículo 25 CADH), conjuntamente con las obligaciones de respeto y ga-

* Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C Núm. 184 (caso *Castañeda*).

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

¹ En una ocasión anterior, en el caso *Martín del Campo*, también contra México, la CoIDH declaró que carecía de competencia *ratione temporis* para conocer del mismo y no entró al fondo del asunto. Véase Corte IDH. Caso *Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 3 de septiembre de 2004. Serie C Núm. 113.

rantía y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en la Convención Americana (artículos 1 (1) y 2, respectivamente, CADH).

I. Orden jurídico mexicano

1. El 5 de marzo de 2004 el señor Castañeda presentó en la oficina del Director Ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos (DEPPP) del Instituto Federal Electoral (IFE) una solicitud de registro, de manera individual y sin el apoyo de ningún partido político, de su candidatura al cargo de presidente de México.

2. El 11 de marzo de 2004 el DEPPP del IFE rechazó la solicitud del señor Castañeda argumentando que el derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nivel federal sólo puede ejercerse a través de alguno de los partidos políticos nacionales debidamente registrados.

3. El 29 de marzo de 2004 el señor Castañeda presentó una demanda de amparo, la cual fue turnada al Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

4. El 16 de julio de 2004 el juez de la causa declaró improcedente el juicio de amparo debido a que el artículo 105 constitucional, fracción II, párrafo tercero, establece que la única vía para plantear la no conformidad de una ley electoral es la acción de inconstitucionalidad.

5. El señor Castañeda interpuso un recurso de revisión ante el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Dicho Tribunal planteó que fuese la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte o SCJN) la que resolviera de las cuestiones constitucionales planteadas por el señor Castañeda.

6. El 16 de agosto de 2005 el Pleno de la SCJN resolvió confirmar la sentencia recurrida; sobreseer el juicio de amparo promovido por el señor Castañeda respecto de los artículos 175; 176; 177, párrafo I, inciso E, y 178, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe),² y sobreseer el juicio de amparo promovido por el señor Castañeda respecto del acto concreto de aplicación contenido en el oficio número DEPPP/DPPF/569/04, del 11 de marzo de 2004, emitido por el DEPPP del

² El Cofipe al que se refiere la sentencia fue abrogado y sustituido por otro que se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el 14 de enero de 2008. La referencia al Cofipe es al que estaba vigente al momento de los hechos.

IFE. La Suprema Corte indicó que la inconstitucionalidad de una norma electoral estaba limitada al pleno de la SCJN y que, por lo tanto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Trife) no lo podía hacer. Asimismo, indicó que el medio idóneo para el control de la constitucional era la acción de inconstitucionalidad.

II. Trámite ante la Comisión Interamericana

1. El 12 de octubre de 2005 el señor Castañeda presentó una petición en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión o CIDH) en la que planteó diversas violaciones a la CADH con base en la inexistencia de recursos efectivos para impedir la supuesta violación a sus derechos, toda vez que la decisión de la Suprema Corte era inapelable. Asimismo, alegó la falta de efectividad de los recursos administrativos, de la acción de inconstitucionalidad por verse imposibilitado a presentar un recurso de constitucionalidad y de la queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos por carecer ésta de competencia para conocer de cuestiones electorales. También hacía hincapié en las fechas preestablecidas en la legislación electoral que marcaban los plazos dentro de los cuales se debían cumplir ciertos requisitos vg. el 15 de diciembre de 2005 vencía el plazo para presentar el anuncio del plan de avisos publicitarios. Por lo anterior, el peticionario solicitó al mismo tiempo el otorgamiento de medidas cautelares.³

2. El 17 de octubre de 2005 la CIDH concedió el otorgamiento de medidas al peticionario y solicitó al Estado su implementación. Dichas medidas solicitaban al Estado que se permitiera la inscripción del peticionario como candidato independiente para el puesto de elección popular de presidente de la República aun cuando la CIDH todavía no se pronunciaba sobre la admisibilidad ni mucho menos fondo de la petición.

3. El 27 de octubre de 2005 el Estado mexicano informó que su legislación le impedía dar cumplimiento con la petición de la CIDH.

4. El 28 de octubre de 2005 el peticionario solicitó a la CIDH que pidiera a la CoIDH el otorgamiento de medidas provisionales.

5. El 15 de noviembre de 2005 la CIDH solicitó a la CoIDH el otorgamiento de medidas provisionales.

³ CIDH, Demanda ante la CoIDH en el caso de Jorge Castañeda Gutman (Caso 12.535) contra los Estados Unidos Mexicanos, 21 de marzo de 2007, párrafo 9.

6. El 25 de noviembre de 2005 la CoIDH denegó el otorgamiento de medidas provisionales debido, *inter alia*, a que la petición aún se encontraba en etapa de admisibilidad ante la CIDH y que el otorgamiento de dichas medidas prejuzgaría el fondo de la petición.

7. El 26 de octubre de 2006, después de un largo intercambio de comunicaciones entre las partes y la Comisión, la CIDH aprobó el informe de admisibilidad y fondo Núm. 113/06 (artículo 50 CADH) en el que afirmaba que México había incurrido en responsabilidad internacional por la violación al señor Castañeda de los derechos a la protección judicial (artículo 25 CADH), conjuntamente con las obligaciones de respeto y garantía y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en la Convención Americana (artículos 1(1) y 2, respectivamente). Por lo anterior, la CIDH recomendaba al Estado mexicano: a) adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad al artículo 25 de la CADH, en particular las normas relevantes de la Ley de Amparo y el Cofipe, a fin de brindar un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos, y b) reparar al señor Castañeda de las violaciones a sus derechos humanos.

8. El 21 de marzo de 2007 la CIDH, al no haber obtenido una respuesta positiva, demandó al Estado mexicano ante la CoIDH. En su demanda la CIDH solicitaba a la CoIDH que declarara responsable al Estado mexicano por la violación al artículo 25 de la CADH (derecho a la protección judicial) en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos (artículos 1.1 y 2 de la CADH). La Comisión también solicitó la reparación a la víctima y el pago de costas y gastos. En este sentido es importante indicar que el peticionario presentó un escrito de solicitudes y argumentos a la CoIDH en el que le solicitaba que también declarara la violación a los derechos consagrados en los artículos 23 y 24 de la CADH sobre derechos políticos e igualdad ante la ley, respectivamente; y que en caso de encontrar violaciones a otros derechos se pronunciara al respecto.

9. El 8 de febrero de 2008 tuvo lugar la audiencia del caso ante la CoIDH.

10. El 6 de agosto de 2008 la CoIDH tomó su decisión, la cual fue publicada el 2 de septiembre de 2008.

III. Sentencia de la Corte Interamericana

La sentencia de la CoIDH fue sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

A. Excepciones preliminares

El Estado mexicano presentó diversas excepciones e hizo también una serie de argumentos que no constituían, en sentido estricto, excepciones a la competencia de la Corte.⁴

En cuanto a las excepciones preliminares presentadas sólo destaca la relativa a que no existía una aplicación de la ley al peticionario porque éste había realizado actos antes de los tiempos establecidos por el propio ordenamiento legal, por lo que nunca se encontró en el supuesto de la norma.⁵

Por su parte, la CIDH manifestó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, una persona sujeta a la jurisdicción de su norma puede ser afectada por su sola vigencia y que además la ley sí había sido aplicada por la autoridad, ya que el IFE había indicado que la candidatura del señor Castañeda no era inscribible por disposición del propio artículo 175 del Cofipe.⁶

La CoIDH consideró que la decisión del IFE basada en la ley, objeto de la controversia, constituía una aplicación de dicha ley, independientemente si el peticionario había hecho los trámites con anterioridad a los tiempos establecidos en dicho ordenamiento, y por lo tanto, desestimaba la excepción.⁷

Hubiera sido deseable que la Corte analizara si el señor Castañeda se encontraba en el supuesto jurídico adecuado al momento en que la autoridad aplicó la legislación. El señor Castañeda había acudido fuera de los tiempos que la propia legislación marca y ante una autoridad que no era la directamente competente, pues es el Consejo General del IFE y no la DEPP el que tiene la potestad de inscribir a los candidatos a cargo de presidente de México. El señor Castañeda nunca se puso, ni en tiempo ni en forma, en

⁴ Dichos argumentos versaban sobre la actuación de la Comisión Interamericana en la tramitación del caso, véase caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafos 37-67. Respecto a la actuación de la CIDH y el control de legalidad de la CoIDH véase Opinión Consultiva OC-19/05, del 28 de noviembre de 2005, solicitada por la República Bolivariana de Venezuela, sobre el Control de la Legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la CIDH (arts. 41 y 44 a 51 de la CADH), en particular los párrafos 23-27 y los resolutivos de la Opinión.

⁵ Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafo 16.

⁶ *Ibid.*, párrafo 17.

⁷ *Ibid.*, párrafos 19-22.

el supuesto de la norma legislativa para que ésta se le aplicara adecuadamente.⁸

Como se analizará más adelante, esto también afectó la vía de impugnación que el señor Castañeda decidió optar.

La otra excepción preliminar importante versa sobre una alegada falta de agotamiento de recursos internos e “indebida interposición de un recurso inadecuado (*sic*)” pero que la Corte decidió analizarla en el fondo del asunto.⁹

B. Fondo

1. Protección judicial

La CIDH alegó que al momento de los hechos en México no existía un recurso rápido, sencillo y efectivo para proteger los derechos políticos del peticionario, por lo que consideró se habían cometido violaciones al artículo 25 (protección judicial) en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH.

El señor Castañeda alegó que había interpuesto un amparo debido a que éste era la única vía posible para declarar la inconstitucionalidad del artículo 175 de la ley electoral, siendo la SCJN la única facultada para hacerlo, toda vez que el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano (juicio de derechos políticos) ante el Trife no tiene dichos efectos.

El Estado, por su parte, alegó que el juicio de protección de los derechos político-electorales ante el Trife era el recurso idóneo y no el juicio de amparo, vía por la que había optado el señor Castañeda.

La ColDH indicó que el juicio de amparo no era el recurso idóneo debido a su improcedencia, establecida en la ley en materia electoral.¹⁰

⁸ Al respecto véase el *Amici Curiae* presentado ante la ColDH por diversos estudiantes de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁹ *Caso Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafos 27-35.

¹⁰ *Ibid.*, párrafo 91. La Ley de Amparo indica: artículo 73. El juicio de amparo es improcedente: VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral.

Si bien se coincide con que el amparo no era la vía de impugnación correcta, lo interesante hubiera sido que la Corte analizara a profundidad el uso por parte de la presunta víctima de los recursos a su alcance.

El sistema jurídico mexicano ha evolucionado en materia electoral y para ello se ha dotado de instituciones y normas especializadas en la materia, con el fin de dar mayor independencia a las decisiones judiciales en materia político-electoral. En este sentido, en efecto, el amparo ha dejado de tener una eficacia en materia electoral pero no por la naturaleza del juicio, sino debido a la creación de otros medios de impugnación, notablemente el juicio de derechos políticos que vendría a ser una especie de amparo especializado en materia político-electoral.

También es importante indicar que aun cuando el juicio de amparo tradicional hubiera tenido éxito, sus efectos no hubieran sido los idóneos, toda vez que hubiera ordenado al director ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos que inscribiera al señor Castañeda, lo cual no lo hubiera podido hacer debido a: 1) no tiene facultades para hacerlo ya que ello corresponde al Consejo General del IFE, y 2) aún no se iniciaba el periodo legal para llevar a cabo las inscripciones.¹¹

En este sentido sorprende que el señor Castañeda, estando fuera de tiempo y forma para solicitarle a la autoridad, que no era además la idónea, el ejercicio de un derecho, y que el medio de impugnación utilizado tampoco fuera el adecuado, no haya optado por el juicio de derechos políticos ante el Trife, que era la otra vía disponible. Asimismo, es cuestionable que ni la Comisión ni la Corte exigieron un estricto cumplimiento de agotamiento de recursos internos.

Es cierto que en materia de protección internacional de derechos humanos no es necesario agotar los recursos internos cuando éstos no son eficaces, pero para llegar a esta conclusión no se pudo basar únicamente en supuestos normativos en donde la presunta víctima ni siquiera se ha colocado adecuadamente en la hipótesis de la ley que pretende declarar como violatoria.

Es verdad que quizá aun cuando el señor Castañeda hubiera acudido ante la autoridad correspondiente e impugnado a través del medio idóneo hubiera tenido un resultado desfavorable y la CoIDH hubiera podido llegar a la misma conclusión de que se cometió una violación a los derechos hu-

¹¹ En el mismo sentido se le hizo saber a la CoIDH en el Amici Curiae presentado ante la CoIDH por diversos estudiantes de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

manos del señor Castañeda. Pero en este supuesto, por lo menos se habrían agotado adecuadamente los recursos internos del Estado.

El agotamiento de recursos internos no es únicamente un requisito para poder hacer uso del sistema de protección internacional de derechos humanos, sino que también representa la oportunidad para el Estado de resarcir algún daño que le hubiera causado a la presunta víctima.

2. Accesibilidad del recurso

A este respecto la CoIDH encuentra que el juicio de amparo era improcedente en razón de la materia y que la acción de inconstitucionalidad tampoco podía hacer uso de ella porque se trata de un recurso extraordinario limitado en el tiempo y en la legitimación activa que no está disponible a los particulares.¹²

En este sentido la Constitución es clara en cuanto a los sujetos que pueden interponer una acción de constitucionalidad, los tiempos para hacerlo y la exclusividad en materia electoral. Los ciudadanos de manera individual no lo pueden hacer.¹³

¹² Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafos 104-114.

¹³ Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

[...]

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a). el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la cámara de diputados del congreso de la unión, en contra de leyes federales o del distrito federal expedidas por el congreso de la unión;

b). el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del senado, en contra de leyes federales o del distrito federal expedidas por el congreso de la unión o de tratados internacionales celebrados por el estado mexicano;

c). el procurador general de la Republica, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el estado mexicano;

d). el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y (*sic*)

e). el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la asamblea de representantes del distrito federal, en contra de leyes expedidas por la propia asamblea.

En cuanto al juicio de derechos políticos la CIDH indicó que el Trife carecía de competencia para declarar la inconstitucionalidad del artículo 175 del Cofipe, toda vez que el artículo 10 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (Ley de Impugnación Electoral) establece que los medios de impugnación son improcedentes “cuando se pretenda impugnar la no conformidad a la Constitución de leyes federales o locales...”

Además de contar con jurisprudencia del propio Trife en la que indica que no puede dejar de aplicar preceptos que sean contrarios a la Constitución.¹⁴

El señor Castañeda alegó que el juicio de derechos políticos sólo puede ser promovido por un ciudadano que haya sido propuesto por un partido político, por lo que él estaba impedido para impugnar.

Por su parte, el Estado alegó, *inter alia*, que el juicio de derechos políticos era el medio adecuado, toda vez que el Trife pudo haber declarado fundada su pretensión sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma. Asimismo, argumentó que el señor Castañeda tenía que haber demostrado primero la existencia de un derecho a una candidatura inde-

f). los partidos políticos con registro ante el instituto federal electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del estado que les otorgo el registro.

g) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y aprobados por el senado de la republica, que vulnere los derechos humanos consagrados en esta Constitución. asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la republica, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la comisión de derechos humanos del distrito federal, en contra de leyes emitidas por la asamblea legislativa del distrito federal.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

¹⁴ Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafo 95.

pendiente antes de afirmar que no contó con un recurso rápido, sencillo y efectivo.¹⁵

La ColDH señaló que la obligación del Estado era de establecer el derecho a la protección judicial y de acceso a la justicia, a través de un recurso, rápido, sencillo y eficaz, independientemente de si la presunta víctima tiene razón o no en su pretensión, esto último es precisamente lo que la propia autoridad, en su caso, podría haber concluido.¹⁶

La ColDH concluyó que si bien en un primer momento la legislación electoral establece la legitimación activa a todo ciudadano (artículo 79 de la Ley de Impugnación Electoral) la propia ley, en el caso del derecho político a ser votado, condiciona dicha legitimación a haber sido propuesto por un partido político (artículo 80 Ley de impugnación Electoral), por lo que, en esta situación, la presunta víctima se queda sin recurso alguno a su disposición.¹⁷

Si bien el Trife podría haber resuelto sobre la correcta o no aplicación del artículo 175 del Cofipe al señor Castañeda, lo cierto es que para poder promover el juicio el señor Castañeda debía de haber sido propuesto por un partido político, por lo que el recurso no era accesible a él.

3. Efectividad del recurso

Posteriormente la ColDH analiza lo que llama la “efectividad del recurso”, en particular el del juicio de derechos políticos. En opinión de la Corte el hecho de que el juicio de derechos políticos no pudiera resolver sobre la constitucionalidad de un artículo del Cofipe lo considera como ineficaz.¹⁸

En primer lugar, si bien esta parte no constituye un ejercicio *ultra vires* de la ColDH sí resulta completamente innecesaria, toda vez que la Corte ya había concluido que no existía recurso alguno disponible para la presunta víctima, por lo que no es necesario tratar la efectividad de algo que no existe.

En segundo lugar, es cuestionable que la única vía para poder dar salida a la inquietud del señor Castañeda sea la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, cuando lo importante, como la propia Corte señala, es que el recurso efectivo sea “capaz de producir el resultado para el que

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 97.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 101.

¹⁷ *Ibid.*, párrafos 107-114.

¹⁸ *Ibid.*, párrafos 118-133.

ha sido concebido, es decir, debe ser un recurso capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación”.¹⁹

La Corte concluye que la inexistencia de un recurso efectivo constituye una violación al artículo 25 y un incumplimiento a su deber de adecuar su legislación para hacer efectivos los derechos consagrados en la CADH (artículos 1 y 2).²⁰

4. Derechos políticos

En cuanto al argumento del señor Castañeda relativo a la supuesta violación de sus derechos políticos (artículo 23), éste alegó, *inter alia*, que: a) no se pueden poner más limitantes a los derechos políticos que lo establecido en el artículo 23.2 de la CADH; b) conforme a la Observación General Núm. 25 del Comité de Derechos Humanos, el derecho de las personas a presentarse a elecciones no debe limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos políticos o pertenezcan a determinados partidos políticos, y c) que los partidos políticos no pueden ser el único medio para ejercer el derecho a ser votado, en particular a la luz del caso *Yatama*.²¹

La CoIDH inicia su análisis de los argumentos del señor Castañeda contextualizando a los derechos políticos de la siguiente manera:

140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.

141. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 118.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 133.

²¹ Corte IDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C Núm. 127 (caso *Yatama*).

la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.

[...]

143. La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.²²

El *dictum* anterior es importante porque reafirma a los derechos políticos como derechos humanos y su carácter esencial en toda sociedad democrática. En este sentido sería necesario también replantearse la exclusión legal que tienen muchos *Ombudsmen* de la región para no conocer de cuestiones electorales.

La Corte también indica que el artículo 23 de la CADH no sólo se refiere a derechos sino también a “oportunidades”, esto significa que el Estado tiene la obligación de garantizar que toda persona titular de esos derechos pueda ejercerlos realmente, respetando el principio de igualdad y no discriminación.²³

Asimismo, la Corte señala que la CADH no establece una modalidad específica o sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegidos deben ser ejercidos y que dicho artículo 23 debe de interpretarse de manera armónica con el resto de la Convención.²⁴ Impone además, indica la Corte, una obligación positiva del Estado que se traduce en el diseño de un sistema electoral. Sin embargo, reconoce que dichos derechos se pueden limitar: “En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención”.²⁵

²² Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafos 140-141. Notas a pie omitidas.

²³ *Ibid.*, párrafo 145.

²⁴ La ColDH también indica que el derecho internacional no impone sistema electoral determinado ni modalidad alguna para el ejercicio de los derechos políticos, Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafos 149 y 162.

²⁵ *Ibid.*, párrafo 157.

El párrafo anterior puede prestarse a confusión, toda vez que una es la obligación de diseñar un sistema electoral, el cual cualquier Estado puede llevarlo a cabo de la manera que desee, en el que además de la organización de las elecciones se puede regular el ejercicio de los derechos políticos, y otro aspecto muy distinto es que a través de esa regulación se limiten los derechos políticos; regular no es lo mismo que limitar.

Respecto de la Observación General Núm. 25 del Comité de Derechos Humanos (CDH) la ColDH indica que se trata de un supuesto distinto al establecido en la legislación mexicana, toda vez que a nivel nacional no se establece como requisito legal estar afiliado o ser miembro de un partido político para registrar una candidatura, ya que puede haber candidatos externos.²⁶

En nuestra opinión, la conclusión de la Corte resultaba muy limitada porque si bien es cierto que es posible ser nominado por un partido político a un puesto de elección popular sin ser miembro de un partido, lo cierto es que sin el aval del mismo no es posible ser candidato, por lo que los partidos políticos conservan el monopolio exclusivo de decidir quién es candidato o no, y es precisamente ese monopolio de los partidos el que en un momento dado constituye una limitación al ejercicio del derecho a ser votado.

Con relación al argumento de la aplicación progresiva de la jurisprudencia de la Corte, en particular la del caso *Yatama*, la ColDH indicó que la situación del señor Castañeda era completamente diferente al caso *Yatama*, y por lo tanto no se podía aplicar el mismo razonamiento jurídico.²⁷

Yatama versa sobre una población indígena cuyos usos y costumbres son diferentes al del sistema electoral en Nicaragua, por lo que, concluyó la ColDH, imponer su participación política a través de un partido suponía una limitación a sus derechos políticos.

En *Yatama*, la ColDH concluyó que:

[...] la limitación analizada en los párrafos precedentes [de participar a través de un partido político] constituye una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso, a las que no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines polí-

²⁶ *Ibid.*, párrafo 164.

²⁷ *Ibid.*, párrafos 167, 169 y 171.

ticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional.²⁸

El párrafo anterior está dividido en dos partes. En la primera, la Corte señala, de manera general, que el ejercicio del derecho a ser votado a través exclusivamente de la postulación de un partido constituye una limitación innecesaria al mismo. La segunda parte es cuando a esa regla general, o *dictum* de la Corte, la individualiza al caso en particular diciendo: “*tomando en cuenta las circunstancias del presente caso...*” Esto es, la Corte en *Yatama* señala lo que considera una restricción indebida al derecho político y luego lo aplica al caso en especie. Estos dos momentos no son, desafortunadamente, seguidos por la propia Corte en el caso *Castañeda*.

La diferencia que hace la CoLDH con *Yatama* y *Castañeda* es grave porque crea ciudadanos de dos categorías: unos con más derechos que otros. Si se trata de un grupo indígena es incorrecto que el ejercicio del derecho a ser votado sea exclusivamente a través de un partido, pero si se trata de un simple individuo sí es correcto que para ejercer su derecho político lo haga únicamente a través de un partido político aun cuando la propia Corte considera que hacer eso constituye una “restricción indebida” o un “límite innecesario” al derecho político.

La aplicación progresiva de la jurisprudencia de la Corte implica una interpretación *pro persona* de los principios de la misma, lo cual está ausente en el caso *Castañeda*.

Una crítica más que se puede hacer a la Corte sobre la aplicación de su jurisprudencia es sobre el estándar que pretende se siga en los demás casos. La Corte indicó: “La Corte advierte que no puede sostenerse que exista identidad entre las circunstancias de hecho y el conflicto jurídico subyacente en el caso *Yatama* y las circunstancias de hecho y lo solicitado por la presunta víctima en el presente caso, para poder concluir que a este último es aplicable la consecuencia jurídica del primer caso”.²⁹

Pretender que exista identidad de hechos entre dos casos para así poder aplicar la misma consecuencia jurídica es un estándar muy alto y no acorde con lo que en la práctica el *stare decisis* establece. En este sentido Williams Glanville ha señalado: “What the doctrine of precedent declares is that cases must be decided the same way when their material facts are the same. Obviously it does not require that all the facts should be the same. We know that

²⁸ Caso *Yatama*, *op. cit.*, nota 22, párrafo 219.

²⁹ Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafo 171.

in the flux of life all the facts of a case will never recur, but the legally material facts may recur and it is with these that the doctrine is concerned".³⁰

Más allá de las diferencias obvias entre *Yatama* y *Castañeda* lo importante es que en ambos casos las presuntas víctimas reclamaban la negativa de sus Estados para que ellos pudieran ejercer su derecho político a ser votado sin tener que pasar por los partidos políticos. Ésa es la esencia en ambos casos y éstos son los "legally material facts". La Corte, en vez de ver las similitudes, se fijó en las diferencias. En vez de analizar que en los dos casos se violaba el mismo principio y derecho se fijó en la naturaleza de las presuntas víctimas. La Corte debe de recordar que está para analizar principios y normas y no para dar un trato diferenciado dependiendo de la calidad del sujeto que alega una violación.

Asimismo, la CoIDH encontró que en el caso del señor Castañeda la regulación del ejercicio del derecho a ser votado era compatible con la CADH.³¹ Si bien es cierto que el señor Castañeda contaba con diversas opciones para ejercer su derecho a ser votado todas tenían que tener el aval de un partido político.³² En este sentido hubiera sido deseable que la Corte sugiriera al Estado mexicano que considerara otras formas de participación política, a fin de otorgar el mayor goce posible a sus ciudadanos de sus derechos humanos.

C. Reparaciones y costas

Toda vez que la CoIDH resolvió que el Estado mexicano era responsable internacionalmente por violación de derechos humanos, lo condenó a la reparación de los mismos en los siguientes términos:

1. Indicó que la sentencia era una forma de reparación *per se*. Esto es, la resolución de la CoIDH representa un reconocimiento de la violación de los derechos de la víctima pero también una forma de condena pública internacional para el Estado.

2. Obliga al Estado a modificar su legislación interna a fin de que el juicio de derechos políticos garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido. Si bien esto es un paso importante porque viene a llenar una laguna en el ordenamiento jurídico nacional el impacto será relativamente

³⁰ Glanville Williams, *Learning the Law*, 9a. ed., Stevens & Sons, 1973, pp. 67-68.

³¹ Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafos 174-202.

³² *Ibid.*, párrafos 202-203.

pequeño, toda vez que restringe la modificación a que el recurso pueda cuestionar la constitucionalidad del ordenamiento legal en lo que se refiere al derecho a ser elegido. No se trata de ninguna manera de una carta abierta para cuestionar la constitucionalidad de los ordenamientos electorales en general.

Por otra parte, se puede criticar a la Corte por haber indicado precisamente que sea el juicio de derechos políticos el medio por el cual se cuestione la constitucionalidad de la norma relativa al derecho a ser elegido. Si bien quizá sea lo más idóneo, la reforma legal que pretende la Corte debería de haber sido considerada como una obligación de resultado y no de medios. Es decir, debió de haber dejado al Estado mexicano que decidiera a través de qué medio, el juicio de derechos políticos, el amparo o algún otro, era el más idóneo para cumplir con la decisión de la Corte. Lo más importante es que los particulares cuenten con un recurso rápido, efectivo y sencillo para cuestionar la constitucionalidad de la norma relativa al derecho a ser elegido.

3. La publicación en el *Diario Oficial* de la Federación y en un periódico de circulación nacional de la parte de la sentencia relativa al análisis de la Corte en donde encontró culpable al Estado mexicano de violaciones a la CADH en perjuicio del señor Castañeda. Esta medida tiene la finalidad de hacer un reconocimiento público a la víctima indicando que el Estado le violó sus derechos.

4. Finalmente, la CoIDH ordenó el pago al señor Castañeda de gastos y costas por siete mil dólares.

El Estado mexicano tiene un año a partir de la notificación de la sentencia para informar a la Corte respecto de las medidas adoptadas para el cumplimiento de la misma.

IV. Conclusiones

Una de las primeras críticas que se puede hacer al caso del señor Castañeda ante el Sistema Interamericano y en particular ante la CIDH es su tratamiento expedito y en momentos, incluso, preferencial hacia el peticionario. No es posible explicar la actitud de la CIDH que en casos en donde la vida de los peticionarios está en peligro los notifique al Estado cinco o más años después de haber recibido una petición, ni tampoco su lentitud en solicitar

medidas provisionales ante la CoIDH.³³ Ese tratamiento diferenciado de la Comisión deja la impresión de que hubiera peticionarios de primera y segunda categoría, y mina la credibilidad y eficacia del sistema de protección regional.

La sentencia de la CoIDH en el caso *Castañeda* en contra del Estado mexicano es histórica, no por la trascendencia del fallo en sí mismo, que tendrá un impacto relativamente menor en el orden jurídico nacional, pero sí porque constituye el primer fallo del órgano jurisdiccional regional en contra de México por violaciones a derechos humanos.

Es interesante observar que las conclusiones y observaciones a las que la CIDH llegó en el Informe de admisibilidad y fondo son las mismas a las que la CoIDH llegó en su sentencia.

¿No hubiera sido más fácil y barato para el Estado haber cumplido con lo dicho por la Comisión sin tener que haber acudido ante la Corte? Si se toma en cuenta que a la audiencia ante la Corte acudieron más de 10 servidores públicos,³⁴ entre gastos de transporte y viáticos, además del pago de asesores externos y las horas de trabajo invertidas por diversos funcionarios de distintas dependencias, durante la etapa ante la Corte Interamericana, seguramente encontraremos que el monto rebasa, por mucho, los siete mil dólares que por concepto de gastos y costas el Estado deberá pagar al señor Castañeda. Económicamente hablando fue también un mal resultado para el país.

Obviamente el gobierno podrá indicar que la decisión de la Corte de no encontrar culpable a México de los derechos políticos del ahora víctima de violación de derechos humanos es importante y que además limitó la reforma legal a la creación de un recurso efectivo para el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.

Curiosamente una de las primeras experiencias del Estado mexicano con el sistema interamericano de derechos humanos fue precisamente por violación a los derechos políticos a finales de la década de los años ochentas. Se trata de tres casos en los que los peticionarios, miembros del Partido

³³ A este respecto véase también el voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y M. E. Ventura Robles en la resolución de la CoIDH sobre la solicitud de Medidas Provisionales presentada por la CIDH respecto de los Estados Unidos Mexicanos en el caso de Jorge Castañeda, del 25 de noviembre de 2005.

³⁴ Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, nota al pie 3.

de Acción Nacional (PAN), alegaron violaciones a sus derechos políticos, principalmente al artículo 23 de la Convención.³⁵

En su resolución sobre dichos casos la CIDH indicaba, en 1990, prácticamente lo mismo que la CoIDH afirmó en 2008:

[...] La Comisión estima oportuno hacer presente al Gobierno de México su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, ya sean medidas legislativas o de otro carácter, que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que la Convención reconoce... La Comisión debe hacer presente al Gobierno de México en esta oportunidad que debe cumplir a cabalidad con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos políticos y a la protección judicial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Convención Americana. En este sentido, la Comisión debe señalar que ha sido informada sobre la existencia de un activo proceso de reforma de la legislación electoral. La Comisión espera que tales reformas conduzcan a la adopción de normas que protejan adecuadamente el ejercicio de los derechos políticos y a instituir un recurso efectivo y rápido para la protección de los mismos.³⁶

En 2008, ya con el PAN en el poder, la CoIDH instruyó al Estado mexicano a:

[...] completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.³⁷

Asimismo, la CIDH, en su informe de 1998 sobre su visita a México, señalaba parte de la problemática que el señor Castañeda planteaba:

³⁵ Véase Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1989-1990, Resolución Núm. 01/90, Casos 9768, 9780 y 9828 (México), 17 de mayo de 1990.

³⁶ *Ibid.*, párrafos 101-102.

³⁷ Caso *Castañeda*, *op. cit.*, nota 1, párrafo 231.

445. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como una obligación y un derecho de los ciudadanos mexicanos, el votar y ser votado. También señala cuáles son los requisitos que los ciudadanos deben cubrir para aspirar a algún puesto de representación popular. Entre éstos no figura el de ser postulado por algún partido político. Sin embargo, la ley reglamentaria, es decir el Cofipe, señala en su artículo 175, inciso 1, que “corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular”.

446. En estos términos, toda candidatura independiente es invalidada desde un principio. Hasta ahora no ha sido posible encontrar en México una fórmula que garantice la estabilidad y consolidación del sistema de partidos, que resulte compatible con la garantía constitucional que tienen los ciudadanos para ser votados para cargos de elección popular, sin tener que hacerlo obligadamente bajo las siglas de algún partido político.

[...]

449. Así pues, sólo los partidos pueden presentar candidatos, y sólo ellos pueden interponer recursos electorales, excepción hecha del recurso de revisión. En consecuencia, la misma legislación electoral mexicana actual no permite al ciudadano ejercer los recursos en materia electoral, limitándole este derecho sólo al recurso de revisión.³⁸

En dicho informe de 1998 la CIDH también hacía prácticamente las mismas recomendaciones: “Que [el Estado mexicano] adopte las medidas necesarias para que la reglamentación del derecho de votar y ser votado, contemple el acceso más y amplio y participativo posible de los candidatos al proceso electoral, como elemento para la consolidación de la democracia”.³⁹

Sobre esta recomendación pareciera claro que las candidaturas independientes sería una de las maneras en que mejor se puede cumplir con la misma. Obviamente, muchas cosas han cambiado desde entonces pero, en esencia, los motivos que dieron origen a la petición y condena del Estado mexicano aún perviven.

³⁸ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 24 de septiembre de 1998.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 502.

Desafortunadamente la CoIDH no tomó en cuenta estos hechos que demuestran que el Estado mexicano ha estado en falta desde hace mucho tiempo y que ponen en el centro del debate a las candidaturas independientes.

Los peticionarios de ayer se han convertido en autoridad hoy y, sin embargo, dos décadas después, en México aún arrastramos serias deficiencias en nuestro sistema de protección.

Por otra parte, es importante indicar que fue un buen signo que el juez *ad hoc* de México, Von Wobeser Hoepfner, no haya realizado ninguna opinión individual, esto le da más fuerza a la sentencia de la Corte. Hubiera sido mejor que el Estado mexicano no nombrara a juez *ad hoc* alguno porque, en nuestra opinión, prejuzga la imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional al cual se está sometiendo. Además, deja en total desventaja a la presunta víctima, quien no tiene el mismo derecho de nombrar a un juez. Si bien esta práctica de los jueces *ad hoc* se encuentra muy arraigada entre los Estados y en un momento dado hasta puede encontrarse una cierta justificación para ello, en materia de derechos humanos resulta desproporcional e injusta y rompe completamente con el principio de equidad entre las partes.⁴⁰

Finalmente, es importante hacer notar que la Secretaría de Relaciones Exteriores, en nombre del Estado mexicano, reconoció el carácter definitivo e inapelable de la sentencia de la CoIDH (artículo 67 de la CADH) y que reiteró su compromiso con la CoIDH. Sin embargo, le faltó indicar de manera expresa que cumplirá con dicha sentencia (artículo 68 de la CADH).⁴¹ Este último aspecto es fundamental, porque si bien se prevé que en el caso del señor Castañeda el Estado mexicano cumplirá sin mayores problemas con la sentencia, habrá que estar atentos con lo que ocurra en otros casos en contra de México aún pendientes ante la CoIDH.

⁴⁰ En sentido será muy interesante lo que diga la CoIDH respecto de la solicitud de opinión consultiva presentada el pasado 14 de agosto, por la República de Argentina, sobre la "interpretación del artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en relación con "la figura del juez *ad hoc* y la igualdad de armas en el proceso ante la Corte Interamericana en el contexto de un caso originado en una petición individual", así como respecto de "la nacionalidad de los magistrados [del Tribunal] y el derecho a un juez independiente e imparcial".

⁴¹ Véase Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado 244, Caso 12.535 Jorge Castañeda Gutman, 2 de septiembre de 2008.

Tesis de jurisprudencia núm. 130/2007. Límites al legislador: principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica

Verónica de la Rosa Jaimes*

SUMARIO: Introducción. I. Límites al legislador. 1. Criterio de interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2. Análisis de la tesis. II. Principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. 1. Notas doctrinales. 2. Jurisprudencia comparada. III. Comentario final.

Introducción

En los últimos años se ha podido observar una fuerte vinculación entre el trabajo que realizan los órganos del Poder Judicial de la Federación y los que pertenecen al Legislativo, ya que de conformidad con el artículo 72, inciso f), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este último es quien debe interpretar los textos normativos con la intención de modificarlos o refórmalos, situación que ha compartido exitosamente con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha perfilado los límites de la interpretación legislativa, con el único fin de que exista un control constitucional más eficaz.

Atento a lo anterior, es posible afirmar que la argumentación jurídica no se agota en la interpretación judicial, ya que en las organizaciones jurídicas modernas intervienen otros operadores jurídicos que deben motivar, justificar, argumentar o, en general, dar razones acerca de la forma en que manejan los materiales normativos. Tal es el caso del legislador, quien en el desarrollo de su función principal de productor de derecho debe aplicar (interpretando) normas constitucionales, tanto aquellas que regulan el procedimiento legislativo como las que regulan las materias que pueden verse afectadas por el acto legislativo.

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

La decisión del legislador debe ser una decisión justificada, ya que la producción del derecho es concebida en la cultura jurídica actual como una actividad racional orientada hacia objetivos,¹ lo cual obliga a que, al promulgar una norma jurídica, el legislador determine no sólo la finalidad de la misma sino también los medios jurídicos adecuados para conseguir el objetivo perseguido. Es justamente esta última idea la que interesa para el presente análisis.

I. Límites al legislador

1. Criterio de interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

En sesión privada del 15 de enero de 2007, el Pleno de la SCJN aprobó la Tesis Jurisprudencial Núm. 130/2007, misma que lleva por rubro "*Garantías Individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica*".

La democratización del país ha comenzado a hacer efectiva la división de poderes y, con ello, los conflictos entre los mismos. Esta situación en muchas ocasiones fortalece la democracia, pero en otras, por el contrario, la debilita, ya que de no existir una solución adecuada a los conflictos y al perdurar éstos de manera innecesaria, las instituciones sufren un desgaste excesivo. De ahí que sea indispensable contar con los canales adecuados para la solución de los conflictos, donde se respete la pluralidad de opiniones, de modo que contribuya al fortalecimiento de las instituciones en beneficio de la sociedad.

Un ejemplo claro de la comunicación que existe entre los Poderes del Estado lo constituye la tesis que hoy se comenta:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la

¹ Vid. Francisco Javier Ezquiaga, "Argumentos interpretativos y postulado del 'legislador racional'", en Rodolfo Vázquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, p. 158.

Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.²

Dicha tesis establece que *el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador se deben tener en cuenta determinados límites, ya que de acuerdo con el principio de legalidad el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.*

2. Análisis de la tesis

A continuación se analizan los requisitos mínimos indispensables con los que debe cumplir el legislador en el momento de la creación de la norma jurídica, ya que de no atenderlos se corre el riesgo de que la determinación

² Amparo en revisión 2146/2005. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Encargada del engrose: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

Amparo en revisión 810/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

Amparo en revisión 1285/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 1659/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 307/2007. 24 de septiembre de 2007. Mayoría de ocho votos; votaron en contra Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

del Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de la ley, lo que en nada favorece a un Estado democrático de Derecho, donde los gobernados deben reconocer grandes virtudes en el cumplimiento de la ley.

Uno de los principios que se esgrimen en la tesis jurisprudencial en comento es el de proporcionalidad, el cual alude a la necesidad de que la actuación de los órganos legislativos sea idónea para obtener los fines que se persiguen, que en el momento de crear e interpretar las leyes deben fijar sus alcances de forma ponderada en donde se tomen en cuenta determinados criterios, tales como:

- a) Perseguir una finalidad constitucionalmente legítima;
- b) Ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido;
- c) Ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, y
- d) Estar justificada en razones constitucionales.

Los requisitos anteriormente señalados pueden comprenderse de una manera más clara si se presentan como sigue: los incisos a) y d) se encuentran estrechamente vinculados con el principio de supremacía constitucional, en donde nada ni nadie se encuentra por encima de la Constitución, y todos y todo deben estar conforme ella. Toda vez que aun cuando el texto constitucional no puede ser un catálogo interminable de derechos, los órganos competentes para legislar deben, sin lugar a duda, tenerla como punto de partida y límite de su actuación. De ahí que sea válido afirmar que debe existir una interpretación conforme a la Constitución y desde la Constitución, es decir, los valores fundamentales ahí contenidos deben irradiar a todos los ordenamientos jurídicos.

Por lo que se refiere a los requisitos a los que se alude en el inciso b) es indispensable señalar que un Estado no sólo se gobierna por leyes y que el exceso de éstas causa un sentimiento de malestar entre la población, lo que se traduce en su inobservancia. No es posible solucionar los grandes problemas por los que atraviesa nuestro país solamente con creación de nuevos preceptos legales o con sus reformas y adiciones, sino que éstas debieran plantearse de acuerdo con la necesidad de cumplir con determinados objetivos.

Por lo que respecta al inciso c) es importante señalar que el que una ley deba cumplir con el objetivo para el que fue previsto no debe implicar de manera alguna una carga excesiva o injustificada para los ciudadanos. Es decir, que no sea ni excesiva desde los puntos de vista legales ni equitativos.

II. Principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica

Un verdadero Estado constitucional no sólo se sostiene en el estricto respeto al derecho, sino en el contenido de un orden jurídico conforme a la razón y orientado por el valor de la justicia. Así, en el principio de racionalidad del derecho se implican las prohibiciones de arbitrariedad y de exceso en el ejercicio de poder público, íntimamente relacionadas con el principio de proporcionalidad.³

Al expedir una norma el legislador realiza en su exposición de motivos un análisis ponderado de las razones que lo han llevado a legislar sobre una determinada materia o cambiar la normativa ya existente sobre la misma. La fundamentación y motivación de la expedición de una ley debe obligar al legislador a argumentar cuáles son los elementos de hecho y de derecho de la creación de una norma. La discrecionalidad del legislador encuentra sus límites trazados por los principios a los que alude la tesis jurisprudencial en comento: los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Los alcances de dichos principios han sido una preocupación constante de los estudiosos del derecho, donde la discusión se mantiene abierta entre las distintas posturas del derecho, como se mostrará en las siguientes referencias.

1. Notas doctrinales

El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica para establecer si es legítima una medida legislativa que necesariamente debe promover un bien público, en que intervienen los derechos fundamentales, asegurando al máximo posible la objetividad del operador jurídico. El principio de proporcionalidad permite establecer de manera racional resultados o decisiones bastante aceptables.

El principio de proporcionalidad se compone por los subprincipios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴

³ Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, IJ, 2007, pp. 19-20.

⁴ Cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, [España], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 251 y ss.; Jaime

Con el primero se establece si la intervención en los derechos fundamentales es o no adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Con el principio de necesidad se analiza si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto sostiene que la intervención del derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin que se pretende alcanzar con la intervención legislativa. Este principio se estructura argumentativamente en tres pasos:

1. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, *i.e.*, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por el acto legislativo.
2. Comparar dichas magnitudes, con el propósito de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por el acto legislativo es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
3. Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en la comparación anterior.⁵

El principio de razonabilidad

Al análisis de legitimidad del fin legislativo se denomina también juicio de razonabilidad. El objeto de este juicio consiste en constatar que la norma legal no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima, *i.e.*, no está prohibida explícita o implícitamente por la Constitución.

Para Ferrajoli, la razón jurídica se ha beneficiado con los progresos del constitucionalismo, ya que puede configurar y construir —hoy— el derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. La función de garantía del derecho se caracteriza, en la Constitución rígida, por una doble artificialidad. Es decir, se define ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de Derecho,

Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, IJ, 2005, 142 y ss.

⁵ J. Cárdenas Gracia, *op. cit.*, pp. 144-145.

en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo.⁶ Un principio de razonabilidad acorde con este modelo implica interpretar las normas conforme a sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y valores inscritos en la Constitución.

Finnis, iusnaturalista, señala que la teoría jurídica remite a los primeros principios de la razonabilidad práctica o primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien o del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón; los primeros principios son, *per se*, evidentes e indemostrables; no son inferidos o derivados de nada. En coincidencia con Tomás de Aquino, Finnis indica que esos principios de *communissima* del entendimiento práctico se comprenden no a través de observaciones de la naturaleza humana, sino por experiencia del contacto con la propia naturaleza. Dicho de otro modo, se asumen desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones. Por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo y para otros semejantes a uno.⁷

Para Robert Alexy, el postulado básico de razonabilidad práctica es determinante para establecer si está permitido o no un trato jurídico desigual y hasta dónde debe llegar, *i.e.*, siempre que haya razones suficientes para un tratamiento jurídico desigual entonces deberá estar ordenado el mismo.⁸ Señala, además, que uno de los problemas a los que se enfrenta el jurista es encontrar el sustento de su discurso, situación que se ubica en la racionalidad, la cual debe ser definida por un conjunto de reglas del discurso.⁹ La existencia de determinadas reglas del discurso acercará al operador jurídico al plano objetivo en el que cualquier sujeto podrá reproducirlo, independientemente de los argumentos de autoridad que puedan usarse para respaldar su validez.

⁶ Cf. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, [España], Trotta, 2004, p. 19.

⁷ Rodolfo Vigo L., *El iusnaturalismo actual*, México, Fontamara, 2003, p. 107.

⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 395 y ss.

⁹ R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, p. 39.

2. Jurisprudencia comparada

Algunas Cortes nacionales y regionales también se han pronunciado al respecto. De manera general, la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad jurídica de establecer diferencias jurídicas de trato se determina por el principio de razonabilidad. El Tribunal Constitucional Español toma los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual establece que una desigualdad jurídica debe basarse en una justificación objetiva y razonable; debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarse mediante un examen de razonabilidad y objetividad, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados; sustentarse en una relación lógica entre los medios empleados y los fines, así como en los efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.¹⁰

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos utiliza tres estándares de revisión para identificar y evaluar el propósito de una ley que establece diferencias jurídicas de trato, así como para juzgar su constitucionalidad.

1. Examen del escrutinio estricto (*Strict Scrutiny Test*), es una revisión exhaustiva de una ley, para demostrar que la acción gubernamental utiliza los medios menos restrictivos posibles para lograr sus objetivos y se ciñe a los mismos.
2. Examen intermedio (*Intermediate Test*), debe probarse que las acciones son sustanciales y están dirigidas al logro de los fines de la ley.
3. Examen de la relación razonable (*Rational Relationship Test*), las leyes deben someterse a un escrutinio mínimo que demuestre que existe una relación lógica entre las acciones y los objetivos de la ley, en otras palabras, debe probarse que las razones del legislador para realizar ciertas acciones deben ser legítimas.

III. Comentario final

De tal manera que la tesis sostenida por la SCJN sigue la tendencia actual en la que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden: la justificación

¹⁰ Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, pp. 23 y 24.

de todo ordenamiento jurídico debe sustentarse en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, situación que da certeza jurídica a todos los operadores del derecho.

Cabe señalar que tanto los jueces como los legisladores llevan a cabo un trabajo de ponderación en el que se proyectan los fines, medios y resultados de una reforma o adición a textos normativos, así como la interpretación que resulta más afín al texto constitucional. Por una parte, la función judicial ha cobrado especial relevancia en el contexto de pluralidad que subsiste derivado de la interacción en los diversos sectores de la población. Por otra, los límites del legislador al crear la norma se encuentran consagrados en la Constitución, de ahí que ninguna mayoría bajo ninguna circunstancia puede pasar por alto la Ley Suprema. En pocas palabras, los derechos humanos encuentran su máxima protección cuando el legislador cumple con el principio de legalidad y circunscribe su actuación a los límites constitucionalmente establecidos.

Finalmente, es preciso señalar que el vínculo existente entre los órganos de los distintos poderes tanto a nivel federal como estatal y municipal ha reforzado la percepción ciudadana respecto de la existencia de un Estado de Derecho, al observarse puntualmente los postulados de la doctrina de pesos y contrapesos de Rousseau, lo cual ha redundando en una mayor eficacia normativa del texto constitucional.

Comentario bibliográfico

Michael IGNATIEFF,* *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003, 191 pp.

Introducción

Los Derechos Humanos estarían en trance de convertirse en un lenguaje franco del mundo globalizado contemporáneo, sostiene Michel Ignatieff en este libro, comprometido con explicar, pero también, y sobre todo, en comprender. En ese núcleo intencional radica su importancia primera. Sin renunciar a sus premisas valorativas establece su disposición tolerante al pluralismo; su afán por persuadir de la utilidad de los Derechos Humanos resulta prioritario respecto de la prueba acerca de la corrección de las argumentaciones, sea que busquen una fundamentación o un desmantelamiento.

En las últimas décadas el espacio ocupado por la crítica y la reflexión en torno a los Derechos Humanos ha sido amplio y nutrido; y es que, en la denominada era global, los complejos fenómenos que se despliegan y develan exigen un replanteamiento teórico y crítico constante. Las nuevas relaciones internacionales, los poderes no estatales que cobran mayor relevancia en el escenario público, fenómenos como el terrorismo o el desafío multiculturalista y sus nuevas formas de expresión, hacen imperiosa la necesidad de llevar a la palestra la cuestión de

* Michael Ignatieff, doctor en Historia por la Universidad de Harvard, escritor e historiador, ha sido *Fellow* del King's College de Cambridge, del St. Antony's College de Oxford y de la École des Hautes Études de París. Además, ha impartido clases en Harvard, Cambridge, Oxford, Universidad de California, Universidad de Londres y London School of Economics. Entre sus obras se encuentran: *El honor del guerrero*, *Isaiah Berlin*, y *The Needs of Strangers*; su novela *Scar Tissue* fue nominada al Premio Booker, y su libro *The Russian Album. A Family Memoir* ganó el Canada's Governor General Award y el premio Heinemann de la Royal Society of Literature. Otras publicaciones son: *Wealth and Virtue: The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*; *Virtual War: Kosovo and Beyond*, y *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*. Actualmente dirige el Centro Carr para los Derechos Humanos de la Universidad de Harvard.

los Derechos Humanos, su justificación, su protección, pero también su omisión excusada. El trabajo de Michel Ignatieff se articula en esta problemática sociopolítica y teórica.

En la trayectoria de Ignatieff, dos libros aparecen consecutivamente alrededor del tema de los derechos humanos: *The Rights Revolution* (2001)¹ y *Human Rights as Politics and Idolatry* (2001).² En este sentido, si en *The Needs of Strangers* (1984)³ la categoría básica desarrollada era la de las “necesidades”, ahora se puede decir que las teorías se articulan en torno a la categoría de los “Derechos Humanos”.⁴ Ello se deduce concretamente de la “*Revolución de los Derechos Humanos*” (tanto su texto como el proceso histórico ahí descrito y analizado) ocurrida a partir de 1945, y que no es más —para Ignatieff— que un proceso de culminación histórica, iniciado en Europa desde las guerras de religión del siglo XVII, con el nacimiento del derecho natural.

En este sentido, lo interesante de la terminología y la conceptualización de Ignatieff, anclada en los Derechos Humanos, es que le permite deducir, sobre múltiples fenómenos —comunidad, solidaridad, individualismo, guerra, intervención, familia, etcétera— a partir de una categoría conceptual fuerte —Derechos Humanos—, misma que, según él, es la que mejor define el carácter de nuestra época, más allá de la economía, la tecnología o la ideología. Su categorización abarca todos estos campos, pero es mucho más amplia y abstracta, ofrece, así, una idea del tipo de relaciones interpersonales, anhelos y conflictos observables en la actualidad. El suyo es un enfoque político sociológico —que no interviene en el debate filosófico propiamente dicho— basado en un lenguaje que, por primera vez, pretende y puede ser global y universal —el de los Derechos Humanos— y sobre el que se podría intentar la construcción de soluciones y propuestas más allá del análisis de la realidad. Se trata de una apuesta significativa.

Es curioso resaltar cómo una categoría —derechos—, que parecía secundaria en sus primeros libros, ha adquirido semejante centralidad en sus últimas obras. De la crítica a los derechos en *The Needs of Strangers* se transita a su elogio, aunque la noción de sus límites y alcances siga siendo fundamental. Ignatieff ya no teme ser criticado —por la izquierda, los relativismos o el multiculturalismo—

¹ Michael Ignatieff, *The Rights Revolution*, House of Anansi Press, 2001.

² M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, USA, 2001. Hay versión en español: M. Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003.

³ M. Ignatieff, *The needs of Strangers*, Nueva York, Viking Penguin, 1984.

⁴ Utilizamos Derechos Humanos con mayúsculas cuando nos referimos a la doctrina, el discurso o la política de los Derechos Humanos, en sentido amplio —digamos—, mayor; cuando se habla de derechos humanos específicos, particulares, los enunciamos con minúsculas.

y se reafirma en su pensamiento, convencido sobre la validez de ciertos valores y su uso pragmático.

En este sentido, Ignatieff estima que los Derechos Humanos están considerados como uno de los tres idiomas universales de la era de la globalización (de acuerdo con el *Informe del Departamento de Estado norteamericano: Derechos Humanos, Democracia y Ecología*, [1999]); y que han propiciado la creación de Organizaciones No Gubernamentales importantes y de alcance internacional, tales como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, estableciendo posibilidades para el derecho a la queja a los ciudadanos, frente a los abusos cometidos al interior y exterior de sus propios Estados. No obstante, uno de los problemas que Ignatieff plantea es que estas organizaciones se encuentran defendiendo los derechos de grupos determinados, compromiso que los lleva a su vez al olvido y la no consideración de la violación de derechos humanos de otros grupos, a menudo los mismo que ellos defienden (verbigracia, los grupos guerrilleros). De ahí que sea cuestionable su representatividad y hasta dónde la validez y los límites de sus intervenciones.

Los derechos humanos como política e idolatría se encuentra dividido en dos partes, que determinan no sólo su composición, sino el sentido mismo de su estructura y sus pasos argumentales. La primera se titula “Los derechos humanos como política”, la segunda, “Los derechos humanos como idolatría”.

I. Los Derechos Humanos como política

Desde el comienzo del texto encontramos una clara afirmación polémica de énfasis moderno o neomoderno. Ignatieff afirma rotundo que: “existe el progreso moral y que progresamos en el sentido de que poseemos la intuición moral de que nuestra especie es una y de que cada uno de los individuos que la componen merece idéntica consideración”.⁵

De esta manera, señala el autor, progresamos moralmente cuando esta intuición cobra fuerza sobre la conducta de los individuos, teniendo como resultado la reducción de la crueldad inmerecida en el mundo. Bajo este entendimiento, considerar la difusión moral de los Derechos Humanos un signo de progreso puede parecer eurocéntrico, afirma Ignatieff, pero los instrumentos legales creados a partir de 1945 no son una expresión de confianza imperial europea, sino un producto de la reflexión de una generación —hastada de la guerra— sobre el nihilismo europeo y sus consecuencias.

De esta manera, dice el autor, dado que la historia ha demostrado que cuando los seres humanos gozan de derechos defendibles es mucho más difícil que se abuse de ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) es, de

⁵ M. Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, p. 30.

alguna forma, un retorno a la tradición europea y a la reivindicación del (su) derecho natural. Regreso que tiene como objetivo principal dotar a los individuos del coraje cívico indispensable para rebelarse cuando el Estado les ordene hacer el mal. Es por ello que el conjunto de documentos ligados a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al término de la Segunda Guerra Mundial, conforman, según Ignatieff, una amplia reorganización del orden normativo de las relaciones internacionales de la posguerra, una verdadera “revolución jurídica” en materia de derechos humanos, e incorpora en ese bloque los siguientes documentos:

[...] La Carta de las Naciones Unidas (1945), misma que declara ilegales los ataques entre Estados; la Convención sobre el Genocidio (1948), que protegía a los grupos religiosos, raciales y étnicos frente al exterminio; la revisión de las Convenciones de Ginebra (1949), que reforzaban la inmunidad de la población civil envuelta en una guerra; y, finalmente, la Convención Internacional sobre el Estatuto del Refugiado (1951), que a su vez protegía los derechos de los refugiados.⁶

Bajo esta tendencia, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) otorgó un reconocimiento jurídico internacional a los derechos de los individuos, abrió posibilidades —ahora sí— de oponerse a leyes estatales injustas; de ahí que se considere que dicha Declaración fue un detonante indirecto de los movimientos revolucionarios anticoloniales y de la fase final de la lucha por los derechos civiles en Estados Unidos. Por su parte, dentro de la ONU existe el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, quien a su vez tiene la facultad de denunciar a aquellos Estados poco rigurosos en la defensa y promoción de los derechos humanos; teniendo como principal medida coercitiva limitaciones en el otorgamiento de préstamos internacionales y en la obtención de ayuda política y militar cuando se encuentre en riesgo.

Asimismo, si bien es correcto decir que existe una inspiración occidental en los contenidos de la Declaración Universal, aduce Ignatieff, sus redactores tomaron en cuenta la diversidad de tradiciones y no hicieron mención explícita a ninguna idea concreta del Bien, ni de Dios. Retrospectivamente se puede deducir que se ha buscado salvar la herencia de la Ilustración, reinventar la tradición del derecho natural europeo para, así, salvaguardar la *agencia* (herramienta institucional de defensa y vigencia) individual frente al Estado totalitario, opción que ha sido atractiva para muchos países que se liberaron de la opresión colonial en todo el planeta. Si el universalismo de los Derechos Humanos es discutido por muchos, lo es en virtud de que, en un mundo desigualmente repartido, los intereses universales definen básicamente los intereses de los débiles y ello afecta los de los

⁶ *Idem.*

más poderosos. Por otra parte, a pesar de las críticas a dicha Declaración es falso decir que los Derechos Humanos impongan un estilo de vida occidental y capitalista, establece el autor.

En el escenario internacional, encontramos grupos nacionales, como los kurdos, los kosovares, los albaneses o los tamiles, que manifiestan su deseo por disponer de un Estado propio, y que denuncian las opresiones y violaciones a los derechos humanos a las que son sometidos por sus propios Estados, pero lo hacen como estrategia de lucha, situación que demuestra ser una lucha por derechos nacionales y soberanía, disfrazada de lucha por los derechos humanos. De este modo, la solución a este tipo de problemas produce nuevas víctimas; tal ha sido el caso de la creación del Estado de Israel, donde “el mensaje de los derechos humanos es que no existe justificación para el uso inhumano de los seres humanos”.⁷ Sin embargo, dado que la protección de los derechos humanos recae en el Estado en el que viven las personas, los grupos no nacionales que no poseen esa herramienta de soberanía aspiran a tener y conformar uno propio.

Después de 1945 existían dos culturas de derechos humanos, afirma Ignatieff: la tradición comunista de los derechos —que enfatizaba los derechos económicos y sociales— y la tradición capitalista —que consideraba prioritarios los derechos civiles y políticos. No fue sino a partir del *Acta de Helsinki de 1975* cuando el Bloque soviético concedió a sus ciudadanos el derecho a disponer de organizaciones propias de derechos humanos, lográndose, así, un avance decisivo hacia una sola cultura de estos derechos.

En la actualidad, podemos observar que el discurso de los Derechos Humanos es criticado, de nueva cuenta, como un discurso imperialista. No falta razón para ello, señala Ignatieff, en la medida en que Occidente interviene en los asuntos internos de otros países. Ejemplo de esta contradicción es la manera como se fortifica el discurso de los Derechos Humanos alrededor del mundo, con Estados Unidos como su principal promotor; Estado que, paradójicamente, no se somete a las instituciones internacionales de derechos sobre temas humanitarios, tales como la pena capital y las condiciones en sus prisiones, sin considerar que “la obligación de que las naciones pongan en práctica lo que predicán constituye el requisito básico para una política de derechos humanos legítima y efectiva”.⁸

No obstante, el discurso de los Derechos Humanos se ha malinterpretado, dice el autor, especialmente cuando algunos países occidentales lo utilizan para la intervención, sea por medio de sanciones, o bien, utilizando la fuerza. Es por ello que la intervención militar por causas humanitarias es un problema aún no resuelto y su importancia radica en evitar que la intervención se convierta en imperialismo. Sin embargo, hoy en día vemos que la intervención en lugar de apor-

⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁸ *Ibid.*, p. 62.

tar paz y estabilidad a un territorio determinado, está siendo convertida en un factor que vulnera el respeto y la legitimidad de los derechos humanos.

Para Ignatieff, los Derechos Humanos son una forma de política que debe hacer compatibles los fines morales con situaciones particulares, y que debe estar lista para hacer dolorosas concesiones no sólo respecto de la relación y congruencia entre medios y fines, sino respecto de los propios fines. De esta manera, el lenguaje de los Derechos Humanos proporciona los instrumentos necesarios para percatarse de que existen abusos verdaderamente intolerables y que algunas justificaciones de esas conductas son efectivamente insoportables.

En el mundo existen algunos regímenes autoritarios de partido único que argumentan que la defensa de los derechos humanos y el mantenimiento de la estabilidad estatal son incompatibles; mientras que algunos activistas niegan la existencia de tal incompatibilidad, pues afirman que la mejor garantía de estabilidad debe ser la democracia, los derechos humanos y la justicia.

Sin embargo, un problema importante para los Derechos Humanos en la escena internacional es representado por el “nacionalismo”, al ser equiparado con una reivindicación universal de Derechos Humanos en nombre del derecho a la “autodeterminación de los pueblos”. Ello trae a colación la pregunta sobre si la autodeterminación colectiva forma parte de un conjunto mínimo de derechos humanos por poseer un valor intrínseco o por ser un instrumento, un medio, para proteger a los individuos que forman una sociedad frente a las crueldades que las sociedades políticamente organizadas —Estados— pueden infringir a los individuos.

Es por ello que la autodeterminación colectiva debe distinguirse del nacionalismo para poder ser considerada como un medio de protección de las personas frente a formas de crueldad y opresión, pues el derecho a la autodeterminación colectiva no deviene en autoridad para reprimir a las minorías, sino que es simplemente un derecho que se ejerce en grupo y que está condicionado respecto de los derechos de los individuos por parte del grupo. El nacionalismo, en cambio, representa la solución a un problema de derechos humanos y la creación de otro, pues las naciones asumen la autoridad para oprimir a los individuos con la excusa de su derecho a la autodeterminación. La discusión no resuelta representa un riesgo en la afirmación del discurso y los valores de los Derechos Humanos.

Por otro lado, algunos gobiernos consideran que la democracia y los Derechos Humanos entran en conflicto, al extremo de pensar que una mayoría pueda conseguir la soberanía popular al precio —por ejemplo— de la limpieza étnica de la minoría. Esto significa que, en muchos casos, cuando se defiende la autodeterminación étnica se pone en riesgo la estabilidad, misma que es precondition para la protección de los derechos humanos. Es por ello que hay que tener claro que en los casos en que existen deseos secesionistas, de parte de los afectados, se puede provocar un empeoramiento de la situación de violación de derechos humanos. Dice Ignatieff: “La triste verdad es que la autodeterminación nacional

no siempre es favorable a los derechos humanos individuales, y que la democracia y los derechos humanos no siempre van de la mano".⁹

Para la solución de las demandas secesionistas se tendrá que realizar un análisis que determine cuáles demandas verdaderamente merecen la creación de un nuevo Estado, cuáles podrían ser resueltas con la autonomía regional y cuáles se solucionarían con la descentralización política. En un Estado democrático, las demandas secesionistas se deben enfrentar bajo la constitucionalidad; mientras que en un Estado no democrático, la independencia y la secesión parecieran, más temprano que tarde, inevitables.

De aquí se desprende que el Estado cívico y el constitucionalismo son elementos fundamentales para el respeto de los Derechos Humanos en las condiciones de un Estado multiétnico, como tienden a serlo cada vez más Estados nacionales. Desde el punto de vista de Ignatieff, se deben abrir canales de expresión para las minorías que carecen de Estado, como las regiones autónomas, para que puedan defender sus intereses sin necesidad de pedir la plena soberanía, justo como pasa en la Unión Europea, donde catalanes, escoceses y vascos, entre otros, participan en los foros internacionales y promueven de esa forma el desarrollo de sus regiones y sus propias reivindicaciones.

Ignatieff incorpora la siguiente postura al debate: "Si los derechos humanos son universales, su violación nos compete allí donde se produzca. Pero no podemos intervenir en todas partes. Si no racionamos nuestros recursos ¿Cómo podemos ser efectivos?"¹⁰

De esta manera, en el texto el autor propone tres criterios para racionar y racionalizar las intervenciones, establecidas durante la década de los noventas:

1. Las violaciones de los derechos humanos en cuestión deben ser evidentes, sistemáticas y continuadas;
2. Deben constituir una amenaza para la paz y la seguridad en la región; y
3. La intervención militar debe tener una probabilidad aceptable de acabar con las vulneraciones.¹¹

La práctica ha impuesto un cuarto criterio evidente: la región en cuestión debe ser de interés vital, por razones culturales, estratégicas o geopolíticas, para una de las potencias del mundo, por lo que la otra potencia —se entiende— no debe oponerse al ejercicio de la fuerza. De aquí que se establezca la paradoja, derivada pragmáticamente, de que los Derechos Humanos son universales, no obstante, "el apoyo para la aplicación coercitiva de sus normas nunca será universal, y

⁹ *Ibid.*, p. 55.

¹⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹¹ *Idem.*

dado que las intervenciones carecen de una legitimidad absoluta, deberán ser limitadas, parciales y, por lo tanto, sólo obtendrán un éxito parcial”.¹²

Al igual que el nacionalismo, la intervención es un arma de doble filo. Debe emplearse en contadas ocasiones, y debe emplearse cuando pueda ser efectiva para detener —o reducir significativamente— la vulneración sistemática y continuada de derechos humanos. Sin embargo, el intervencionismo suscita polémica tanto en la teoría como en la práctica y si bien “los derechos humanos pueden ser universales, el apoyar su aplicación por la fuerza nunca lo será”. Ejemplos como Ruanda y Bosnia muestran que los inocentes no deben tener ninguna razón para confiar en las promesas de protección de las fuerzas de paz, encabezadas por la ONU. En este sentido: “la comunidad internacional rara vez destina recursos a un problema antes de que estalle la violencia. Pero a su vez, esto socava la legitimidad de las intervenciones en defensa de los Derechos Humanos, porque presenta las violaciones brutales de los derechos humanos como su prerrequisito”.¹³

En la historia hay ejemplos, como el de Kosovo, donde —desde la perspectiva de Ignatieff— conceder la independencia a los kosovares equivaldría premiar a un movimiento secesionista, que en su momento empleó deliberadamente métodos terroristas. Por lo tanto, el único resultado coherente, dice el autor, era que la región llegase a tener un autogobierno efectivo en manos de su propio pueblo y lejos de la administración de la OTAN, la ONU o de la Unión Europea.

Ignatieff ofrece, sintéticamente, una serie de factores que pueden ayudar a la comprensión de la crisis actual de los derechos humanos:

1. Nuestra incapacidad para ser coherentes, es decir, para aplicar los criterios de los derechos humanos al fuerte y al débil por igual;
2. Tiene que ver con nuestro fracaso a la hora de conciliar los derechos humanos individuales y nuestro compromiso con la autodeterminación y la soberanía estatal; y
3. Tiene que ver con nuestra incapacidad, una vez que intervenimos en nombre de los derechos humanos, para crear instituciones legítimas, que por sí solas constituyen la mejor garantía para la protección de los derechos humanos.¹⁴

Como conclusión de esta primera parte del texto, Ignatieff plantea que la incoherencia con la que se ha actuado a lo largo de la historia ha llevado a culturas no occidentales a creer que los Derechos Humanos no son más que una justificación para el imperialismo moral de Occidente.

¹² *Ibid.*, p. 70.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 72.

II. Los Derechos Humanos como idolatría

La segunda parte del libro, titulada “Los Derechos Humanos como idolatría”, comienza con la reflexión de varias autoridades en el ámbito de los derechos humanos, comenzando con el ex secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, quien califica a la Declaración Universal de Derechos Humanos como “el patrón por el que medimos el progreso humano”; mientras que la Premio Nobel Nadine Gordimer la ha descrito como “el documento esencial, la piedra de toque, el credo de la humanidad que sin duda resume todos aquellos otros credos que guían la conducta humana”.¹⁵ Sin embargo, Ignatieff propone una reflexión más compleja sobre la naturaleza de los derechos humanos y establece que:

Se han convertido en la lengua franca del pensamiento moral global, tal como el inglés se ha convertido en la lengua franca de la economía global; por lo tanto, si los derechos humanos son un conjunto de creencias ¿Qué significa creer en ellos? ¿Son como una religión? ¿Equivalen a una esperanza? ¿O se trata de algo totalmente distinto? Sostendré que los derechos humanos son mal interpretados si los vemos como una “religión laica”. No son un credo, no son metafísica. Pensar eso es convertirlos en una especie de idolatría: el humanismo adorándose a sí mismo.¹⁶

Ignatieff postula, en consecuencia, que las personas pueden no estar de acuerdo en por qué tenemos derechos, pero coinciden en que éstos son necesarios. Asimismo, los fundamentos para la creencia en los Derechos Humanos están sujetos a discusión, mientras que los motivos prudenciales para creer en los derechos humanos son mucho más convincentes y seguros.

Así, los Derechos Humanos son necesarios porque hemos aprendido de la historia que la vida humana está en peligro cuando las personas carecen de una mínima “agencia” de respeto y desarrollo a sus derechos. La “agencia” es un concepto desarrollado por Ignatieff en este texto y que refleja la fuerte influencia de Isaiah Berlin en su pensamiento. La *agencia* es lo que Berlin llamaba análogamente “libertad negativa”, es decir, la capacidad que posee un individuo para lograr sus deseos racionales sin obstáculos ni impedimentos. En este sentido, “por racional se entiende lo que no implique un daño intencionado a otros seres humanos; pues cuando los individuos poseen *agencia* pueden protegerse contra la injusticia”.¹⁷

Para Ignatieff, el objetivo de los Derechos Humanos será la protección de la *agencia humana*, y con ello la protección de los agentes humanos frente al abu-

¹⁵ *Ibid.*, p. 75.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 78.

so y la opresión; es por ello que critica la proliferación de múltiples derechos humanos, pues al incluirse muchos derechos que no son claramente necesarios para proteger la *agencia básica*, las necesidades o la dignidad de las personas —por ejemplo, la autodeterminación de los pueblos, la vivienda digna, una adecuada alimentación, el agua, etcétera, entendidos como derechos humanos...— se degrada el objetivo mayor de los Derechos Humanos. Dice Ignatieff: “La *agencia humana* es un tipo de fundamento material e institucional para los Derechos Humanos, en el entendido de que si disponemos de ellos para proteger la *agencia humana*, entonces poseemos una razón imbatible para defender los Derechos Humanos, y eso es todo lo que un fundamento filosófico necesita para existir: una razón tan buena que sea imbatible”.¹⁸

Gracias a esta capacidad, los individuos pueden protegerse de la injusticia y también pueden elegir el sistema de valores y el estilo de vida que quieran llevar. Esto constituye un límite a la concepción occidental tradicional, de modo que se postula el aseguramiento del respeto a la pluralidad valorativa y de opciones de vida en el planeta. “Mundos de vida”, los ha denominado Habermas. No se trata —aduce Ignatieff— de imponer una noción occidental de individuo, sino que el individualismo moral, así concebido, ofrece condiciones para proteger la diversidad cultural, pues, así entendidos, los Derechos Humanos serían solamente una agenda sistemática de “libertades negativas”, instrumentos contra la opresión para que cada quien haga uso de su libertad como lo crea conveniente, dentro del marco de creencias culturales y religiosas diversas que existen.

En una argumentación preventiva a las críticas multiculturalistas, Ignatieff insiste en que nada puede justificar la imposición de los propios valores a otra cultura, cada quien debe poder hacer uso de su derecho a la *agencia*. La idea de que hay gente que no sabe lo que le conviene es un residuo del paternalismo colonial y de las tiranías. Es por ello que sólo se puede y se justifica intervenir si alguien pide ayuda, pero la ayuda es únicamente auxiliar, no debiera implicar una asimilación cultural.

Esto no significa que no haya tensión entre la universalidad de este concepto de derecho y ciertas posturas y culturas que se dan en el mundo; por lo que básicamente hay tres grandes fuentes de desafío cultural a la universalidad de los derechos humanos, mismos que han suscitado importantes preguntas acerca de la validez intercultural y, por tanto, sobre la legitimidad de los derechos humanos: la primera proviene del Islam, la segunda del Sudeste Asiático y la tercera de Occidente.

En cuanto al *desafío Islámico*. En 1947, cuando se redactaba la Declaración Universal, la delegación de Arabia Saudita expresó sus objeciones en particular contra el artículo 16, que hace referencia al libre consentimiento al matrimonio, y contra el artículo 18, referido a la libertad religiosa; por lo que, el delegado

¹⁸ *Ibid.*, p. 79.

saudí se negó a ratificar dicha Declaración. De esta experiencia se puede rescatar el hecho escueto de que en la Declaración, en su mayor parte, sólo se toman en cuenta los valores de Occidente, olvidando los estándares de culturas antiguas. Ignatieff no dice que el discurso universalista de los Derechos Humanos requiere de individuos soberanos e independientes, lo que resultaría blasfemo desde una perspectiva coránica.

Dos han sido las respuestas de Occidente al *desafío Islámico*. La primera, un tanto equívoca, pues asume que el fundamentalismo y el Islam son sinónimos; y, la segunda es una nueva especie posmoderna del viejo relativismo cultural, de la antropología, ya que establece que los “derechos humanos son una construcción occidental de aplicabilidad limitada”¹⁹ por tanto, inaplicable en culturas que no comparten una génesis histórica de individualismo liberal.

El *desafío Asiático*, por su parte, es consecuencia del asombroso éxito económico de la región. El antiguo primer ministro de Singapur, Lee Kuan Yew, dijo que los asiáticos están convencidos de que a una sociedad que posee valores comunitarios le conviene más el individualismo de Estados Unidos, pues el modelo asiático pone a la comunidad y a la familia por delante de los derechos individuales y al orden por delante de la democracia y de la libertad individual: “es cierto que el núcleo de la Declaración Universal lo constituye el individualismo moral, que ha sido tan criticado por las sociedades no occidentales”.²⁰ Como sea, más adelante señala que no hay razón alguna para disculparse por el individualismo moral, subyacente al discurso de los Derechos Humanos; y que es precisamente este aspecto el que resulta liberador, lo que lo hace atractivo respecto de los colectivos oprimidos o explotados.

Ante el *desafío de Occidente*, por su parte, Ignatieff señala que se busca responder a los ataques de que es objeto la Declaración Universal por considerar que sólo toma en cuenta a la tradición de pensamiento de la cultura de Occidente. Su argumento radica en decir que durante el proceso de redacción estuvieron presentes diversas tradiciones: la china, la cristiana de Medio Oriente, la marxista, la hindú, la latinoamericana y la islámica, entre otras, y que se buscó unificar criterios definiendo un conjunto limitado de universales morales. Es por ello que no se hace ninguna referencia a Dios, es por ello que busca tener una orientación laica; no porque represente un signo de dominación cultural europea.

“Es cierto que la inspiración occidental desempeñó un papel predominante en la redacción del documento. Pero el ánimo de los redactores en 1947 no era en absoluto triunfalista... La Declaración era un intento de salvar lo que quedaba de su herencia ilustrada de la barbarie de la guerra mundial que acababa de concluir”.²¹

¹⁹ *Ibid.*, p. 82.

²⁰ *Ibid.*, p. 84.

²¹ *Ibid.*, p. 86.

Estos desafíos hacen patentes las dificultades que resultan inherentes al diálogo intercultural. Se podría recuperar la universalidad de los derechos humanos —insinúa Ignatieff— si se suavizara su sesgo individualista y se pusiera más énfasis a la parte comunitaria, especialmente en el artículo 29: “Toda persona tiene deberes respecto de su comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.²² No obstante, no debemos olvidar que en la estructura intrínseca de los derechos queda determinado su fin último, que es el de proteger primordialmente a los individuos, no al grupo.

Para Ignatieff, en clara referencia a Ferrajoli,²³ la universalidad de los derechos remite al hecho histórico de que defienden y han defendido los intereses universales de los débiles. No obstante, los intereses individuales y los colectivos siempre van a entrar en conflicto; de ahí la importancia de los Derechos Humanos, capaces de mediar esos conflictos, aún si delimitan una esfera individual, la cual no puede ser traspasada por demandas colectivas.

Por su parte, el consentimiento es un elemento de vital importancia en el que deben sustentarse también las intervenciones motivadas humanitariamente. Consiste en el hecho de que lo que es para los activistas una violación a los derechos humanos, también debe serlo para las supuestas víctimas. En este sentido, Ignatieff asegura que la justificación para la intervención surge de las demandas de los oprimidos, no de las organizaciones, prioridades o concepciones de las organizaciones humanitarias no gubernamentales o públicas, pues para sustentar el discurso de los Derechos Humanos no se debe recurrir como base de apoyo en la noción de naturaleza humana, sino en la historia humana; en lo que sabemos que es probable que ocurra cuando los seres humanos no gozan de la protección de los derechos (de agencia).

Ejemplo paradigmático es el *Holocausto judío*, uno de los acontecimientos que dio origen a la Declaración Universal, y que es, a su vez, un claro ejemplo de los grados a los que puede llegar la crueldad humana. Sin embargo, tampoco podemos confiarnos totalmente en la Declaración, pues, según Ignatieff, “el *Holocausto* demuestra tanto la necesidad de prudencia de los Derechos Humanos como su intrínseca fragilidad”.²⁴

Por su parte, si bien muchas religiones establecen que la única autoridad capaz de lograr restringir el poder humano debe estar más allá de la propia humanidad, en alguna fuente religiosa, y no propiamente en la doctrina y el discurso de los Derechos Humanos; para Ignatieff los Derechos Humanos hacen de la

²² Declaración Universal de Derechos humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm.

²³ Ver Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, y L. Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006.

²⁴ M. Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, p. 100.

humanidad la medida de todas las cosas, lo cual desde un punto de vista religioso constituye una forma de idolatría.

Sin embargo, Ignatieff elogia la Declaración Universal, por evitar, precisamente, los discutibles fundamentos religiosos para los derechos humanos y ofrecer, en cambio, una base laica, “un denominador común pragmático diseñado para hacer posible el acuerdo entre diversos puntos de vista políticos y culturales”. De esta manera, acepta una fundamentación plural derivada de las diferentes realidades que se viven en la sociedad, en el entendido de que el régimen de derechos humanos es un instrumento político, y como tal debe poseer fundamentos apropiados a su objetivo. Además de que considera que es mejor que existan muchos argumentos razonables que sustenten a los derechos humanos, en lugar de uno sólo (o ninguno).

De ahí que se deba, también, dar la bienvenida a una multitud de afirmaciones religiosas y laicas no excluyentes acerca de la forma en que se pueden fundamentar, de modo legítimo, los Derechos Humanos: “la *agencia* humana, la dignidad de los seres humanos y el hecho de haber sido creados iguales, son tres afirmaciones no excluyentes”, aunque a menudo los defensores de cada uno de los fundamentos morales consideran más importantes estas fundamentaciones, que los propios derechos que sostienen, convirtiéndose en excusa para la violación de los derechos. Es entonces cuando la “idolatría” de las ideas abstractas se convierte en un gran problema político.²⁵

De esta manera, los fundamentos distintos no impiden necesariamente la coincidencia en la defensa de un conjunto básico de derechos humanos. Esto es cierto incluso en el caso de las teorías comunitaristas, muchas de las cuales defienden los derechos humanos “desde una perspectiva metafísica ajena al individualismo liberal”; no obstante, la defensa comunitarista de los derechos humanos no niega el valor moral de los individuos; en su lugar defiende una conexión constitutiva más estrecha entre individuos y comunidades de lo que aceptan la mayoría de los liberales.

Ignatieff explica que la idolatría humanista es peligrosa por tres razones:

1. Porque sitúa las demandas, las necesidades y los derechos de la especie humana por encima de cualesquiera otros, con lo que se arriesga a legitimar una relación puramente instrumental con otras especies;
2. Porque autoriza esa misma relación instrumental y explotadora con la naturaleza y el medio ambiente; y
3. Porque carece de los fundamentos metafísicos necesarios para limitar el uso de la vida humana, como por ejemplo en el caso del aborto o la experimentación médica.²⁶

²⁵ *Ibid.*, p. 85.

²⁶ *Ibid.*, p. 101.

Ignatieff afirma sobre los Derechos Humanos “que son necesarios para proteger a los individuos de la opresión y la violencia”, cuestionándose por el motivo y encontrando como única respuesta posible, a la historia: “Los derechos humanos son el lenguaje mediante el cual los individuos han construido la defensa de su autonomía contra la opresión de la religión, del Estado, de la familia y del grupo”.²⁷

Ignatieff sostiene la idea de que los Derechos Humanos necesitan de una imagen de lo sagrado, que no se debe idolatrar a la propia especie, pero el compromiso con su protección, preservación y desarrollo tiende a sustentarse en algún tipo de fe en la humanidad. El autor cita, por su sentido antípoda en el debate, a Jack Donnelly, quien afirma que la función histórica de la Declaración Universal de Derechos Humanos no consistió en universalizar los valores europeos sino, en realidad, poner a algunos de ellos, negativos, como el racismo, el sexismo y el antisemitismo, por ejemplo, bajo una prohibición perpetua.

Así, Ignatieff sostiene que es erróneo y contraproducente interpretar los Derechos Humanos como una “religión laica”, como un credo o postura metafísica, como un artículo de fe de una cultura laica que teme no creer en nada más. Para él es imposible ponerse de acuerdo sobre lo que es o no sagrado; en cambio no lo es tanto coincidir en que los Derechos Humanos son a todas luces necesarios.

Los Derechos Humanos serían menos imperialistas si fueran más políticos, como un lenguaje; no una promulgación de verdades metafísicas (idolatría). Son un discurso para la mediación de conflictos. No son una lista exhaustiva de todos los fines deseables de la vida humana, ya que a estos fines —libertad, igualdad, seguridad, propiedad— les es intrínseco, en numerosas ocasiones, entrar en conflicto entre ellos.

Los Derechos Humanos son el marco de la discusión, pero no pueden ser introducidos sistemáticamente en el debate político para resolver discusiones, esto así porque llamar derecho a una demanda equivale a calificarla de antemano como innegociable. Emplear ese lenguaje, abusar de “cartas ganadoras”, no facilita el compromiso.

Los Derechos Humanos entendidos en tanto que lenguaje sirven para recordar que existen abusos verdaderamente intolerables y ayuda a saber cuando la discusión y la negociación son imposibles.

Occidente se encuentra ante un serio problema de coherencia entre lo que dice creer y la manera en que actúa, por tanto, está obligado a ser coherente consigo mismo para darle un mayor sentido de universalidad a los Derechos Humanos. El caso de Estados Unidos, que se ha negado a ratificar las principales convenciones internacionales en la materia, es un grave ejemplo de incongruencia; el hecho de que la mayor oposición en cuanto a la aplicación doméstica en materia de derechos humanos provenga del propio Occidente, so

²⁷ *Ibid.*, p. 103.

pretexto —en el caso norteamericano— de que podría producirse una intromisión en su sistema democrático.

Ignatieff asegura que el discurso de los Derechos Humanos, entendidos como lenguaje de potencial universal, representa un paso hacia la igualdad moral, sin que pueda dejarse de lado el hecho de que también conlleva a un mundo de conflicto, deliberación, argumentación y contención. Los Derechos Humanos deberían ser vistos como el código lingüístico capaz de crear bases para la deliberación. De esta manera, en un futuro, los Derechos Humanos podrían ser un vocabulario común con el que empezar a debatir, y el mínimo básico en el que podrán enraizarse las diferentes ideas del crecimiento humano.

El libro *Derechos Humanos como política e idolatría* toma posturas y establece argumentos, asume la contraargumentación y se torna, así, un texto flexible. Es un pequeño tratado de tolerancia pluralista. Insinúa enfáticamente el naturalismo, acepta su occidentalismo, pero produce una argumentación plástica —elástica—; liberal en su sentido de radical pluralismo. Tal comportamiento político y teórico le ofrece un instrumental teórico y unas herramientas conceptuales aptas para proponer una tolerancia de apertura universalista para lo que es —y no deja de ser— una proposición construida en clave monocultural. Aunque sea, acaso —como espera Ignatieff—, el código de un lenguaje con probable potencial universalizante.

J. Alán ARIAS MARÍN y Úrsula SÁNCHEZ SOLANO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario bibliográfico

Lewis LYONS, *Historia de la tortura, de los albores de la humanidad a nuestros días*, México, Diana, 2005, 192 pp.

Existe la necesidad de conocer los elementos conexos a la tortura en un contexto histórico, para poder realizar el análisis que lleve a su precisión al presente, así como la de otras expresiones que al relacionarse se usan como sinónimos y no lo son, ello, porque la amplitud con que se han llegado a identificar los fines de la tortura hacen que tal concepto se muestre ambiguo, y actualmente esa práctica se considera un delito y una violación a los derechos humanos que en su investigación se debe contar con evidencias de la misma.

Este trabajo ofrece un punto de vista sobre la historia del castigo, sin dejar de considerar que ése no es el único fin de la tortura; asimismo, el tormento, que no tortura, es una expresión correcta para esa práctica en su aspecto histórico, es conveniente usarla al menos hasta la implementación del Estado Moderno, no obstante, el tormento como una aflicción extra a la pena que correspondiera al delincuente sigue utilizándose, la expresión contemporánea es tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aunque éstos no tienen ningún fin en particular.

La tortura se identifica en contextos históricos pasados para referirse al procedimiento que tenía como objetivo obtener una confesión, el tormento sólo como castigo.

Por su parte, el Estado de Derecho llegaría a conformar una rama especializada del poder coercitivo de la organización jurídico-política respecto de los delitos y las penas, así, al surgir el derecho penal debe utilizarse la expresión pena, que es la impuesta por el Poder Judicial, y no castigo, que tiene una connotación moral.

En efecto, Lewis Lyons proporcionó los elementos que han permitido llegar a tales consideraciones y lo hace con un atrayente recorrido sobre los valores que la sociedad ha distinguido para ser protegidos, principalmente la vida, el patrimonio, el dominio varonil sobre la actitud sexual de la mujer en razón de la filiación y la herencia, las creencias religiosas y el poder de la clase superior, incrementando u ordenando el castigo más cruel conforme el estatus social del

delincuente es más bajo, justificándolo de diversas maneras pero como una constante; de hecho en la India, por medio de las Leyes de Manú se castigaban actos diversos de castas inferiores hacia superiores, al grado de mutilar partes del cuerpo, como por ejemplo: cuando un hombre de una casta inferior escupiera al de una superior se le cortarían los labios.

También muestra los motivos que llevan al cambio de reacción social ante un hecho repudiado, de una venganza privada, al control de la venganza privada autorizada públicamente, a un castigo público que debe cubrir requisitos que no constituyen un procedimiento pero establecen una referencia como la exigencia de una confesión, al surgimiento de diversos principios a favor de un detenido, a la organización de un derecho penal y por último a la observación de un trato humano y digno de las personas que se encuentran en esas circunstancias.

Por su parte, la modificación de la conducta estimada como repudiada, a una acción que causaba una ofensa divina, a un comportamiento derivado del libre albedrío, luego de factores físicos, antropológicos y sociales.

De igual forma, la idea de que la verdad existía en el cuerpo de la persona, mas no en su mente, fue la que vivió durante la Europa medieval, de ahí que debía extraerse de la constitución física, aunque los actos violentos llevan a la experimentación mental, pero se entendía así hasta la consideración del valor del ser humano como individuo en el siglo XVIII, de que las palabras provenientes de su mente aclararían la realidad de los sucesos, para convertirse en ese conocimiento y no en el arrancamiento de ninguna cuestión corpórea, obteniendo una verdad no sólo legal, sino también histórica real y ahora, debería respetarse la vida e integridad física y psíquica de la persona con las previsiones occidentales, sin embargo, sigue siendo insuficiente.

Asimismo, la descripción, uso y ejemplos de los métodos de tortura y muerte clarifican las intenciones de su práctica y la inconciencia sobre la humanidad, simplemente atendiendo a diversos intereses en cada etapa histórica, por lo que va trabajándose contra la privación legal de la vida, sustituida por la deportación, luego el trabajo forzado como mano de obra gratuita, la prisión, la pena privativa de libertad y las opciones o penas alternativas actuales, de hecho y a raíz de la reforma constitucional en México de 18 de junio de 2008, la adición al artículo 17 establece que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”, que en materia penal deberán cumplir con la reparación del daño, sin pasar desapercibido que tal adelanto en materia de administración de justicia requiere de una implementación legislativa para la que cuenta con un periodo de ocho años, según su artículo segundo transitorio del Decreto.

Incluye el contraste entre Occidente y Oriente, ya que todavía hay normas jurídicas que permiten el castigo o aflicción para ejemplificar la conducta a seguir, de lo contrario serán aplicadas a nacionales y extranjeros, particularmente las vigentes en Oriente y que sigue la cultura islámica mediante el Corán, la Sharia y la tradición oral de los califas. Actualmente, entre 1999 y 2002, 12 estados de

Nigeria del Norte adoptaron la Sharia; a un ladrón de una cabra de 40 dólares le amputaron la mano, igual que a uno que robó una bicicleta.

El autor señala que actualmente se utilizan castigos como la flagelación, por ejemplo: en 1994 Michael Fay, estadounidense, de 18 años de edad, residente en Singapur, fue sentenciado a cuatro meses de prisión, una multa de 2,230 dólares y seis azotes por haber pintado presuntamente dos automóviles con spray, tras la intervención del presidente de Estados Unidos de América le rebajaron los azotes a cuatro.

Aunque Occidente también ha mostrado rasgos legislativos que vuelven las penas a la aflicción y en todo caso degradación del ser humano, tales como la deshonra, la cual hacía que el criminal recibiera agresiones y un tormento mental en el caso del cepo y la picota. En el presente siglo jueces de Texas pretenden revivirla producto de una disposición de 1999 en la ley de Texas, que ordenó que los delincuentes en libertad condicional debían hacer pública su falta en la forma exigida por el juez; el juez Ted Poe ha dictado 300 sentencias de notificación pública, acción que sólo lleva a una estigmatización del delincuente y a una imposible reinserción social, cuando se encuentra marcado, si no con hierro, si con la vergüenza pública.

El veredicto final del autor es el siguiente: "Si el principal propósito del castigo es disuadir, entonces ha fracasado,... nunca se le ha dado la oportunidad de dar resultado,... si se aplicara imparcialmente; si no hubiera extravíos de la justicia, favoritismo por una raza o clase, torpezas, sanciones excesivas ni tortura, y el sistema penal contara con el apoyo de toda una serie de servicios complementarios, quizá el castigo tendría oportunidad de surtir efecto".

Lo anterior está comprendido en ocho capítulos con un recorrido que va de la historia antigua, pasando de Moisés a Mahoma, el legado europeo, India, China, la pena corporal, la prisión, la tortura, la pena de muerte y el castigo hoy, y cita los documentos que en esa senda han dado cuenta de lo ya comentado.

Las precisiones iniciales se consideran útiles porque ayudan a uniformar los conceptos que se mencionan como relacionados en el cuerpo de la obra y de esta manera, a aquellas personas que desean iniciar su conocimiento sobre el tema desde su aspecto histórico, para intentar entender porqué subsiste, no caerán en la confusión de que llegara a tratarse de sinónimos, o bien cuando habiendo analizado la tortura en el presente se percata de que es el único de los conceptos que cuenta con definición y desea profundizar sobre el aspecto conceptual, porque aclarando éste será más fácil ubicar los elementos que lleguen a constituir un tipo penal acorde con la realidad, evitando las regresiones como el caso de la ley texana y la publicidad de las sentencias, ya que en Estados Unidos de América para considerar que existe tortura la afectación psicológica no sólo debe ser grave sino extremadamente grave, y por último, el hecho de en la actualidad la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes están prohibidos en Occidente, pero permitidos y hasta regulados jurídicamente en Oriente, por lo

que atendiendo a tales consideraciones el trabajo que el autor presenta muestra todos los elementos necesarios para abundar en el tema y llegar a los análisis en el grado de elaboración que se requieran, siembra la semilla de la reflexión y se espera que haya una buena cosecha.

María Elena LUGO GARFIAS
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario bibliográfico

Juan Sisinio PÉREZ GARZÓN, *Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, Madrid, Síntesis, 2007, 429, pp.

Este libro, publicado en el ambiente de los festejos del segundo centenario del inicio de la Guerra de Independencia española en 1808, se propone estudiar la trascendencia que las Cortes de Cádiz tuvieron para la construcción del Estado moderno español y para la configuración de las naciones americanas que se independizaron de la monarquía en las primeras décadas del siglo XIX. Por ello, su aporte al debate sobre la problemática histórica de los derechos humanos en México lo hace relevante para nuestra revista.

Pero a diferencia de otros estudios que se centran en la parte épica de la lucha de los españoles en contra del ejército francés y el poder napoleónico, o de aquellos otros que visualizan lo acontecido en las Cortes como un proceso de profunda ruptura con lo acontecido en esos años, el autor asume otro enfoque. Tratará de ver las continuidades e influencias del proceso de modernización y liberalización que se empezó a dar desde antes en el sistema político español, y luego durante la gestión de José I, sobre lo acontecido con las Juntas que se formaron en contra de la intervención napoleónica, las Cortes de Cádiz y todas las disposiciones tomadas por ella, coronadas con la promulgación de la Constitución de 1812. Su interpretación parece la de un historiador liberal moderado, aunque su mérito es tratar de ver, más allá de los procesos de ruptura generados por la lucha, los aspectos que vienen de un tránsito más largo.

Comenta el autor que el periodo que transcurre entre 1808 y 1814 en España es conocido como el de la "Guerra de Independencia". Se abre con la lucha del pueblo español en contra de la intervención de Napoleón en el clima de disputas palaciegas de la casa real española, continúa con la lucha independentista, el proceso legislativo y de gobierno de las Cortes de Cádiz y las Juntas y termina con la restauración de la monarquía absoluta a partir del llamado "Manifiesto de los persas" o acuerdo de un grupo de diputados que solicitan a Fernando VII, y luego lo consiguen, restaurar el régimen absolutista y echar abajo la obra legislativa de las Cortes de Cádiz.

Pero vayamos por partes. Los sistemas de poder teocrático y absolutista, así como las estructuras de dominio eclesiástica y nobiliaria de España habían entrado en un proceso de deterioro en la segunda mitad del siglo XVIII ante la construcción de nuevas realidades económicas y sociales en varias partes del mundo. Las revoluciones americana y francesa, el expansionismo político e ideológico del imperio napoleónico, por un lado, y la creciente hegemonía económica del Reino Unido, zarandearon los equilibrios que sostenían a la enorme monarquía española.

Todos estos factores externos de alguna manera constituyen el paisaje internacional que estuvo detrás de la revolución que desde 1808 impulsaron los liberales en los inmensos territorios de la monarquía hispánica, a ambos lados del Atlántico.

No se trató de un asunto del azar, ni mucho menos una causalidad derivada de ideas importadas de otros países, como se argumenta a menudo. Debemos recordar que la idea de libertad es antigua y estaba en todas las sociedades, aunque sería en la cultura occidental en donde a partir del siglo XVIII se convertiría en el soporte de un movimiento social, político y cultural que se definió como liberalismo. Este concepto significó no sólo el principio político de la libertad, sino también la virtud social de la liberalidad o generosidad. La concentración de ambas dimensiones, libertad y liberalidad, dentro del concepto "liberal" fue el aporte que la llamada "revolución española", lo que la puso en línea con otras revoluciones como la inglesa del siglo XVII y las americana y francesa del siguiente. Los protagonistas de la revolución española se definieron a sí mismos como liberales para diferenciarse de sus contrarios, los "serviles" del absolutismo.

La fórmula se expandió y el concepto liberalismo se convirtió en un término para definir los cambios políticos que se desarrollarían a lo largo del siglo XIX en los países occidentales.

En esos grandes movimientos de transformación política se había producido la simbiosis entre el concepto de Estado y uno nuevo, el de nación. La palabra nación pasó a significar el sujeto colectivo que ostentaba la soberanía del Estado. Con el despliegue del liberalismo, la nación se hizo concepto político e idea cultural. Se convertía en el referente máximo de la soberanía.

Ése fue el reclamo que las Juntas, instancias de deliberación y decisión colectiva que se formaron en varias zonas de España para rechazar la entrega del trono español a Napoleón por parte de miembros de la casa real. Se concretaba en el debate dos modos de definir el concepto de nación.

En la primera, el concepto nación, como concepto político, deriva de la visión contractualista como unión de voluntades individuales en una asociación libre, fundada en la identidad de derechos. La nación era un conjunto de ciudadanos libres. No miraba tanto los territorios o las unidades mayores, sino a los individuos concretos. Esta visión del nacionalismo se consideraba revolucionaria porque disolvía los poderes de la monarquía absoluta y creaba la idea de la igualdad ciudadana como soporte de un Estado representativo del interés común. Se trata de

un nacionalismo de contrato social, a la manera como se expresó en la revolución norteamericana y en la francesa: “la nación como fuente de toda soberanía”.

En su segundo concepto, de la mano del romanticismo, la nación fue sello identitario y perenne que marcaba el modo de ser de un pueblo. Contra el individualismo universalista de la nación como contrato, el romanticismo señaló la singularidad de cada cultura como algo que permanece y define a cada pueblo. Fueron los románticos alemanes los creadores de esta interpretación, con Herden a la cabeza. Luego Fisher, en 1807, en sus discursos a la nación alemana —ocupado Berlín—, identifica patria con pueblo y exalta el sentimiento de pertenencia a ese pueblo-nación como fundamento del Estado, al que se le asigna además la tarea de preservar y expandir ese sentimiento nacional, a través de tareas como la educación.

Frente a la visión contractualista de la nación, como contrato libre de individuos particulares, en esta otra interpretación la nación se plantea como una totalidad inclusiva, con vínculos naturales, que no se adquirían voluntariamente ni se elegían, sino que se nacía como parte de esa colectividad totalizadora e identificadora.

Estas dos concepciones de nación estarán presentes en los debates desarrollados en las Cortes de Cádiz. Uno de sus grandes logros y avances sería precisamente la instauración del voto universal, aunque indirecto, para los varones.

Pérez Garzón, catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad de Castilla La Mancha, afirma que los libros de historia sobre esos años tienden a revelar los hechos bélicos de la lucha de una parte fundamental del pueblo español en contra de la ocupación del ejército francés, por encima de otros acontecimientos políticos y sociales. Se llega, dice, incluso a singularizar hechos bélicos con énfasis nacionalista, cuando una parte de los acontecimientos guerreros de ningún modo fueron tarea exclusiva del pueblo español, sino que contó con la ingerencia del ejército inglés. En su libro buscará estudiar otros acontecimientos más profundos que, al amparo sin duda de la guerra contra Napoleón, fueron impulsados por los liberales españoles para inaugurar lo que se llama la “Edad contemporánea de España”.

Esto es, pretende estudiar el periodo como uno en el que se pusieron en marcha por primera vez los horizontes de modernización política, económica, social y cultural que se anudaron en torno a las ideas de soberanía nacional, libertad individual, propiedad, ciudadanía y Estado representativo.

Desde esa perspectiva, sin esconder sus simpatías por los procesos de liberalización que Napoleón empujó en Europa en contra de las monarquías absolutas, el autor desmitifica un poco la llamada Guerra de Independencia. Señala que durante más de tres años casi toda la península estuvo gobernada por españoles partidarios de José I, a los que debería dejárseles de llamar afrancesados.

En todo caso nos dice, tanto en uno como en otro bando, los que respaldaron el régimen de José I, como los que se levantaron en contra, se quiso construir una nación de ciudadanos libres, aunque optaron por distintas opciones dinásti-

cas y contaron con apoyos internacionales contrapuestos. Unos respaldados en el imperio napoleónico y los otros en la potencia británica.

Desde ambos frentes se desplegó idéntica exigencia de que sólo un estado liberal podría abrir las compuertas al progreso económico, social y cultural. Los dos proyectos buscaron incluir a los americanos en el nuevo proyecto estatal. Tanto en Bayona como en Cádiz se les permitió tener voz y voto en los asuntos estatales a los representantes de esos territorios. Así, el autor asume que lo que otros autores han denominado Estatuto de Bayona del 7 de julio de 1808, en realidad fue la primera Constitución de España, por lo que la ruptura que supusieron las Juntas y las Cortes de Cádiz, no lo serían tanto, sino que tendrían mucha influencia de aquel documento.

Aunque en el libro las Cortes de Cádiz son el protagonista principal, el autor señala que los principios y medidas tomadas por el emperador José I tuvieron a la postre tanta influencia en la historia española como la legislación de Cádiz. Incluso llega asumir su reinado como el primer gobierno liberal español. Es decir, que sin las propuestas desarrolladas por los españoles bonapartistas no se entenderían las dos dimensiones en que se desplegó el liberalismo más tarde a partir de 1834 en la construcción del Estado y la sociedad liberal españolas.

Y esto fue así porque ante los sucesos sangrientos del 2 de mayo de 1808 en Madrid, con objeto de legitimar las abdicaciones que recibía a su favor por los borbones y que se dotase al país de un texto constitucional, se convocó a una Asamblea en Bayona a los miembros de los tres estados feudales: aristocracia, clero y tercer estado. Se integraría una asamblea de diputados en la que por vez primera se otorgó derecho de constituyentes a seis representantes de las provincias americanas.

Quien concretaría esta convocatoria sería Murat, duque de Berg y lugarteniente de Napoleón, quien un año antes había entrado a la península con un ejército de 100 mil franceses, y quien encabezaba la Junta de Gobierno encargada del poder en tanto el corzo nombraba a quien ocuparía el trono español.

Sesionando durante varios meses, finalmente, el 7 de julio la asamblea recibió a José Bonaparte como rey. Éste expresó que el texto constitucional terminado por el apremio napoleónico serviría para anular el levantamiento de las Juntas, se leyó el texto, se aprobó por unanimidad y se juró por todos los presentes.

Uno de los argumentos fundamentales de Pérez Garzón para ver continuidades entre el texto constitucional de Bayona y el de Cádiz es que, aunque fue elaborado bajo los apremios del emperador, argumento que ha servido para calificarlo de "Carta otorgada" o Estatuto, lo cierto es que un sector importante de las elites españolas lo hicieron suyo y lo ratificaron en Asamblea, con algunas modificaciones. A su entender, esos españoles no sólo habían valorado la abdicación de los miembros de la familia real como una entrega válida de la corona a Napoleón, sino también como la recuperación de la soberanía por la patria abandonada por las querellas familiares de Carlos IV y su hijo Fernando. De esa manera, tanto el

depositario legal de los derechos dinásticos, Napoleón, como la nación española, podían acordar un pacto constituyente para organizar un nuevo Estado sobre la vieja monarquía que abarcara la península y los territorios americanos.

De esta manera aparece con claridad la posición política pro monarquía moderada del autor. Afirma enseguida que se perfiló efectivamente un Estado diseñado por primera vez como un conjunto diferenciado de instituciones cuyas relaciones políticas irradiaban desde el centro y hacia el centro. Se abarcó la demarcación territorial de una nación constituida por una red de instituciones provinciales y municipales homogéneas. Así encuentra el vínculo entre estos eventos y el modelo de monarquía constitucional que se establecería en España a partir de 1834.

No obstante, corrigiendo un poco su argumento sostiene que los bonapartistas crearon un Estado legal. Esto es, sometido al imperio de la ley, para sustituir la monarquía con poderes tan absolutistas como los anteriores como arbitrarios. Pero habían implantado la idea de la soberanía compartida entre el rey y la nación, lo que era una transformación del orden establecido. Y eso sería imitado por las distintas constituciones que tendría España en el siglo XIX.

Pero la historia de la creación de la nación española bajo estos parámetros surge a partir del curso que llevan a actores individuales y colectivos a circunstancias no esperadas seguramente cuando se gestaron inicialmente.

En 1807 se había dado una conjura conocida como "de El Escorial", en la que se buscaba destronar a Carlos IV y subir en su lugar al príncipe heredero, Fernando. La conjura fue descubierta a tiempo y desbaratada. Surgió a partir de las intrigas del príncipe heredero que conspiraba con Napoleón para encontrar una princesa para él que había enviudado, a espaldas del rey y de Godoy. Se avizoraba que Napoleón quería el control de la corona española.

Y el golpe se daría al año siguiente, año también en el que aparecería el proceso para la construcción del estado nación español en los términos del mundo moderno.

Entre el 17 y 19 de marzo de 1808 se dio un alzamiento azuzado por los sectores más conservadores de España encaminados contra la regencia de Godoy y las medidas desamortizadoras que llevaba a cabo. El 21 de marzo, para evitar efusión de sangre mayúscula, el rey Carlos IV abdica. Sin embargo, el 2 mayo se desdice de la misma en una carta que envía a su hijo. Ese mismo día y el siguiente se darían los acontecimientos de los patriotas españoles enfrentados a los franceses y que fueron masacrados en Madrid por las tropas invasoras. El rey firma entonces un tratado con Napoleón en cuya cláusula primera le cede "todos los derechos al trono de España e Indias". Fernando, por temor a represalias de Napoleón renunció oficialmente a la corona. Días más tarde, el 12 de mayo de 1808, con los otros dos posibles herederos de Carlos IV, los infantes Carlos y Antonio, firmaba desde Bayona una proclama "absolviendo a los españoles de sus obligaciones". Con estas concesiones, todos habían renunciado a aquella

soberanía heredada por transmisión familiar y la depositaban en manos de quien quería ser emperador de toda Europa y de las Américas.

Así, para cuando Napoleón firmaba el 6 de junio de 1808 el decreto que nombraba a José Bonaparte rey de España y de las Indias, cerrando la crisis dinástica borbónica, en la Península se había ya desencadenado una sublevación en toda regla que asumió la soberanía de la nación porque sus depositarios, Carlos IV y Fernando VII no habían sabido defenderla con dignidad.

Las juntas que se formarían en diversas ciudades y regiones españolas, e incluso de América, declararon la guerra a Francia, asumieron la soberanía de la nación, se encargaron de la recaudación fiscal, alistaron a los ciudadanos y crearon un nuevo tipo de ejército, compuesto no de soldados del rey, sino de la patria.

Al asumir la soberanía sobre sus territorios, las Juntas inauguraron un proceso igualmente inédito en la historia española. Tuvieron que plantearse la necesidad de la federación para luchar contra Napoleón y también para organizar la soberanía nacional. La suma de reinos y provincias vertebradas por la corona hispánica habían cuajado en una diversidad de patriotismos que se manifestaron por primera vez en 1808. Al lado de sentirse como parte de una misma nación, España, se fraguaron lealtades territoriales e identidades socioculturales que luego tomarían cuerpo como regionalismos culturales o se plasmarían en fórmulas como federalismo o los reclamos de autogobierno. Tal y como ha sido un reclamo en la realidad contemporánea de ese país.

Un aporte del libro es que no analiza las Cortes de Cádiz como el momento fundamental con el antiguo régimen, sino que argumenta cómo hubo una sincronía que parte desde el documento constitucional de Bayona hasta llegar a Cádiz. Pretende no tanto resaltar quienes fueron partidarios de un Bonaparte o un Borbón para dirigir España, sino buscando el legado común que la administración de José I y los liberales gaditanos dejaron para construir la sociedad liberal en España. Pero también en América, porque a pesar de la subrepresentación que los americanos tuvieron en las dichas cortes, éstas tuvieron un enorme peso en el pensamiento y la acción de quienes transformarían esas regiones, sujetas de la península durante trescientos años de explotación y dominio, en nuevas naciones.

A finales de 1813, Napoleón, derrotado y acorralado tras sus fronteras por las tropas inglesas, negocia con Fernando VII la devolución de la corona a cambio de la neutralidad de España en la guerra.

El 6 de febrero de 1814, en Fontainebleau, Napoleón abdica a sus derechos y pone la corona en manos de Fernando VII, quien firma la paz con Francia y se pacta el cese de hostilidades entre el ejército inglés que lo apoya y el ejército francés. Pero este convenio que había sido firmado el 11 de diciembre anterior, no podía ser aceptado por las Cortes, puesto que contravenía el nuevo principio de la soberanía nacional. Sólo podía ser rey aquél por el que decidieran las Cortes, unas cortes que habían sido electas mediante sufragio universal, aunque en elección indirecta, tanto en la península como en América.

La firma de la paz tenía que ser con el consentimiento de éstas. Las cosas habían cambiado en seis años.

Sin embargo, hubo un acuerdo entre diputados liberales y absolutistas de las cortes. La legitimidad de Fernando VII se la daban ellas y no los acuerdos con Napoleón, por lo que debería presentarse ante las mismas. Le marcaron la ruta de regreso a España, que comenzó en marzo de ese año, pero el rey, maniobrando, la cambió para ganar tiempo. En mayo, apoyado por el Alto Mando Militar, y haciendo eco de los diputados absolutistas del manifiesto de abril, Fernando VII aplica el primer golpe de Estado en la España contemporánea mediante un decreto del día 2 emitido en Valencia. Ahí declara que no tenía más legitimidad que haber recibido la corona de Napoleón, o acaso de Dios, si se aceptaba que el poder absoluto provenía de una designación divina. Abolió toda la obra legislativa de las Cortes, dejó nulos todos los decretos, incluyendo la Constitución. Instauró la represión y la persecución política, el exilio de los liberales y la reinstalación de la Inquisición, se abolió la libertad de imprenta y otros muchos logros de esos años. Con ello también abrió la puerta para que las guerras de independencia iniciadas unos años antes se concretaran en América.

De una lucha palaciega, los acontecimientos de 1808, por las condiciones internacionales y los propios procesos internos, de cara a otros de larga duración que se venían gestando en otros países occidentales, harán explosión en los sectores medios y populares de España. Darían pie a un doble acontecimiento social: la Guerra de Independencia y la lucha por construir un estado nación soberano. Así afirma que los conceptos de soberanía nacional, libertad individual, propiedad, ciudadanía y Estado, se plantean por primera vez en el texto constitucional conocido como de Bayona y de modo más firme y radical en la extraordinaria tarea legislativa de las Cortes de Cádiz, que durante más de tres años tomarían decisiones y realizarían actuaciones. Aunque se restablecería la monarquía absoluta de Fernando VII en 1814, las bases para el tránsito al Estado contemporáneo español estaban ya dadas afirma el autor.

La lectura de este material es interesante por la perspectiva liberal moderada que contiene, que nos da una visión un tanto distinta de ese periodo español. Aunque a mi entender, creo que el autor se equivoca al final.

El siglo XX español volverá a ser presa de la guerra, ahora civil, aunque también considerada de intervención por las tropas africanas que Franco utilizaría en contra de la república, masacrando patriotas, para sostener los resabios del antiguo régimen y atorar hasta las últimas décadas del siglo XX la modernización política que incluso en varios de los antiguos dominios americanos españoles se había dado desde un siglo antes.

Moisés Jaime BAILÓN CORRES
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario bibliográfico

Angelika RETTBERG, comp., *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones de la Universidad de los Andes, 2005, 280 pp.

I. Una colaboración en la búsqueda de soluciones

En el prólogo de la obra en comento, Collen Duggan hace el siguiente cuestionamiento: “¿Qué papel podrían desempeñar las investigaciones sobre justicia cuando un país tiene que lidiar con los problemas cotidianos que generan los desplazamientos poblacionales, la destrucción de la infraestructura y la violación masiva de los derechos humanos?”¹ En el centro de esta pregunta radica la indefensión de las víctimas, así como la inseguridad de la población de un Estado. Por tales motivos, deben perseguirse soluciones jurídicas para llegar a la posibilidad de exigir responsabilidades, así como de consolidar la gobernabilidad democrática. A esto es lo que se le conoce como “justicia transicional”, lo cual no empata con los conceptos de “comisión de la verdad y reconciliación”. Angelika Rettberg, quien es profesora del Departamento de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes y directora del Programa de Investigación sobre Construcción de Paz, ha aglutinado, en la obra objeto de este comentario, al producto de la colaboración entre el Programa dirigido por ella y el International Development Research Centre de Canadá.

De manera muy general puede decirse que la justicia transicional tiene por finalidad facilitar la transición de una situación de conflicto a una de paz, o de un gobierno autoritario a la democracia, mediante soluciones judiciales y políticas. Por ello, es conveniente estudiar tanto el marco conceptual y normativo, ya sea internacional como nacional, y las descripciones y discusiones de arreglos institucionales logrados en diferentes países del mundo. De tal análisis pueden plantearse los retos o tareas pendientes en las naciones en transición. Para tal propó-

¹ Collen Duggan, “Prólogo”, en Angelika Rettberg, comp., *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones de la Universidad de los Andes, 2005 p. VII.

sito, la obra en comento se ha dividido en tres partes, a saber: El marco conceptual; Diseño institucional y contexto, y Voces de advertencia.

II. El marco conceptual

Respecto del marco conceptual se han compilado los artículos “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en coautoría de Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga, así como “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, de Mark J. Osiel. El primer artículo aborda puntualmente la jurisprudencia internacional y su oferta a los países en transición, que de manera concreta, como es el caso de Colombia, se ha visto en la necesidad de negociar acuerdos de paz con grupos armados que han cometido crímenes humanitarios. Mark J. Osiel, a la sazón profesor de la Universidad de Iowa, desarrolla un artículo de particular valía. En principio despliega la gama de posibilidades de un país en transición, a saber: amnistías, purgas, juicios, comisiones de la verdad e indemnización o compensaciones del Estado. Las comisiones de la verdad, en palabras de Osiel, son creaciones a cargo de los nuevos líderes políticos cuyo fin es

[...] investigar y denunciar públicamente la “verdad” acerca de lo sucedido durante el periodo previo en el que se cometieron atrocidades masivas. En estas comisiones, las víctimas pueden dar su testimonio, algunas veces en audiencias públicas, acerca de qué sufrieron y a manos de quién. El atractivo de las comisiones de la verdad consiste en que pueden ayudar a establecer los hechos básicos, para con ello construir un fundamento fáctico común con base en el cual puede continuar la discusión sobre sus significados. Presentados ante los medios de comunicación, tales procesos e informes públicos se convierten en el fundamento para comprender mejor lo ocurrido. La verdad fáctica que se busca puede ser concebida en términos más o menos amplios. Las comisiones de la verdad también permiten que las víctimas expresen públicamente su indignación y su dolor. Tales manifestaciones evocan la simpatía del público a la vez que facilitan la búsqueda de estrategias más ambiciosas tales como la indemnización de tipo civil o los procesos penales.²

Las amnistías (*grosso modo*, el perdón de delitos por un órgano gubernamental –usualmente el legislativo) permiten opciones de transición pacífica de cara a la sociedad, a diferencia de negociaciones secretas. Aunque las amnistías puedan ser producto de las segundas. Curiosamente, las purgas son objeto de una valoración positiva por parte de Osiel:

² Mark J. Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en *op. cit.*, p. 68.

Además de las amnistías y las comisiones de la verdad, el siguiente tipo de respuesta de los Estados transicionales a las atrocidades generalizadas consiste en purgar a los responsables de los puestos de mando. El objetivo es en parte retributivo, en la medida en que se busca sancionar al criminal por sus actos removiéndolo del cargo en lugar de procesarlo judicialmente. Sin embargo, también tienen una finalidad preventiva dado el peligro que éste representa para la transición y para la implementación de las nuevas políticas gubernamentales, si continúa ocupando un cargo desde el cual puede obstruir dichas políticas.³

III. Diseño institucional y contexto

La segunda parte de la obra colectiva, “Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional”, se integra por los artículos “La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional”, de Carsten Stahn, e “Instituciones de la justicia de transición y contexto político”, de Leonardo Filippini y Lisa Magarrell. Stahn, quien es asesor de la Corte Penal Internacional, explica que recientemente han proliferado diferentes tipos de justicia transicional, los cuales pueden ser desde la verdad pura y las fórmulas de reconciliación hasta diversas aproximaciones integradas, en combinación con juicios internacionales o internacionalizados con formas alternativas de justicia. El optar por un medio determinado dependerá de la valoración de la eficacia del mismo. Filippini y Magarrell, en su artículo “Instituciones de la Justicia de Transición y contexto político”, precisan que las instituciones de justicia corresponderán con las condiciones histórico-políticas de los Estados en transición. El éxito de un proceso de tal naturaleza radicarán en el inmediato respeto a los derechos humanos y a la prontitud en el cumplimiento de actos de reparación de los daños ocasionados por las violaciones cometidas en el régimen anterior.

IV. Voces de advertencia

Los artículos finales de esta obra son: “Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia”, de Iván Orozco Abad; “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, de Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon; “La función crítica del ‘perdón sin soberanía’ en procesos de justicia transicional”, de Adolfo Chaparro Amaya; “La segregación de las víctimas de la violencia política”, de Iván Cepeda Castro y Claudia Girón Ortiz, y, finalmente, “Una perspectiva ‘invertida’ de la justicia transicional: lecciones de Guatemala”, de Angelina Snodgrass Godoy.

³ *Ibid.*, p. 72.

Los últimos artículos plantean casos concretos. En palabras de Angelika Rettberg: "Advierten que frente a graves atentados contra los derechos humanos, un énfasis exclusivo en la restauración puede diluir las responsabilidades y fomentar la impunidad. Por ello, sugieren que los procesos de justicia transicional pueden ser complementados con un enfoque restaurativo, pero no deben descuidar el establecimiento y reconocimiento de las responsabilidades".⁴

La obra en comento plantea ese complicadísimo equilibrio entre la prudencia política, evitar la impunidad y a la vez conciliar a una sociedad para que ésta siga adelante en aras de un progreso democrático. Sin duda una obra de lectura obligada por su proximidad latinoamericana.

Rigoberto Gerardo ORTIZ TREVIÑO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

⁴ Angelika Rettberg, "Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional", en *op. cit.*, pp. 4-5.

Comentario bibliográfico

Thomas E. RICKS, *Fiasco: The American Military Adventure in Iraq*, Londres, Penguin Books, 2007, 492 pp.

En estos días es difícil no concebir la invasión de Irak por Estados Unidos y sus aliados en 2003 como un grave error cuyos costos humanos, políticos y materiales apenas comienzan a verse claramente. Decenas de obras han aparecido recientemente tratando de describir y explicar las causas de la guerra, la ocupación y la guerra civil generalizada que han sido su resultado. Es posible que el más exitoso para los lectores especializados norteamericanos sea *Fiasco: The American Military Adventure in Iraq*, de Thomas E. Ricks, y cuya edición actualizada fue publicada por Penguin Books en el 2007. Para Michiko Kakutani, el título mismo de este libro resume de manera devastadora la invasión norteamericana de Irak: un absoluto *Fiasco*.¹ El título sirve, a la vez, de resumen y sentencia del autor acerca de los errores políticos, militares y técnicos cometidos por la administración de George W. Bush. Una pesada carga para una obra que ya es considerada lectura fundamental para comprender estos procesos desde el punto de vista de una autoridad en la materia.

Thomas E. Ricks es el principal corresponsal de guerra del periódico *Washington Post*, habiendo desempeñado labores similares durante 17 años en *The Wall Street Journal*. También ha fungido largo tiempo como su enviado ante el Pentágono, permitiéndole una gran cercanía con las autoridades y miembros de las fuerzas armadas. Además de haber publicado dos libros, ha recibido dos Premios Pulitzer por su labor periodística, que ha incluido los conflictos en Somalia, Haití, Corea, Kosovo, Macedonia, Kuwait, Turquía, Afganistán y, por supuesto, Irak. La combinación de sus fuentes, larga experiencia, acceso a los acervos y la revisión de cerca de 40 mil páginas de documentos le permite recrear de cerca el proce-

¹ Michiko Kakutani, "From Planning to Warfare to Occupation, How Iraq Went Wrong", en *The New York Times*, Books of The Times, July 25, 2006, en: http://www.nytimes.com/2006/07/25/books/25kaku.html?_r=1&scp=6&sq=fiasco&st=nyt&oref=slogin, consultado en abril de 2008.

so de toma de decisiones en torno a la invasión a Irak en 2003 y la subsecuente ocupación militar del país.

Ricks argumenta que el plan de invadir Irak comenzó a gestarse inmediatamente después del fin de la guerra de 1991. Para los norteamericanos más agresivos (los “halcones” en el argot tradicional, opuestos a las pacíficas “palomas”) el cese al fuego significó perder la oportunidad de eliminar al insolente Saddam Hussein, quien había osado provocar a Estados Unidos al invadir Kuwait meses atrás pese al tradicional apoyo que siempre se le había brindado. Este incluyó salvarlo del desastre militar ante Irán en la guerra más larga y sangrienta de la región (entre uno y 1.5 millones de muertos), permitirle aniquilar la resistencia y demandas políticas de kurdos y de la mayoría chiíta y otros favores semejantes. A este afán de venganza se pudo haber enlazado, en opinión del autor de manera fortuita y colateral, el deseo de controlar la región que concentra la mayoría de las reservas petrolíferas del planeta a través de la corrupta monarquía kuwaití, un estado clientelar en Irak y un régimen debilitado en Irán. El deseo de eliminar para siempre al baathismo nacionalista y a su cabecilla Saddam Hussein llevó a los halcones a cometer varios errores que a la postre terminarían en el fiasco del que trata esta obra. La política de “contención” que se aplicó a los iraquíes devastó tras el fin de la Guerra del Golfo su economía y sociedad, sin importar que las sanciones fueran desproporcionadas o que al amparo de la complicidad silenciosa de la ONU se destruyera la posibilidad de vida digna en el país.²

En un solo párrafo Ricks sintetiza sus conclusiones de manera devastadora, cuando apunta que:

La decisión del presidente George W. Bush de invadir Irak en 2003 podría, en última instancia, ser considerado como una de las acciones más libertinas de la historia de la política exterior americana. Las consecuencias de su elección no serán claras por décadas, aunque ya es suficientemente evidente... que el gobierno de los Estados Unidos entró a la guerra en Irak con la escasa ayuda internacional sólida y con base de información incorrecta (en lo que se refiere a las armas de la destrucción masiva y del supuesto nexo entre Saddam Hussein y la organización terrorista de Al Qaeda) y ocupando entonces el país de manera negligente. Miles de tropas de los Estados Unidos y un número indeterminado de iraquíes han muerto. Cientos de billones de dólares han sido gastados, en su mayor parte malgastados. La democracia podría llegar todavía a Irak y a la toda la región. Pero también podrían desatarse la guerra civil o una conflagración regional, que a su vez llevarían a una espiral incontrolada de los precios del petróleo y a una crisis económica global.³

² Thomas E. Ricks, *Fiasco: The American Military Adventure in Iraq*, Londres, Penguin Books, 2007, pp. 3-57.

³ *Ibid.*, p. 3.

El autor plantea el texto como una sucesión de entrevistas enriquecidas con el apoyo de un vasto arsenal documental que fortalece la plataforma sobre la que basa sus críticas a la conducción de la guerra. Para Kakutani, Ricks “recrea un retrato de esta guerra como un ejercicio equivocado de vanagloria, incompetencia y estupidez con una riqueza de detalle y evidencia que es apabullantemente vívida y persuasiva”.⁴

En todo momento la perspectiva del reportero con largos años de experiencia es dominante. El eje de cada tema es el proceso de toma de decisiones, no sus causas y factores de largo plazo. En este aspecto radica el atractivo inmediato y, al mismo tiempo, la falla principal de la obra; sumerge al lector en lo inmediato e imprime un ritmo vertiginoso que sirve para aligerar la lectura, pero a costa de la explicación histórica del desarrollo de cada conflicto. Así, la confrontación de rasgos de carácter, la aparición de personajes claramente delineados y cuyas características centrales sirven para definir sus personalidades de manera puntual otorgan rasgos histriónicos a muchos de quienes aparecen en el texto. Esta visión de reportaje en profundidad, sin embargo, deja de lado problemas y explicaciones de grave urgencia. Por ejemplo, nunca cuestiona el proceso ideológico que permitió al gobierno implantar un virtual estado de excepción amparado en la psicosis contra el terrorismo a partir de los atentados del 11 de septiembre. En este sentido, el *Patriot Act* fue la base del acto de prestidigitación que permitió justificar la invasión de Irak para derrocar a Saddam Hussein (enemigo tradicional de Osama bin Laden y Al Qaeda) y colocó a sus opositores en el campo de los enemigos de Estados Unidos. Este fundamentalismo autoritario de los neoconservadores y halcones es la plataforma que provocó el desastre actual y no es puesto en tela de juicio por el autor.

El texto de Ricks demuestra cómo un grupo de individuos puede subordinar su capacidad crítica y de pensamiento ante el autoritarismo, que destruye toda posibilidad de diálogo y reestablece discrecionalmente las condiciones para dialogar cada vez que es víctima de sus propios errores:

La culpa yace ante todo en el presidente Bush, pero su incompetencia y arrogancia son solamente una parte de la historia. Requiere más de una sola persona hacer un desastre del tamaño de Irak. Es decir, Bush únicamente pudo llevar a cabo acciones tan descuidadas debido a las fallas sistémicas en el sistema americano... Es una tragedia en la que todos los actores importantes contribuyeron con errores, pero en la cual los héroes tienden a ser anónimos y relativamente débiles... la gente que paga todos los días son sangre y lágrimas por las fallas de las autoridades y las instituciones.⁵

⁴ M. Kakutani, “From Planning to Warfare to Occupation, How Iraq Went Wrong”, en *op. cit.*

⁵ T. E. Ricks, *op. cit.*, pp. 4-5.

El fundamentalismo conservador del gabinete de George W. Bush partió de una serie de premisas equivocadas al planear la invasión de Irak. Cuando los altos mandos militares y políticos dudaron de la justificación y la capacidad norteamericana de vencer fácilmente fueron tachados de traidores o colaboracionistas, destituidos y reemplazados por subordinados con mayor espíritu de colaboración. La Doctrina Powell fue abandonada a favor del modelo *Shock and Awe*, que “optimiza” las ventajas de Estados Unidos y que permitía planear nuevas guerras siempre con base en el “escenario optimista” y soñar con la eliminación de todos los “enemigos” en poco tiempo. Es decir, eliminar el Eje del Mal (Irak, Irán y Corea del Norte, definidos de esta manera por el propio presidente, siempre con discrecionalidad) no era posible dentro de las premisas de la Doctrina Powell. La solución fue abandonarla por un modelo optimista que “aseguraba” la rápida y sencilla victoria. Pero la realidad demostró lo contrario.

Para Ricks es evidente que ni Saddam Hussein ni el Baath iraquí tuvieron la menor relación con los atentados del 9/11. No obstante, el Pentágono y la Casa Blanca comenzaron a preparar los planes para la invasión, postergada para el periodo inmediato a la ocupación de Afganistán (y la hipotética eliminación de Osama bin Laden y Al Qaeda). Sin importar las protestas de los inspectores de la ONU, que afirmaron que no existía evidencia de que el régimen poseyera o estuviese en proceso de obtener armas de destrucción masiva, Estados Unidos comenzó a formar una gran coalición para atacar al Eje del Mal. Las fallas jurídicas y técnicas de su causa provocaron que finalmente sólo este país y Gran Bretaña aportaran contingentes de combate, dejando labores secundarias a la pléyade de seguidores de la aventura y fuera de la “alianza” a la mayoría de los miembros del Consejo de Seguridad.

Ricks demuestra que la invasión de Irak se basó en premisas falsas, impulsadas de manera violenta y probablemente ilegal por parte del gobierno de George W. Bush. El resultado ha sido una catástrofe humanitaria cuyas decenas de miles de muertos, centenares de miles de desplazados y millones de víctimas por la espiral de violencia y resquebrajamiento político, social, cultural y de las mínimas garantías no es analizado por el autor. ¿Por qué no dedica la misma atención a las pérdidas humanas que al estudio del proceso y errores en la toma de decisiones norteamericana? El tratamiento de las violaciones de derechos humanos que han ocurrido de manera sistemática y constante a raíz de la invasión de la coalición norteamericana a Irak es uno de los puntos más frágiles de la argumentación de Ricks. La respuesta no es sencilla. El autor se enfoca al problema de la conducción de la guerra por parte de Estados Unidos. Plantea las causas de la invasión como un problema pragmático y deja de lado los aspectos éticos y jurídicos internacionales. Para él, el hecho de haber manipulado la evidencia que sirvió como pretexto para invadir ilegalmente a Irak (alterado, mentido y rechazado las pruebas contrarias) sólo es relevante en tanto debilitó la participación internacional y de la ONU en la coalición. Este pragmatismo le ayuda a enfocar el análisis en el pro-

ceso de toma de decisiones erróneas y arriesgadas, pero deja de lado la comisión de delitos de lesa humanidad por parte de Estados Unidos y sus aliados.

Un aspecto abierto al debate es el énfasis periodístico, administrativo, operativo y pragmático de la obra. Por una parte, deja claro el proceso de gestación y culminación de los errores de planeación y ejecución que plagaron la invasión de Irak. Esto permite, a su vez, que los futuros encargados de la planeación de nuevas guerras puedan evitar cometer las mismas equivocaciones en Estados Unidos, tomando en cuenta su historia y sus fines particulares. En este sentido se trata de un texto admirable, que sintetiza decenas de miles de páginas de documentos públicos y clasificados a la vez que los coloca en perspectiva mediante numerosas entrevistas que difícilmente volverán a conseguirse. Pero la crítica que Ricks construye tiene como punto de referencia los objetivos políticos y estratégicos norteamericanos. No se encuentran en estas páginas ponderaciones más amplias acerca de la naturaleza de esta guerra, la justificación jurídica o ética de las pérdidas humanas y materiales que ha provocado o un análisis de las condiciones geopolíticas mundiales que nos deja. No, porque se trata de una excelente crónica escrita por un gran periodista y enfocada exclusivamente en la problemática de la derrota de los planes de guerra iniciales. Falta la visión histórica que critique las premisas, valores y fundamentos que propiciaron las condiciones para que ocurriera y las sitúe en un marco global. Desde esta perspectiva, lo que se vuelve cada vez más necesario es analizar la guerra como parte de un proceso cada vez más grave de deterioro de los instrumentos internacionales para la preservación de la paz y la salvaguarda de los derechos humanos.

Carlos BROKMANN HARO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario bibliográfico

Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, 100 pp.

El hombre en el estado de naturaleza desarrolla su libertad sin obstáculos, la cual es valorada en el momento en que entra en contacto con otros seres humanos; esa convivencia genera diversas necesidades que la organización social, luego política y en su momento jurídica ha establecido; la forma de solucionar, en este sentido, la característica de sujeto social no tiene discusión, porque si no fuera así no existiría, en la actualidad, la clonación que requirió del trabajo de muchas personas en conjunto para realizarse y, sin embargo, aún no se ha hecho con humanos, y aunque se diera el caso de que una persona de manera aislada la hubiese descubierto y se clonara a sí misma, se perdería el sentido de la vida como se conoce, ya que habría un controlador y modelo de los seres vivos reproducidos artificialmente, así como de que el contacto social genera necesidades tampoco hay duda, porque ello sólo se vuelve relevante ante un tercero, resultando esa naturaleza del hombre de donde provienen sus derechos reconocidos y protegidos por los documentos constitucionales.

Juan Fernando Segovia, profesor de la Universidad de Mendoza (Argentina), es historiador del Derecho Constitucional y con este trabajo se propone mostrar la transformación del constitucionalismo, de liberal a social, y al de bienestar en torno al reconocimiento de los derechos humanos como su “piedra de toque”, enunciando el hecho social que revela la clave ético-antropológica en que se basan, considerando que los derechos se van incorporando derivados de las ideologías de la época determinada y según la organización estatal.

El Estado moderno trajo consigo la conformación de la sociedad civil y el derecho para controlar las necesidades de los seres humanos en una población con mayores integrantes, protegiéndolas según las luchas ideológicas y armadas las iban ponderando, como refiere el autor, en un primer momento para liberarse de los reyes, de los privilegios, de Dios, de su ley y su religión, con un sostén voluntario y materialista; en un segundo momento se aspira a la liberación de las desigualdades sociales y materiales, con una base de amparo a favor de todos

pero de ejercicio de los más débiles, aunque se arriba a un Estado burocrático; luego, cuando el bienestar se perfila y empieza a cumplir con condiciones materiales, hay un tercer momento, para liberarse de cuanto entorpezca la libre disposición individual, para lo que fue indispensable estar de acuerdo con las protecciones en cada momento como derechos o bien valores trascendentales en la vida en sociedad de los seres humanos y, una vez reconocidos, dotarlos de los instrumentos necesarios para exigir su cumplimiento.

Así, en el primer momento, el hombre quedó solo con su individualidad frente a los poderes, porque al ser considerado como unidad se destruía la concepción de los estamentos y al desapoderarlos otros interesados en conseguir logros políticos y económicos ascenderían, así se beneficia lo que el grupo constituido por la burguesía deseaba, poder económico, ¿cómo?, con la libertad del mercado y tecnológica utilizando al ser humano como asalariado, porque el fundamento estaba racionalmente estructurado, pero se volvió a reconocer a favor de aquellos que reunieran las características de hombre, varón, blanco y propietario; en un segundo momento, la lucha fue contra el mercado y el Estado, y esto porque en todo momento la teoría económica trató al hombre como asalariado, trabajo por paga, y las consideraciones de la paga eran en torno a al mínimo indispensable para vivir y no necesariamente estimándolo como la cabeza de familia, núcleo de la sociedad, que debía satisfacer diversas necesidades, y ahora es contra la alienación del individuo, lo inalienable constituye el eje a proteger, el cambio de conciencia puede hacer exigible infinidad de necesidades no derivadas ni de la naturaleza de hombre, ni de su convivencia social, como una de las que el propio autor cita "derecho a la reproducción no coital", por supuesto esto puede tener diversas interpretaciones.

En el constitucionalismo liberal y garantista la concepción liberal de los derechos se desarrolla en torno a la teoría de los límites del poder estatal, puesto que debe abstenerse para no obstaculizar el libre desenvolvimiento del ser humano, únicamente hay restricción por el respeto a los derechos del otro, el Estado se instituye para proteger los derechos del individuo de donde deviene garantista; en el constitucionalismo social interpretado como expansión de los derechos clásicos o como derecho constitucional del Estado social o nuevo, se nutre de la socialdemocracia o del comunismo, se regula jurídicamente la vida socioeconómica, algunos derechos individuales se socializan, "el trabajo, la salud, la educación y la propiedad", y surgen nuevos sujetos de derecho, "la familia y los sindicatos obreros", los derechos sociales son créditos del hombre respecto de la sociedad y el obligado primario, directo e inmediato es el Estado, quien así establece al formularlos, y en el Estado de Bienestar el constitucionalismo no modifica su nombre, pero se identifican las siguientes características, surge tras la intervención económica, se pasa de dirigir la economía del Estado a administrarla, midiendo la calidad de vida en razón de la cantidad de servicios y comodidad

accesible a la población, busca la autorrealización individual, aunque el esqueleto social también cambia hacia un pluralismo diverso y, por ello, con grupos minoritarios identificados.

Como se ve en la transición del constitucionalismo liberal al social se acentúa lo público y lo colectivo, la libertad redefinida es la económica para no afectar derechos de terceros, la igualdad suprime los privilegios y distinciones, hay una nivelación al suprimir las diferencias de clase y en la transición del social al de bienestar, refiere el autor, que se cumplen promesas sociales, aunque se amplía el sujeto activo del derecho al pluralismo, ahora difuso, aunque con la especificidad de grupos minoritarios.

Agrega que los nuevos derechos traerán la tragedia social, debido a que sancionan conductas antisociales ajenas a la coacción social y política, libradas a una moral en extremo privatizada. La exageración de las diferencias conduce a recoger como paradigma de los derechos la condición de los excluidos.

Lo anterior lo explica en cinco capítulos, en los que introduce a la comprensión del Estado constitucional, para luego abordar el constitucionalismo liberal, su tránsito y transformación al constitucionalismo social y de éste al de bienestar, vinculando en todo momento lo que tienen que ver con los derechos humanos, por último, para comentar lo que él llama los derechos humanos sin constitución y finalizar con unas conclusiones.

El autor cumplió su propósito por demás atractivo, un análisis de los derechos humanos a la luz del hecho social, las transformaciones políticas y jurídicas del Estado y específicamente del constitucionalismo, al reconocer tales derechos, aunque, se considera que provienen de la naturaleza del ser humano y cuya protección ha sido adaptada a la organización jurídico, política y social de cada etapa histórica, más que incorporarse según el tipo de organización estatal misma, no es el tipo de Estado el que genera el reconocimiento de los derechos, sean liberales o sociales, sino, lo que el hecho social muestra como realidad y le atribuye un valor trascendente, al grado de que se requiere un cambio, fue la pro actividad de los primeros trabajadores la que provocó un cambio en sus condiciones de laborales y prestacionales, lo que influyó para que, al menos formalmente, se previeran derechos a su favor que podían exigirse; fue la consideración de que la instrucción haría el cambio en la vida de un trabajador manual a uno intelectual lo que provocó que en Constituciones como la francesa de 1848 se dispusiera como derecho, y que en la actualidad sea considerado como un derecho fundamental en la Constitución Española de 1978, susceptible de ser exigido, así como en el ámbito regional internacional sea uno de los derechos susceptibles de presentar una comunicación ante la Comisión Interamericana y, en su caso, llegar al organismo jurisdiccional de tal sistema protector de derechos humanos, y como estos ejemplos se podría enumerar el correspondiente a cada derecho reconocido, para comprobar que es el hecho social, la ideología y su exigencia,

los que median para convertirse en valores significativos para la sociedad por ser inalienables y, a su vez, que se genere una transformación en el tipo de Estado y en la Constitución.

María Elena LUGO GARFIAS
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario hemerográfico

Comité Coordinador para la Elaboración del Diagnóstico y Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, capítulo 11. "Derecho al agua, del Diagnóstico de derechos humanos del Distrito Federal", México, Solar Servicios Editoriales, 2008.

Aunque en el país el derecho al agua no cuenta con el carácter de un derecho humano reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la emisión de la Observación General Núm. 15, "El derecho al agua",¹ por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que de la interpretación de sus artículos 11 y 12, relativos al derecho a un nivel de vida adecuado y al más alto nivel posible de salud física y mental, respectivamente, infirió la inclusión implícita del derecho al agua; a pesar de ciertos cuestionamientos y reticencias, el cumplimiento de este derecho se ha hecho exigible en materia de derechos humanos en el ámbito internacional.

Aunque el derecho al agua no constituya formalmente un derecho fundamental en México, cada vez es más fuerte la pretensión de reconocerlo constitucionalmente, y el artículo 5o. de la Ley de Aguas del Distrito Federal sí lo contempla como un derecho:

Toda persona en el Distrito Federal, tiene derecho al acceso suficiente, seguro e higiénico de agua disponible para su uso personal y doméstico, así como al suministro libre de interferencias. Las autoridades garantizarán este derecho, pudiendo las personas presentar denuncias cuando el ejercicio del mismo se limite por actos, hechos u omisiones de alguna autoridad o persona, tomando en cuenta las limitaciones y restricciones que establece la presente ley.²

¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 15, "El derecho al agua", Documento E/C.12/2002/11, aprobado en el 29 Período de Sesiones, del 11 al 29 de noviembre de 2002.

² Ley de Aguas del Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 27 de mayo de 2003.

En este sentido, el capítulo 11, del Diagnóstico de derechos humanos del Distrito Federal, elaborado por el Comité Coordinador para la Elaboración del Diagnóstico y Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal,³ aborda el panorama general respecto del estado del goce y el ejercicio del derecho al agua en la ciudad de México.

El capítulo del diagnóstico respecto de este derecho en específico abarca los siguientes temas: I. Normatividad internacional; II. Contexto en el Distrito Federal; III. Análisis del marco jurídico federal y del Distrito Federal; IV. Instituciones responsables y políticas públicas; V. Breves consideraciones respecto de la justiciabilidad del derecho al agua, y VI. Conclusiones.

El primer apartado, referido a la normatividad internacional en materia del derecho al agua, expone los instrumentos internacionales que contemplan este derecho y profundiza sobre el contenido de la Observación General Núm. 15, "El derecho al agua", documento que articula la fundamentación del derecho en cuestión, su contenido normativo, así como las distintas obligaciones a cargo de los Estados para cumplir con el mismo, entre otras cuestiones.

En el segundo apartado se expone un panorama general respecto del estado de la cuestión en el Distrito Federal, en el que se da cuenta del contexto de la cuenca, así como de la zona metropolitana del valle de México, aspectos fundamentales para comprender la problemática de la ciudad en este ámbito.

Al respecto, se señala que en esta zona de influencia confluyen 99 municipios de los estados de México, Hidalgo y Tlaxcala, además de las 16 Delegaciones del Distrito Federal. En este contexto y bajo la cuantiosa demanda de agua en la zona, se establece que conforme a datos del año 2004 el uso doméstico representaba 44 % del agua de la ciudad, mientras que el uso industrial y el comercial 21 %; sin embargo, las pérdidas de los recursos hídricos, principalmente causadas por un mal estado de las tuberías en las redes de distribución, ascendían a 35 %, ⁴ casi la suma total del agua utilizada en el ámbito de mayor demanda de agua, lo que sin duda demuestra las graves deficiencias del sistema encargado de los servicios públicos en la materia.

Otro de los aspectos que se resaltan en este apartado es el alto grado de explotación de los acuíferos de la cuenca, cuya demanda es mucho mayor a su capacidad de recarga, lo que ha ocasionado que los acuíferos se hayan ido secando progresivamente. En este sentido, se establece que la cuenca del valle de México no representa el origen único del agua utilizado en la ciudad, sino que se

³ Comité integrado por instituciones públicas, académicas y organizaciones de la sociedad civil, bajo la observancia permanente de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁴ Cf. Comité Coordinador para la Elaboración del Diagnóstico y Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, capítulo 11. "Derecho al agua, del Diagnóstico de derechos humanos del Distrito Federal", México, Solar Servicios Editoriales, 2008, pp. 151-152.

importa agua del río Lerma y del río Cutzamala, con lo que se afecta a los habitantes de las comunidades de dichas zonas, quienes a su vez, por la extracción, sufren de escasez del recurso.

Destaca y alarma la información respecto de que la Norma Oficial Mexicana para valorar la calidad del agua para consumo humano (NOM-127-SSA1 1994) no se encuentra actualizada desde el punto de vista microbiológico, conforme a la opinión de un integrante del Instituto de Ecología de la UNAM, quien asegura que dicha norma sólo se refiere a coniformes fecales y totales, pero deja sin tomar en cuenta otros tipos de bacterias, virus y parásitos considerados de alto riesgo, como el rotavirus y el *helicobacter pylori*; además de que tampoco toma en cuenta los compuestos provenientes de residuos industriales que a su vez pueden tener efectos dañinos para la salud.

Por último, se reitera, lo que en tantas ocasiones se ha dicho, y es que en la ciudad de México como en el resto del país el porcentaje de agua sujeta a tratamiento de aguas residuales es realmente muy bajo.

En cuanto al servicio de suministro de agua potable se establece que conforme a datos del Programa de Gestión Integral de Recursos Hídricos 2004-2009, se reportó un déficit de 2 % en la cobertura del sistema de suministro de agua potable para uso doméstico y un rezago del 6 % en el servicio de drenaje, así como insuficiencia de abasto en el servicio racionalizado de agua para más de un millón de personas en las Delegaciones Gustavo A. Madero, Álvaro Obregón, Cuajimalpa, Iztapalapa, Tlalpan y Xochimilco; mientras que en la Delegación Milpa Alta, 13 % de las viviendas no contaban con agua entubada.⁵

Se establece que si bien cuando el suministro de agua potable es escaso en algunos lugares, se recibe agua de pipas u otros medios de distribución, al no constituir estas acciones un servicio continuo, generalmente no es suficiente para cubrir los faltantes ocasionales, además de requerir que los habitantes que se benefician de los mismos tengan espacio suficiente para almacenar el agua, cuestión que suele ser poco probable. En este aspecto sabemos que de ese hecho en específico se derivan otro tipo de problemas, pues aun cuando se tenga el espacio requerido para el almacenamiento del recurso, quedan asuntos por atender como las condiciones de conservación, etcétera.

Como se establece en el informe, y lo ha reconocido la autoridad encargada de distribuir el recurso, la distribución del agua en la ciudad de México es inequitativa; mientras en algunas zonas se reciben alrededor de 120 litros diarios por persona, en otras, aun cuando sean las menos, se llega a recibir agua *por tandeo*, hasta cada ocho días.⁶ Las autoridades han mencionado que esto sucede debido a que las zonas que obtienen menor cantidad del recurso se encuentran en las

⁵ *Ibid.*, p. 153. (Los datos de déficit son de 2004, mientras que los que se refieren a la Delegación Milpa Alta son de un año después.)

⁶ *Ibid.*, 2008, pp. 153-154.

partes más altas de la ciudad, y por al fuerza de gravedad las zonas bajas concentran una mayor cantidad de agua; pero es necesario hacer notar que al ser las zonas altas, áreas menos favorecidas económicamente hablando, la inequidad en el suministro obtiene tintes discriminatorios.

En cuanto al factor de asequibilidad se aprecia que aún cuando el Código Financiero del Distrito Federal contempla reducciones en el pago del agua para sectores vulnerables, el sistema tarifario existente no permite dirigir los subsidios adecuadamente, por lo que su aplicación se establece de manera general al bloque de los primeros 30 metros cúbicos recibidos por familia, lo cual, sin duda, también implica un factor de inexactitud que puede derivar en la inequidad, pues mientras que en un domicilio en particular siete o más personas pueden integrar una familia, en otros pueden vivir sólo dos o incluso una persona.

Al final del apartado se hace referencia al alto consumo de agua embotellada en México debido a la falta de distribución del recurso y a su mala calidad, lo que demuestra que la intervención del estado en el comercio del agua se hace cada vez más necesaria.

Para analizar el marco jurídico del agua en el Distrito Federal primero se hace una breve referencia al marco jurídico en el ámbito Federal, en la que no pasa desapercibido que la Ley de Aguas Nacionales no promueve ningún tipo de derecho de agua a favor de las personas, limitándose a regular la explotación, uso y aprovechamiento de los recursos hídricos en términos económicos y administrativos.

A nivel local —como ya se mencionó—, la Ley de Aguas del Distrito Federal sí contempla derechos a favor de las personas en materia de acceso al agua potable, acordes a lo establecido en la Observación General Núm. 15, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; no obstante, como lo indica el diagnóstico, algunas de las disposiciones de la Ley son contradictorias a lo establecido en dicha Observación, como el hecho de no suministrar el servicio de agua a las personas quienes habitan en asentamientos irregulares y la restricción del servicio en caso de adeudos en el pago, sin tomar en cuenta la capacidad de pago de las personas.

Del apartado referido a las instituciones responsables y las políticas públicas en la materia destaca la información respecto de los programas de sectorización, identificación y reposición de fugas, y de mantenimiento de la infraestructura hidráulica a cargo del Sistema de Aguas de la Ciudad de México para la atención de la falta de abastecimiento de agua potable, que aporta diversos datos muy importantes y normalmente desconocidos. En el aspecto del presupuesto se observa que mientras la autoridad argumenta que éste resulta insuficiente para brindar el suministro de agua potable a todos los habitantes de la ciudad en la cantidad y calidad establecida por los estándares internacionales, las asignaciones y usos presupuestales no son del todo claros en cuanto a su afectación por delegación política, aun cuando la información es un aspecto fundamental en términos de transparencia y de la misma Observación General Núm. 15.

Respecto de las actividades de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en materia de acceso al agua potable, se observa que son por lo general las quejas que versan sobre los derechos de las personas privadas de libertad y sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, aquellas que refieren en su contenido obstáculos, restricciones o negativas de acceso a los servicios básicos, que en materia de agua se refieren específicamente a “escasez en el suministro, negación del servicio, daño en las instalaciones o infraestructura hidráulica y/o cobro indebido o excesivo del servicio”;⁷ y que de enero de 2005 a octubre de 2007, 104 quejas han se han dirigido en este último sentido, habiéndose emitido seis recomendaciones al respecto.

El informe concluye resaltando los aspectos de la Ley de Aguas del Distrito Federal que no son acordes a la Observación General Núm. 15, sobre todo en cuanto a que la primera comprende al agua como un bien económico, lo que no es exactamente así, ya que en la fracción II de su artículo 6o. se establece que el agua es un bien social, cultural, ambiental y económico; de manera similar a cómo lo contempla la Observación General Núm. 15, al establecer que “el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”,⁸ de lo cual no se desprende una argumentación contraria, por lo que la crítica se dirige específicamente a las cuestiones que en la Ley son distintas a la Observación, como el corte del suministro por falta de pago y el no otorgamiento del servicio a quienes habitan en asentamientos irregulares.

Otras de las conclusiones que se destacan del diagnóstico se refieren a que la falta de estudios accesibles al público en general dificulta la posibilidad de que los habitantes valoren el alcance de las políticas públicas en la materia; que en términos generales más de un millón de personas en la ciudad no tengan acceso al suministro continuo y suficiente de agua potable; que las políticas en materia de desarrollo urbano y vivienda no consideren de forma adecuada las condiciones geográficas y climatológicas del Distrito Federal, así como la problemática específica de la ciudad en la materia, y a que no existan mecanismos de coordinación para atender los daños ocasionados a los habitantes de otras localidades, quienes ven mermado su acceso al agua, por la transferencia del recurso al Distrito Federal.

Consideramos que este estudio consta de un trabajo completo y novedoso, pues si bien diversas obras e informes relatan la compleja problemática de la gestión del agua en el valle de México, ninguno de ellos posee una perspectiva desde el ámbito de los derechos humanos, por lo que el mismo representa un instrumento sumamente útil en el seguimiento y estudio del acceso al agua potable en esta problemática zona.

Luisa Fernanda TELLO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

⁷ *Ibid.*, pp. 164.

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, nota 1, párrafo 11.

Comentario hemerográfico

Luis Gabriel FERRER ORTEGA y Jesús Guillermo FERRER ORTEGA, "El problema de la fundamentación filosófica de los derechos de las generaciones futuras", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 487-507.

I. Introducción e ideas principales

A pesar de carecer de un estatus jurídico determinado, la noción de los derechos de las generaciones futuras se ha ido incluyendo progresivamente, en cada vez más tratados internacionales que versan sobre temas como el medio ambiente, la conservación del patrimonio de la humanidad, la genética y los derechos humanos en general; sin embargo, la aplicación jurídica del término resulta profundamente problemática, pues aparte de que el mismo no ha sido completamente aceptado ni desarrollado, diversas complicaciones técnico-jurídicas surgen al pretender otorgar derechos a sujetos que aún no existen.

Conscientes de que las decisiones tomadas respecto de nuestro hábitat, así como de que las modificaciones que el mismo sufra afectarán positiva o negativamente a las próximas generaciones, en la introducción del texto que se reseña los autores establecen su intención de describir el estado de la tutela de los derechos y del patrimonio de las generaciones del futuro y de fundamentar la necesidad ética de prevenir daños y riesgos que las puedan llegar a afectar gravemente.

En este trabajo se analiza el desarrollo de la noción en la labor de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y el tratamiento que la noción ha recibido al interior de diversos estados con el fin de determinar la naturaleza del concepto; finalmente se alude ciertas tesis filosóficas bajo las que es posible fundamentar el concepto de los derechos de las generaciones futuras, lo que sin duda constituye el aporte principal y más novedoso del texto.

Partiendo de la idea de que el estudio de la noción en comento debe ser abordado dese una perspectiva *ius-filosófica*, y particularmente desde investigaciones que profundicen en el concepto de la justicia intergeneracional, se pronuncian respecto de la resistencia que existe para asignar la titularidad de derechos a una comunidad futura, cuya existencia es, inclusive, incierta. A ese conflicto incor-

poran el de la creación de un sistema de justicia que vele por el respeto de los derechos para los seres humanos del mañana y se encuentre facultado para sancionar el incumplimiento de las obligaciones determinadas por dicho sistema.

Los autores consideran que de aceptarse la categoría de los derechos de las generaciones futuras, se debería también ampliar el correlativo ámbito de responsabilidad de las generaciones actuales para con ellas. Establecen acertadamente que el aspecto generalmente cuestionable respecto de estos derechos radica en la capacidad del supuesto titular de los mismos (las generaciones futuras) para gozar de dichos derechos, por lo que la vía para comprenderlos no debe ni puede basarse en una concepción civilista del derecho, al no poderse equiparar un derecho intergeneracional con uno real o personal, por ejemplo.

Relacionan la preocupación más importante respecto de las futuras generaciones con el tema del medio ambiente, estableciendo que si bien este tema se hace presente en diversos instrumentos internacionales, no constituye la única fuente creadora de las normas destinadas a proteger a las generaciones por venir, pues como ya se mencionó, bajo los auspicios de la UNESCO se ha fortalecido la teoría de la responsabilidad para con ellas en diversas materias como la conservación de los bienes culturales que forman parte del patrimonio de la humanidad, la genética, etcétera; además, la Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras establece distintas obligaciones que no se circunscriben a una materia en específico.

II. Derecho comparado

El texto contiene un apartado de derecho comparado, que si bien es breve brinda elementos suficientes para mostrar de qué forma la noción ha sido incorporada a distintos sistemas jurídicos y el papel que juega al interior de algunos estados.

Mientras que en nuestro país la noción aparece solamente como uno de los principios rectores del derecho ambiental en algunas entidades federativas y se contempla vagamente en la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, en Alemania y Polonia, por ejemplo, la responsabilidad para con las próximas generaciones posee rango constitucional.

En orden a su protección, la Constitución alemana establece que el Estado protegerá las bases naturales de la vida; en Polonia, desde el preámbulo de la Carta Magna se establece la obligación del pueblo de legar a las generaciones futuras *el valor de su herencia*; y ya en su articulado se enmarca la obligación de adoptar políticas que aseguren la certeza ecológica de las generaciones por venir. Israel y Finlandia, por su parte, cuentan con órganos gubernamentales específicos cuyas funciones particulares se dirigen a cuidar que las decisiones tomadas hoy en día no impacten negativamente a las generaciones del futuro, así como a

realizar estudios de impacto sobre las innovaciones tecnológicas,¹ respectivamente. Derivado de lo anterior, se puede concluir que la noción de las generaciones futuras es ya un concepto con vida jurídica propia a nivel internacional e interno en algunos estados.

III. La justicia intergeneracional

Una vez establecida la existencia de una responsabilidad legal para con las generaciones del futuro en el ámbito jurídico internacional y en los nacionales, los autores proponen descifrar si la responsabilidad intergeneracional constituye una norma jurídica, una directriz política o es solamente un mandato vivo dentro del campo de la ética.

Al respecto establecen que al repetirse la responsabilidad hacia las próximas generaciones en múltiples instrumentos internacionales, se puede afirmar que los Estados partes en ellos han decidido observar una conducta de respeto hacia las generaciones futuras, aun cuando éstas no constituyan un sujeto tradicional del derecho, al no conformarse por un solo individuo ni ser un sujeto tangible en el presente; como sucede con las ficciones jurídicas, que suelen poner en juego sujetos de derechos intangibles.² Lo que no se menciona es que las ficciones jurídicas normalmente constituyen entes presentes; en ello radicaría la diferencia principal con las generaciones futuras, no tanto en su intangibilidad.

Considerando irrelevante la intangibilidad de las futuras generaciones, confirman la existencia de sus derechos al afirmar que “la herencia legal de nuestros antepasados se convierte en un catálogo de derechos vigentes día con día y que trasciende el marco temporal presente”.³ Aún así, se encuentran lejos de creer que una generación pueda hacer un reclamo a las anteriores por cuestiones como la pérdida de recursos, pero aceptan que *la reminiscencia de la irresponsabilidad de los actos pasados emerge en el daño presente, más aún si éste es irreparable*; de la misma forma que nuestras fallas, faltas y aciertos trascienden a nuestros descendientes.⁴

Debido a la imposibilidad de las generaciones futuras para plantear exigencias o reclamaciones a las generaciones que las anteceden, plantean la posibilidad de establecer exigencias presentes para con ellas y crear las instituciones que vigilen su cumplimiento, de modo que se protejan los intereses de las gene-

¹ Vid. Luis Gabriel Ferrer Ortega y Jesús Guillermo Ferrer Ortega, “El problema de la fundamentación de las generaciones futuras”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 496.

² *Ibid.*, p. 499.

³ *Ibid.*, p. 500.

⁴ *Idem.*

raciones del futuro⁵. Lo cual representaría la única vía capaz de protegerlas de cierta manera.

En este orden de ideas ejemplifican los postulados de la justicia intergeneracional de Edith Brown Weiss, conforme a los que cada generación deberá: a) conservar la diversidad de la base de sus recursos naturales para que cada generación goce una diversidad comparable a la que disfrutó la generación previa; b) mantener la calidad de la tierra y entregarla en condiciones no inferiores de las que la recibió, y c) otorgar a sus miembros derechos equitativos para acceder al legado de la generación anterior y conservar ese acceso para las generaciones posteriores.

IV. Tesis filosóficas respecto de los derechos de las generaciones futuras

En el apartado correspondiente a las reflexiones filosóficas sobre los derechos de las generaciones futuras se establece que el concepto de la responsabilidad intergeneracional debe estar en el centro de cualquier tentativa de fundamentar derechos para las próximas generaciones, considerándose además que el análisis del concepto se relaciona intrínsecamente con nuestra capacidad para proveer el futuro y con la actitud ética que debemos asumir con base en nuestras previsiones actuales.

Con base en lo anterior señalan algunas líneas argumentativas bajo las que puede justificarse filosóficamente la responsabilidad entre las generaciones, cuyo rol consideran fundamental en la elaboración de los derechos de las generaciones futuras.

1. La primera línea de argumentación se refiere al posible establecimiento de una "futurología"⁶ y una "ciencia de los efectos lejanos de la acción técnica" como fundamento de la responsabilidad y futuras generaciones.⁷

⁵ Como las señaladas en los ejemplos existentes en Israel y Finlandia (p. 496). Lo que no establecen es la conveniencia de que este tipo de instituciones sean establecidas en el ámbito internacional, en el nacional o en ambos.

⁶ "Término empleado por O. K. Fletchheim, a partir de 1943, para designar la ciencia de las expectativas probables del futuro del hombre, de la sociedad, de la cultura. Esta ciencia no busca solamente fundarse en datos de las ciencias exactas, sino que procura introducir hipótesis de amplio alcance y teorías concernientes a las perspectivas del universo, la futura evolución de la Tierra y del clima, de la flora y la fauna" (History and futurology, 1966). Nicola Abbagnano, *Diccionario de filosofía* (actualizado y aumentando por Giovanni Fornero), 4a. ed., México, FCE, 2008, p. 521.

⁷ Con base en el trabajo del filósofo alemán Dieter Birnbacher, cuyo estudio de la futurología se orienta a la resolución de ciertos problemas prácticos como los relacionados

Dentro de esta hipótesis cabrían reflexiones en torno a la medida en que los hombres deben sentirse responsables de su propio futuro, el de su familia o de su nación y, a la determinación del punto hasta el cual se les puede exigir solidarizarse activamente con los hombres del futuro, en atención al estado en que previsiblemente se encuentre tanto el hombre como el mundo en dicho futuro.

2. La segunda línea se basa en la heurística del temor de Hans Jonas, que consiste en anticipar los peligros que los avances tecnológicos puedan producir en el futuro, con objeto de elaborar las normas que regulen la aplicación de dicha tecnología tanto en seres humanos como en la naturaleza en general. Esta vía de reflexión tiende a derivar en cuestionamientos sobre nuestros deberes con las generaciones del futuro, dados los riesgos que la tecnología pueda causarles.
3. La tercera posible justificación se centra en la ética con base en el concepto de la extensión de la responsabilidad manejado por Habermas, que en ese sentido daría lugar a derechos proyectados hacia el futuro desde una perspectiva ética.
4. La última línea de argumentación se refiere al concepto de la justicia entre generaciones según la concepción de Axel Grosserrie, quien si bien considera que no tiene sentido conferir derechos a sujetos que aún no existen, acepta la posibilidad de que haya personas en el futuro, lo que da viabilidad a que ciertas de nuestras acciones les afecten, por lo que afirma no encontrar impedimento para considerarnos titulares de obligaciones respecto a derechos que entren en vigor cuando otros comiencen a existir y, por lo tanto, acepta la existencia de obligaciones actuales relacionadas con posibles derechos futuros.

V. Conclusiones

El trabajo de reflexión anterior permite a los autores cuestionar que en el debate respecto de los derechos de las generaciones futuras no se tomen en cuenta aportaciones filosóficas como las recién mencionadas, capaces de otorgar valiosos elementos para fundamentar jurídicamente el concepto en cuestión, de manera que tanto la filosofía como el derecho contribuyan en la resolución de las cuestiones de gran relevancia ética para las generaciones actuales y las del mañana.

Los autores finalizan con tres conclusiones centrales entre las que destaca aquella que establece que las legislaciones (especialmente las que versan sobre

con la institucionalización de la paz, la desaparición del hambre y la miseria, el fin de la explotación y el sometimiento, la democratización del Estado y con la explotación de los recursos naturales, no desde una perspectiva científica sino más bien desde la perspectiva del arte de la previsión.

cuestiones relacionadas con el medio ambiente) que no toman en cuenta el tema de las generaciones futuras presuponen un concepto restringido de hechos sobre los que es preciso regular.

En última instancia, consideran que los actuales pobladores del planeta adquirimos derechos gracias al esfuerzo de las generaciones anteriores y se aventuran a especular si con base en la conciencia de nuestra historicidad cabría introducir categorías como la *gratitud* o los *errores históricos*, como criterios de legitimación sobre los derechos de las próximas generaciones, pues si bien no podemos hacer reclamaciones a las generaciones pasadas, tampoco podemos incurrir en los mismos errores o en otros errores fatales, debiendo extender responsablemente el legado que hemos recibido.

El mayor acierto de este interesante texto es que no sólo lleva a la reflexión sobre la exigencia ética de actuar de manera que no se afecte ni se ponga en riesgo la existencia de las generaciones por venir, de forma que otorguemos mayor importancia y trascendencia al tema de las generaciones futuras, sino que plantea novedosas vías que pueden fundamentar filosóficamente la institución de obligaciones que en el hoy tiendan a proteger la viabilidad de las generaciones del futuro, dadas las dificultades jurídicas para la aceptación y aplicación de un concepto como el de los derechos de las próximas generaciones.

El aspecto menos afortunado sea quizá el hecho de que aún cuando se comprenden e intuyen los significados concretos de nociones como “derechos, justicia y responsabilidad intergeneracionales” no se incluya una aproximación conceptual de las mismas, lo que daría mayor formalidad al estudio y lo haría más comprensible para quienes no están familiarizados con el tema, pues como los mismos autores lo establecen, *la lógica interna del problema... conduce a la acuñación de conceptos que no son parte de la ciencia jurídica, como la justicia intergeneracional.*

Luisa Fernanda TELLO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario hemerográfico

Sergio GARCÍA RAMÍREZ, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, México, julio-diciembre de 2003, pp. 127-157.

Los derechos humanos en un primer momento tendieron a universalizarse al ser enunciados por organismos internacionales y regionales, para que hubiera una guía para el reconocimiento de tales derechos en el ámbito interno de cada Estado, luego, se busca su protección, así, los estados han reconocido competencia a los organismos y diversos mecanismos de cumplimiento de instrumentos convencionales del sistema de las Naciones Unidas y del sistema interamericano, como es el caso de México.

Es importante mencionar que los sistemas de Naciones Unidas, el interamericano y el europeo, han dividido los listados de derechos humanos en derechos civiles y políticos por un lado, y económicos, sociales y culturales por el otro, por diversas razones, la más evidente es la decisión tomada por la Asamblea General de la ONU en 1951, de elaborar dos instrumentos porque los derechos civiles y políticos, al requerir de los Estados partes una abstención, sería más rápida su implementación, mientras que los económicos, sociales y culturales, al obligarlos a acciones positivas y a una reglamentación de implementación progresiva, sería más lenta; aunque esto no era absoluto para todos los derechos de ambas clasificaciones.

Antônio Augusto Cançado Trindade en su obra "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Estudios básicos de derechos humanos*, refiere que quizá podía haber otras razones:

- El "grado o intensidad de las obligaciones generales que vinculan a los Estados partes" y
- Los sistemas de protección, "si debían ser garantizados frente o por el Estado".

La Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968 proclamó su indivisibilidad; de igual forma la Resolución 32/130 de la Asamblea General de

la ONU en 1977 que consideró “el lugar del individuo en la colectividad y de los derechos de la colectividad con respecto de los individuos”.

En este sentido, en el centro de las actividades de las Naciones Unidas para proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales se encuentra la Carta Internacional de Derechos Humanos, que consta de los siguientes instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Sistema Interamericano, con la Carta Americana de Derechos Humanos, integrada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador; de ahí que el autor habla en el primer capítulo de una integralidad de las libertades y expectativas inherentes a la dignidad humana y los instrumentos suficientes y eficientes para trasladar aquéllas a la realidad cotidiana, haciendo alusión al camino que seguirían los Estados reconociendo en su documento constitucional los derechos humanos, enseguida, institucional, para luego, dar cabida a la incorporación del derecho internacional en el derecho interno que una vez aceptado y ratificado implica un compromiso y obligación de cumplimiento contra la responsabilidad internacional en caso contrario.

No dejando pasar por alto el hecho de que la indivisibilidad se constata en la legislación, al estar reconocidos los derechos humanos, aunque con mayor dificultad en el plano procesal, no obstante, existen medios de justicia alternativa.

En el segundo capítulo habla del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con relación al Protocolo de San Salvador, debido a que el capítulo III, denominado “Derechos económicos, sociales y culturales”, no los enumera, y el Sistema Interamericano sigue al de Naciones Unidas al elaborar un instrumento aparte que los detallará, pero incluye en el artículo 26 el concepto de “Desarrollo Progresivo”, entendiéndolo por ello el avanzar en su protección y no regresar perdiendo beneficios ya obtenidos, cuyo contenido obliga como una medida política a los Estados partes a comprometerse en su ámbito interno como internacional, en materia económica, social, educativa y de ciencia y cultura, conforme a la Carta de la Organización de los Estados Americanos con los recursos disponibles, y con medidas autónomas como las legislativas, y otras que sean eficaces, lo que nos habla tanto de la actividad del Estado como del derecho de hacerlos exigibles por el ser humano.

También se dispone que debe contarse con una efectividad plena de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y culturales, por lo que deben ser pertinentes, oportunas y convenientes para establecer su vigencia.

El mecanismo de cumplimiento del numeral en comento es la presentación de informes en copia por el Estado parte a la Comisión Interamericana, de acuer-

do con el artículo 42 de la CADH, asimismo, se sujeta a los medios de protección cuasi jurisdiccional y jurisdiccional, la Comisión y la Corte Interamericanas, según los artículos 33 y 62 de la CADH.

En el tercer capítulo destaca las aportaciones del Protocolo de San Salvador, además de la prescripción de los derechos económicos, sociales y culturales, primero, que abre la vía del sistema de peticiones individuales respecto de los artículos 8 y 13, el derecho a la asociación sindical y a la educación, y segundo, que puede haber pronunciamientos por derechos conexos con derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, de discriminación, por lo que hace a la libertad sindical o a la educación, aunque se estima que podría tratarse de otros, como la salud, la seguridad social, etcétera, y no sólo los que ya cuentan con la posibilidad de una comunicación individual.

En el capítulo cuarto identifica ciertas normas para la interpretación, debido a que la competencia de la Corte Interamericana es respecto de la CADH, y el Protocolo de San Salvador refiere las siguientes:

- a) Hay normas del Protocolo que la Corte no aplicará directamente pero sirven para la aplicación de disposiciones de la CADH, por ejemplo protección de la familia y derechos de la niñez.
- b) Tiene una función auxiliar de interpretación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que prevé derechos económicos, sociales y culturales en su articulado y solicitar opiniones consultivas.
- c) De igual forma respecto de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de Personas Discapacitadas y promover su integración en áreas de empleo, vivienda, recreación y educación.

En el capítulo quinto aborda la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana, la cual será conexa o relacionada con otro derecho porque no se han presentado consultas exclusivas sobre la materia.

- a) La OC-4/84, el Tribunal Interamericano estimó que no se justifica el privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad, por presentarse como una consecuencia de desigualdad conyugal y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges.
- b) La OC-6/86, sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la CADH, lo que aplica a los derechos económicos, sociales y culturales.
- c) La OC-10/89, en su momento precisó el alcance general de los derechos humanos en el sistema interamericano, "para los Estados miembros de la organización, la declaración [americana] es el texto que determina cuáles

son los derechos humanos a que se refiere la Carta” [de la OEA], entre éstos figuran los derechos económicos, sociales y culturales.

- d) La OC-11/90, referente al agotamiento de recursos internos como requisito de admisibilidad de una queja ante el sistema interamericano, genera la doctrina procesal de “igualdad por compensación”, que busca eliminar la discriminación que pudiera provenir de diferencias sociales, económicas o culturales, respecto de costos de asistencia legal y proceso.
- e) La OC-16/99, por la revisión que hace del debido proceso legal y el derecho a la información consular, atendiendo al desvalimiento o desventaja del justiciable, por el desequilibrio entre los nacionales y extranjeros del Estado que detiene y juzga.
- f) La OC-17 derechos de la niñez y la OC-18 derechos de los trabajadores migratorios.

Por último, en el capítulo sexto aborda la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana en la que no existen interpretaciones sobre derechos económicos, sociales y culturales, sino en relación con preceptos de la CADH y como reparación de daños ocasionados.

- a) En el caso Villagrán Morales se examina el derecho a la vida y a propósito de su preservación un “derecho a que no se... impida (al individuo) el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.

Respecto del artículo 19 y derechos de la niñez por la privación de condiciones mínimas de vida digna, impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad

- b) Caso Baena Ricardo, se trata de un asunto administrativo y laboral, pero no podía aplicarse el Protocolo porque el Estado no lo había ratificado pero sí lo había suscrito, por lo que invocó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de no realizar actos contrarios al objeto y fin del mismo, y respecto de la libertad de asociación invocó instrumentos y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo.
- c) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni respecto de un caso de propiedad pero desde la perspectiva social, la propiedad comunal, en el sentido de que el mecanismo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades afectadas debía ser acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas.
- d) En el caso de cinco pensionistas contra el Perú, respecto del artículo 26 de la CADH, el derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, se cuestiona el decreto ley 25792 respecto del que se argumenta que trae un retroceso no justificado.

- e) Reparaciones conforme al artículo 63.1, se trata de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales, caso Aloeboetoe.

En este sentido, el autor muestra que es posible recurrir a la Comisión Interamericana mediante una petición individual cuando se trate de los derechos a la asociación sindical y a la educación, pero también si alguno otro económico, social y cultural se encuentra relacionado con los prescritos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estando bien fundamentado se puede recurrir, incluso podría intentarse con respecto del artículo 26, por lo que hace a las medidas que debe tomar el Estado, en efecto, dos de ellas están determinadas, las relativas a política y las legislativas, aunque termina abriendo las posibilidades, es importante hacer las denuncias o bien generar la consulta sobre la interpretación de las disposiciones de la Carta Americana, de lo contrario, el aspecto procesal de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito regional quedará rezagado.

María Elena LUGO GARFIAS
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Comentario hemerográfico

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS, "El derecho al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 18, México, enero-junio de 2008, pp. 71-90.

El presente artículo pone de manifiesto que ante la crisis del agua a nivel mundial —y nacional— y frente a los millones de personas que en el mundo carecen de acceso al agua potable, el reconocimiento del derecho al agua como un derecho fundamental podría ser un instrumento útil en la protección tanto de los recursos hídricos como del medio ambiente y de las personas.

En palabras del autor al inicio del texto manifiesta como objetivo el aportar algunas categorías jurídicas que puedan resultar útiles para la continuidad de la discusión respecto de *si conviene o no* establecer en México el derecho fundamental al agua; aunque en este sentido y sobre la base de que el agua constituye el bien fundamental para la vida de las personas y el desarrollo de las sociedades, no parece que estemos ante una cuestión de mera conveniencia sino de necesidad.

La entrada en la materia se da por medio de una breve introducción respecto de los derechos fundamentales; la concepción del autor sobre los mismos es que consisten en *estrategias jurídicas de defensa y protección de aquellos bienes, necesidades e intereses que una comunidad política identifica como los más relevantes para asegurar una vida digna en el planeta, tanto de las generaciones presentes como de las futuras* (pp. 72-73). Define un derecho fundamental como el otorgamiento de una pretensión justificada de hacer o no hacer algo y de reclamar de alguien, que haga o no haga algo; encontrándose la justificación a dicha pretensión asentada en una norma jurídica (74).

En ese sentido y a manera de ejemplo establece que en el caso de que el acceso al agua estuviera reconocido como un derecho fundamental, los ciudadanos tendrían una pretensión justificada que les permitiría exigir al Estado determinadas obligaciones que podrían consistir en que no contamine las fuentes de agua, que garantice que el agua para uso personal y doméstico no se encarezca hasta el punto de comprometer la economía de los grupos con mayores desventajas o que se vigile y sancione la sobreexplotación de los mantos acuíferos para no poner en riesgo la sustentabilidad de los ecosistemas, entre otras cuestiones.

Sin embargo, establece que lo verdaderamente relevante de este derecho fundamental es que el Estado quedaría obligado a considerar al agua como una prioridad que debe proteger frente a otros intereses con los que ésta pudiera entrar en conflicto (75).

Se refiere al debate actual respecto de la protección de los recursos hídricos por medio del reconocimiento del derecho fundamental al agua y la toma de conciencia sobre los distintos peligros que los amenazan como su contaminación, el encarecimiento del agua potable, la comercialización del agua embotellada, la distribución inequitativa del recurso entre los habitantes del país, así como su sobreexplotación en detrimento del medio ambiente y sus ecosistemas, haciendo hincapié en que la vida depende del agua que seamos capaces de proteger y garantizar en el largo plazo; en ese sentido, el derecho debería servir como un instrumento que nos permitiera acceder a esa seguridad hídrica.

Para fundamentar el derecho al agua, aborda el texto de la Observación General Núm. 15, "El derecho al agua", del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de vigilar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a partir de los artículos 11 y 12, referidos al derecho a un nivel de vida adecuado y al más alto nivel posible de salud física y mental, respectivamente, infirió la existencia implícita en el Pacto del derecho al agua, y de ahí su desarrollo en el documento señalado en el año 2002. El documento en cuestión aborda todos los aspectos que el cumplimiento del derecho al agua implicaría, desde su fundamentación jurídica, su contenido normativo, su relación con otros derechos humanos, las obligaciones a cargo de los Estados para su cumplimiento y las violaciones al derecho en específico, entre otros.

El autor aborda del documento mencionado el contenido normativo del derecho al agua y las obligaciones jurídicas generales y específicas que en él se establecen para su cumplimiento, que en realidad son las prioritarias en el cumplimiento del derecho pero no las únicas que contiene, ya que a lo largo del texto se refieren también obligaciones de carácter internacional y las mínimas para poner en marcha el derecho en cuestión.

El autor plantea que a partir de que el Senado de la República ratificó el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos los derechos que el mismo contiene y sus correlativas obligaciones, *incluyendo el derecho al agua*, forman parte de nuestro sistema jurídico, y atribuye a nuestra tradición *legalista y autorreferencial* que desde el gobierno no se les conceda la debida importancia y obligatoriedad a los tratados internacionales en el país.

Si bien compartimos la falta de observancia y referencia hacia los tratados internacionales desde diversos ámbitos del gobierno, especialmente desde los Poderes Ejecutivo y Judicial, el cumplimiento de la Observación General Núm. 15, emitida en el año 2002, no era exigible en el momento de ratificación del Pacto. Por otra parte, aunque el artículo 12 del Tratado se refiera al derecho a un

nivel de vida adecuado que incluye la alimentación, el vestido y la vivienda adecuados, no se dice nada respecto del agua; y aún si consideráramos que el acceso al agua forma parte del derecho a la alimentación, esto no había sido concebido así con anterioridad. El acceso al agua potable se contemplaba como un aspecto del derecho a una vivienda adecuada,¹ pero no había sido desarrollado de manera específica como un derecho con contenido normativo propio.

Más adelante se plantea la inclusión del derecho en nuestra Constitución, para posteriormente dotar a la Ley de Aguas Nacionales de un aparato en el que se desarrolle el contenido normativo del derecho al agua, de manera que este texto legislativo deje de ser un cuerpo de carácter netamente administrativo.

Un acierto, y acaso la revelación más importante del texto, se refiere a que el espíritu del Poder Constituyente de 1917, que incluyó en el texto original de la Carta Magna el derecho al agua, al establecer el derecho de los núcleos de población que no tuvieran recursos hídricos suficientes o carecieran de los mismos a que se les dotara de ellos. Si bien consideramos que el derecho al agua contemplado no implicaba un derecho fundamental de los individuos, entendemos que la intención final consistía en allegar a las personas de este recurso básico.

En el último apartado del texto, el autor pretende desnudar las objeciones en contra del reconocimiento jurídico del derecho al agua y en contra de dichas oposiciones intenta desmitificar los supuestos defectos o inconsistencias usualmente utilizados en contra del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como su carácter prestacional económicamente gravoso, así como su vaguedad e indeterminación, argumentando los altos costos que también caracterizan la puesta en marcha de aparatos destinados a garantizar derechos civiles y políticos, y resaltando el carácter complejo de algunos de ellos como el del derecho a la intimidad.

Considera errónea la asimilación de que el derecho fundamental al agua implique necesariamente que el Estado tenga la obligación de garantizar la gratuidad del recurso, pues de lo que se trata —dice— es de que todas las personas tengan acceso diario a una cantidad de agua suficiente para satisfacer sus necesidades básicas (de nutrición, higiene y domésticas) sin tener que comprometer su economía. Establece que la Observación General Núm. 15 se refiere a que el agua sea accesible económicamente, mas no necesariamente gratuita. Si bien la Observación plantea casos específicos en los que se refiere a la gratuidad, no la impone de manera obligatoria.

Hacia el final del texto, el autor reflexiona sobre el reconocimiento del acceso al agua como un derecho fundamental, en el sentido de que facilitaría la concientización respecto de sus usos prioritarios. *El agua como derecho permitiría que nuestro Estado fortaleciera su posición frente a los poderes privados que hoy*

¹ Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General Núm. 4, "El derecho a una vivienda adecuada", 1991, párrafo 8, inciso b).

ejercen fuertes presiones para no pagar el agua que utilizan y que contaminan. Desde este punto de vista el derecho se convierte en un instrumento para que el agua la pague quien debe hacerlo y así el Estado tenga los recursos suficientes para quienes realmente lo necesitan (90).

Si bien el texto hace escasa alusión al aspecto medioambiental derivado de su título, sí se enfoca al tema que se hace más importante desde la perspectiva de los derechos fundamentales, esto es, a la protección de las personas.

Luisa Fernanda TELLO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

Bibliografía sobre libertad de expresión

Eugenio Hurtado Márquez*

- ABAD ALCALÁ, Leopoldo, "Sistema democrático y límites a la libertad de expresión", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 71-86.
- 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.
- ABAL OLIU, Alejandro, "El 'procesamiento' en la ley de prensa", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 2, agosto-octubre de 1991.
- ABARCA JUNCO, Paloma, "El derecho a la intimidad en el derecho internacional privado español", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, 2a. época, núm. 2, invierno de 1992.
- ABRAMS, Floyd, "Hate Speech: An American View", en *Israel Yearbook on Human Rights*, Dordrecht, vol. 22, 1992.
- ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia y herencias*, Madrid, Dykinson, 2007, 214 pp.
- ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, "Las órbitas del derecho a la información en México. A propósito de la reforma del artículo 6o. constitucional", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 11, enero-junio de 2008, pp. 3-45.
- ADRIANZA ÁLVAREZ, Herculino, "Sobre la libertad de prensa", en *Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, Maracaibo, año X, núms. 103-105, febrero-junio de 1945, pp. 3964-3970.
- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki e Ives Rodríguez, "Los límites de la libertad de prensa en España", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, Guipúzcoa, núm. 12, 1985, pp. 7-27.
- AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información: posibilidades y límites constitucionales*, Granada, Comares, 1990, 140 pp.
- ALEMÁN VELASCO, Miguel, "El derecho a la información", en *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1978, vol. I, pp. 389-423.

* Director Editorial, Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

- ALONSO ALAMO, Mercedes, "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo 36, núm. 1, enero-abril de 1983, pp. 127-152.
- ALTMAN, Andrew, "Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination", en *Ethics*, Chicago, vol. 103, núm. 2, enero de 1993.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, 141 pp.
- ALVES DA FROTA, Hidemberg, "A proteção da vida, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2007, tomo 2, pp. 459-495.
- ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael, "Fundamentos del gobierno en la política, la economía y los medios de comunicación", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 12, 1985, pp. 111-123.
- AMADO SUÁREZ, Adriana, "¿Quién le teme al Ombudsman? (O por qué la prensa argentina no tiene quién la defienda)", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 5, enero-junio de 2005, pp. 3-20.
- AMORT, Václav, Josef Lzicar y Vladimir Mikule, "Right of Association, Right of Assembly, Right of Petition, and the Press Law", en *Bulletin of Czechoslovak Law*, Praga, vol. 29, núms. 2-3, 1990.
- ANDRADE JARDÍ, Julián, "El derecho a la información, los derechos humanos y el periodismo", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 435-445.
- ANGEL, John, "Legal Risks of Providing Services on the Internet", en *Communications Law*, Surrey, Inglaterra, vol. 1, núm. 3, 1996.
- ANGIOLINI, Vittorio, "Manifestazione del pensiero e libertà-altrui", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, año XL, núm. 5, septiembre-octubre de 1995.
- ARAGÓN REYES, Manuel, "Independencia judicial y libertad de expresión", en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 10, 1996, pp. 259-268.
- ARNHOLZ, Sarah H., "Masson v. The New Yorker Magazine: The Question of Quotations", en *New York University Law Review*, Nueva York, vol. 65, núm. 6, diciembre de 1990.
- ASÍS ROIG, Rafael de, "Secreto profesional e información", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año I, núm. 2, octubre de 1993-marzo de 1994, pp. 153-176.
- AUB, Beth, "Trayectoria del derecho de acceso a la información en Jamaica", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 3-9.
- AYALA CORAO, Carlos M., "La sentencia 1,942 vs. la protección internacional de la libertad de expresión", en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 283-340.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *Derecho de la información*, 2a. ed., Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 2001, 368 pp.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana, "Acerca del precedente europeo de la cláusula de conciencia", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 1-20.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana, "El secreto profesional como garantía del derecho a la información, análisis de un caso: el affaire Kelly", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la*

- ética y el derecho de la información, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 109-124.
- BALENI, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Protección del honor y de la intimidad", en *Comentarios a la legislación penal, I*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, pp. 97-126.
- BAKER, C. Edwin, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.
- BALLESTER, Eliel, "El secreto de las fuentes de noticias", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de octubre de 1966.
- BALLESTER, Eliel, *Derecho de respuesta. Réplica, rectificación, el público, la información y los medios*, Buenos Aires, Asta, 1987, 230 pp.
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Agencia Española de Protección de Datos / Tirant, 2005, 348 pp.
- BARAGLI, Néstor, "Políticas públicas de transparencia", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 5, enero-junio de 2005, pp. 21-42.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé, "Las libertades de expresión", en Francisco Balaguer Callejón, coordinador, *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Meter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 565-604.
- BARENDDT, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- BARENDDT, Eric, "Government, Libel and Freedom of Speech", en *Public Law*, Londres, edición autónoma, otoño de 1992.
- BARENDDT, Eric, "Libel and Freedom of Speech in English Law", en *Public Law*, Londres, otoño de 1993.
- BARENGHI, Andrea, "L'autodisciplina della stampa nel Regno Unito", en *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Milán, año X, núm. 45, julio-octubre de 1994.
- BARKER, John C., "Constitutional Privacy Rights in the Private Workplace, under the Federal and California Constitutions", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Buffalo, vol. 19, núm. 4, verano de 1992.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, "Libertad de imprenta", en *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978, pp. 1-27.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, "Derecho de la comunicación e información", en *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, 1981, tomo II, pp. 1395-1432.
- BARROSO ASENJO, Porfirio, *Límites constitucionales al derecho de la información*, Barcelona, Mitre, 1984.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José y Ángel Ignacio Villaverde Menéndez, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona Aranzadi, 1998, 368 pp.
- BAUZA, Marcelo, "Las libertades y la información. Marco jurídico de los servicios de información", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, núm. 5, julio-diciembre de 1993.
- BAZÁN, Víctor, "El habeas data en el derecho comparado, con particular referencia a la reforma constitucional de Bolivia", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 5, enero-junio de 2005, pp. 43-109.
- BECERRA, Ricardo, "Internet llega a la Constitución (el derecho de acceso a la información y los sistemas electrónicos)", en Pedro Salazar Ugarte, coordinador, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, sig-*

- nificados y consecuencias, México, UNAM / IFAL, 2008, pp. 71-88.
- BELLUSIO, Augusto César, "La censura judicial", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2006, tomo 2, pp. 949-963.
- BENEYTO, Juan, "Los orígenes del derecho a ser informado", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 5, 1978, pp. 11-28.
- BENYKHELF, Karim, "Liberté d'information et droits concurrents: la difficile recherche d'un critère d'équilibration", en *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 26, núm. 2, 1995.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, director, *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, 424 pp.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "Revisión del bien jurídico honor", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo 37, núm. 2, mayo- agosto de 1984, pp. 305-320.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid, Tecnos, 1987.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español", en *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 65, 1989, pp. 263-275.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a la problemática jurídico-penal", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, vol. 14, núms. 53-54, enero-junio de 1991.
- BERG, Wilfried, "La Legge Federale sulla Protezione dei Dati", en *Amministrare*, Milán, octubre-diciembre de 1978, pp. 396-409.
- BERMEJO VERA, José, "Derechos fundamentales, información y deporte", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 51, septiembre-diciembre de 1997, pp. 65-94.
- BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de prensa y derecho penal: anexo documental*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, 406 pp.
- BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de Derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, 161 pp.
- BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho de réplica", en *El Derecho*, Buenos Aires, 16 de agosto de 1985.
- BINDER, Carroll, "Freedom of Information and the United Nations", en *International Organization*, Boston, vol. VI, núm. 2, mayo de 1952.
- BITAN, Hubert, "L'Internet représente-t-il une menace pour l'ordre public?", en *Expertises*, París, núm. 196, julio-agosto de 1996.
- BLACK, Charles, "A Human Right to Broadcast 'Television Speech'", en *Tolley's Communications Law*, Surrey, Inglaterra, vol. 1, núm. 1, 1996.
- BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, "El derecho a la información y el acceso a los documentos administrativos", en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 48, octubre-diciembre de 1991.
- BLANTON, Thomas S., "La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 3-36.
- BLANTON, Thomas S. et al., coordinadores, *Derecho de acceso a la información pública en América*, México, Universidad de Occidente, 2003, 277 pp.
- BLOOMER, Andrew B., "Sex, Speech, and Videotape: Prior Restraint and FW/PBS,

- Inc. v. City of Dallas”, en *Wisconsin Law Review*, Madison, núm. 4, 1991.
- BOBADILLA RODRÍGUEZ, Francisco, “Derecho a la información y libertad de expresión en Perú”, en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 221-242.
- BOGART, Leo, “Freedom to Know or Freedom to Say?”, en *Texas Law Review*, Austin, vol. 71, núm. 4, marzo de 1993.
- BOTERO MARINO, Catalina *et al.*, “Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Talca, 2000, pp. 437-509.
- BOUZAT, Gabriel, “Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 3, mayo-agosto de 1989, pp. 87-101.
- BRADLEY, A. W., “Freedom of Expression and Acts of Racial Hatred”, en *Public Law*, Londres, edición autónoma, otoño de 1992.
- BRAIBANT, Guy, “La protection des droit individuels au regard du développement de l’informatique”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 23, núm. 4, octubre-diciembre de 1971, pp. 793-817.
- BRASILEIRO DE AZAMBUJA, Ruy Rodrigo, “A censura e a Constituição”, en *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, vol. 20, núms. 1-2, diciembre de 1991.
- BREWER-CARIAS, Allan R., “La libre expresión del pensamiento y el derecho a la información en la Constitución venezolana de 1999”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, pp. 267-276.
- BRIDGE, Elizabeth A., “Professional Responsibility and the First Amendment: Are Missouri Attorneys Free to Express their Views?”, en *Missouri Law Review*, Columbia, Missouri, vol. 57, núm. 2, primavera de 1992, pp. 699-724.
- BRINGAS VALDIVIA, José María, “Las autoridades fiscalizadoras del derecho a la información pública. Los casos de Europa y América en 2004”, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 5, enero-junio de 2005, pp. 111-131.
- BRUBAKER, Stanley C., “In Praise of Censorship”, en *The Public Interest*, Washington, núm. 114, invierno de 1994.
- BRUN, Henri, “Libertés d’expression et de presse; droits à la dignité, l’honneur, la réputation et la vie privée”, en *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 23, núm. 3, 1992.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 85, julio-septiembre de 1994, pp. 261-290.
- CABALLERO GEA, José Alfredo, *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derecho de rectificación, calumnia e injuria. Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y de la Fiscalía General del Estado*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007, 629 pp.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves notas sobre cuestiones actuales de intimidad e imagen en relación con los medios de comunicación”, en Juan Carlos Suárez Villegas *et al.*, *Medios de comunicación y autocontrol. Entre la ética y el derecho*, Alcalá de Guadaíra, Sevilla, Mad, 1999.
- CÁCERES NIETO, Enrique, “El secreto profesional de los periodistas”, en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y dere-*

- chos humanos. *Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 447-478.
- CALVO GONZÁLEZ, José, "La intimidad en el espejo de los medios. Una mirada desde la literatura y el derecho", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, julio-diciembre de 2006, pp. 97-136.
- CAMACHO Y DE CIRA, Manuel, "Consideraciones sobre el concepto de pornografía y la regulación jurídica de la libertad de expresión", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 5, 1978, pp. 57-144.
- CAMPOSECO, Miguel Ángel, "El derecho a la información", en *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1978, vol. I, pp. 425-459.
- CANAVAN, Francis, *Freedom of Expression Purpose as Limit*, Durham, Carolina Academic Press, 1984.
- CAÑÓN BELTRÁN, Daissy, "Marco jurídico de la libertad de expresión y del derecho a la información en Colombia", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 65-94.
- CAPALDI, Nicholas, *Censura y libertad de expresión*, Buenos Aires, Libera, 1973, 295 pp.
- CAPSETA CASTELLÁ, Joan, *La cláusula de conciencia del periodista*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1998, 208 pp.
- CARBONELL, Miguel, "Libertad de expresión y libertad de imprenta en México", en *Gaceta*, Puebla, núm. 57, enero-marzo de 2003, pp. 9-18.
- CARBONELL, Miguel, "El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 189-199.
- CARBONELL, Miguel, "Notas sobre la libertad de expresión en México", en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 341-380.
- CARBONELL, Miguel, "El acceso a la información del Poder Judicial Federal", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 189-198.
- CARBONELL, Miguel, "La libertad de expresión en la Constitución mexicana", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 3-59.
- CARBONELL, Miguel, "El derecho de acceso a la información como derecho fundamental", en Sergio López Ayllón, coordinador, *Democracia. Transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM / IFAI, 2006, pp. 3-18.
- CARBONELL, Miguel, "Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, julio-diciembre de 2006, pp. 75-96.
- CARBONELL, Miguel, "Una nota sobre el panorama actual del derecho de acceso a la información pública en México", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 9, enero-junio de 2007, pp. 67-80.
- CARDENAL MURILLO, Alfonso y José Luis Serrano González de Murillo *Protección penal del honor*, Madrid, Civitas, 1993, 182 pp..
- CARMONA SALGADO, Concepción, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, 285 pp.
- CARO CORIA, Dino Carlos, "Las libertades de información y expresión y el rol de los medios de comunicación en el derecho

- peruano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2001, pp. 185-206.
- CARPIZO, Jorge, "Derecho a la información, derechos humanos y marco jurídico", en *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos / Unión Europea, 1998, pp. 503-519.
- CARPIZO, Jorge, "El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXXII, núm. 95, mayo agosto de 1999, pp. 321-356.
- CARPIZO, Jorge, "Constitución e información", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura / UNAM, 2000, pp. 33-61.
- CARPIZO, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la cláusula de conciencia de los comunicadores", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 479-501.
- CARPIZO, Jorge, "Vida privada y función pública", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 61-71.
- CARPIZO, Jorge y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, 522 pp.
- CARRERAS SERRA, Lluís de, *Régimen jurídico de la información: periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel, 1996, 318 pp.
- CARRILLO, Marc, "Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978: Comentario a la Ley Orgánica 2/1986 de 26 de marzo)", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 23, 1986, pp. 41-66.
- CARRILLO, Marc, *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.
- CARRILLO, Marc, "Derecho a la información y veracidad informativa: (comentario a las STC 168-86 y 6-88)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 8, núm. 23, julio-septiembre de 1988, pp. 187-206.
- CARRILLO, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, Madrid, Civitas, 1993, 242 pp.
- CARRILLO, Marc, "Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor", en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 10, 1996, pp. 91-116.
- CARRILLO, Marc, "La Ley Orgánica de la cláusula de conciencia de los periodistas: una garantía atenuada del derecho a la información", en *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 2, septiembre-diciembre de 1997, pp. 177-193.
- CARRILLO, Marc, "Derecho a la información, ley de autorregulación", en Juan Carlos Suárez Villegas et al., *Medios de comunicación y autocontrol. Entre la ética y el derecho*, Alcalá de Guadaíra, Sevilla, Mad, 1999.
- CARRILLO, Marc, "Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 401-434.
- CARRILLO FLORES, Fernando, "Estado moderno y derecho a la información", en *Universitas*, Bogotá, núm. 78, junio de 1990.

- CARVALLO BRACHO, Andrés Guillermo, "La responsabilidad legal derivada del acto informativo y las leyes de desacato en Venezuela", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 243-280.
- CASAS, Javier, "El derecho de acceso a la información pública en Perú", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 11-22.
- CASAS VALLÉS, Ramón, "Sobre la libertad de expresión y sus límites", en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, vol. 87, núm. 3, 1988.
- CASTAÑO, Luis, "La libertad de expresión como derecho social (una nueva aspiración)", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo IX, núms. 35-36, julio-diciembre, 1959.
- CASTBERG, Frede, *Freedom of Speech in the West. A Comparative Study of Public Law in France, the United States and Germany*, Oslo / Nueva York, Oslo University Press / Oceana Publications, 1960, 475 pp.
- CASTRO, Juventino V., "El derecho a la información", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 3, núm. 3, 1979, pp. 97-103.
- CEBRIÁN, Juan Luis, *El secreto profesional de los periodistas. Debate con Juan Luis Cebrián*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- 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.
- CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana, "Poder Judicial y derecho a la información en España. Aproximación al tema", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 23-52.
- CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana, "Evolución histórica del derecho a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2007, pp. 57-84.
- CERÓN CORAL, Álvaro, "Libertad de prensa y derecho penal", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. X, núm. 36, septiembre-diciembre de 1988.
- CERRI, Augusto, "La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza", en *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Milán, año XI, núm. 3, mayo-junio de 1995.
- CHEVALLIER, Jacques, "Constitution et communication", en *Recueil Dalloz Sirey*, París, núm. 37, noviembre de 1991.
- CHILDRESS, Steven Alan, "The Empty Concept of Self-Censorship", en *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 70, núm. 6, junio de 1996.
- CLAPHAM, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Nueva York, Oxford University Press, 1994, 388 pp.
- COLAUTTI, Carlos E., "La protección constitucional de la libertad de expresión", en *Derecho Comparado*, Buenos Aires, núm. 9, 1993.
- COLLINS, Valerie, "Telephone Technology and Data Protection", en *Computer Law and Practice*, Surrey, Inglaterra, vol. 11, núm. 3, 1995.
- COLOMBARA LÓPEZ, Ciro y Juan Pablo Olmedo Bustos, "El control social de la administración y el derecho de acceso a la información. La experiencia chilena", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 37-61.

- COMESAÑA SANTALICES, Gloria M., "La libertad de expresión como problema", en *Fronesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Maracaibo, año 2, núm. 1, julio de 1995.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Recomendación General Número 7. Sobre las violaciones a la libertad de expresión de periodistas y comunicadores*, México, CNDH, 2004, 22 pp.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, "La libertad de información y libre circulación de noticias en España: proclamación y límites", en *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 65, 1989, pp. 243-262.
- COPIN, Noël, "Presse: au-delà de l'impartialité", en *Pouvoirs*, París, núm. 63, 1992.
- CORASANTINI, Giuseppe, "L'accesso all'informazione delle pubbliche amministrazioni", en *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Milán, año VIII, núm. 1, enero-abril de 1992.
- CORRAL JURADO, Javier, "Reflexiones en torno a la ponencia de Humberto Nogueira Alcalá", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 145-155.
- CORZO SOSA, Édgar, "En busca de armonía y equilibrio constitucional en el derecho a la información", en Sergio López Ayllón, coordinador, *Democracia. Transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM / IFAI, 2006, pp. 199-233.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del Poder Judicial de la Federación (1969-2001)*. México, ITAM, Departamento Académico de Derecho, 2002.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de México", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, pp. 305-332.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, "Libertad de prensa y tutela penal de la privacidad. (La experiencia portuguesa)", en *Dereito*, Santiago de Compostela, vol. 6, núm. 2, 1997.
- COUSIDO GONZÁLEZ, María del Pilar, "El derecho a la información en España", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 155-196.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "Libertad de opinión e información y derecho a la vida privada: la perspectiva jurisprudencial chilena", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 119-154.
- CRAM, Ian, "When the 'Interest of Justice' Outweigh Freedom of Expression", en *The Modern Law Review*, Londres, vol. 55, núm. 3, mayo de 1992.
- CRUZ RÍOS, Rogelio, "Consideraciones en torno a la libertad de expresión", en *Derecho constitucional panameño*, Panamá, 1987.
- CUMMINS, Brendan D., "The Thomy Path to Thornhill: The Origins at Equity of the Free Speech Overbreadth Doctrine", en *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 105, núm. 6, abril de 1996.
- DANNING, Gordon, "Freedom of Speech in Public Schools: Using Communication Analysis to Eliminate the Role of Educational Ideology", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, San Francisco, vol. 19, núm. 1, otoño de 1991.

- DÁVILA PEÑA, Álvaro, "Derecho de la información e internet", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 329-349.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco, "De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los famosos y la libertad de información (la sentencia del TC 197/1991, de 17 de octubre)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 12, núm. 36, octubre-diciembre de 1992, pp. 269-276.
- DERIEUX, Emmanuel, *Cuestiones ético-jurídicas de la información*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1983, 202 pp.
- DERIEUX, Emmanuel, "El derecho de la información a la luz de los derechos humanos", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 17-30.
- DESANTES-GUANTER, José María, *El auto-control de la actividad informativa*, Madrid, Edicusa, 1973, 380 pp.
- DESANTES-GUANTER, José María, "El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 12, núm. 12, 1988.
- DESANTES-GUANTER, José María, "De la libertad de expresión al derecho a la información", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 24, 1991, pp. 23-48.
- DÍAZ, Vanesa, "Necesidad de protección jurídica de los medios de comunicación", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 53-74.
- DÍAZ MOLINA, Iván M., "El derecho a la vida privada (una necesidad urgente)", en *La Ley*, Buenos Aires, 29 de mayo de 1967.
- DÍAZ MÜLLER, Luis, "Tecnología y derecho a la intimidad: nuevos desafíos jurídicos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre de 1997, pp. 989-1000.
- DOMINGO, Tomás de, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 496 pp.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alberto, "El ciberespacio en la condición humana para la conformación, actualización y libertad de expresión de los derechos humanos de cuarta generación en el siglo XXI", en *Gaceta*, Puebla, núm. 57, enero-marzo de 2003, pp. 19-30.
- DORANTES, Gerardo L. et al., *Prensa y derecho a la información; documentos*, México, UNAM, Dirección General de Información, 1981, 506 pp.
- DURÁN RIBERA, William Ruperto, "Contenido y alcance del hábeas data en Bolivia", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2006, tomo 2, pp. 903-931.
- EBEL, Lauri A., "University Anti-Discrimination Codes v. Free Speech", en *New Mexico Law Review*, Albuquerque, vol. 23, núm. 1, invierno de 1993.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Derecho a la información (libertad de expresión, concepto constitucional de prensa, medios, censura previa, derecho a la intimidad, derecho de réplica)*, Buenos Aires, Depalma, 1992, 119 pp.
- ELDER, David, "Freedom of Expression and the Law of Defamation: The American Approach to Problems Raised by the Lingens Case", en *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 35, parte 4, octubre de 1986.

- EMERSON, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Nueva York, Vintage Books, 1970.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando, *El derecho a la privacidad*, México, IFAI, 2006.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando, "Y que nos dejen en paz. Apuntes sobre el derecho a la privacidad", en Pedro Salazar Ugarte, coordinador, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM / IFAI, 2008, pp. 181-200.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la información*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2001, 793 pp.
- ESCOBEDO, Juan Francisco, "Movilización de opinión pública en México: el caso del Grupo Oaxaca y de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 63-92.
- FABER, Daniel M., "Coopting the Journalist's Privilege: Of Sources and Spray Paint", en *New Mexico Law Review*, Albuquerque, vol. 23, núm. 2, verano de 1993.
- FARBER, Daniel A., "Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment", en *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 105, núm. 2, diciembre de 1991.
- FARIÁS GARCÍA, Pedro, *Libertades públicas e información*, Madrid, EUDEMA, 1988, 239 pp.
- FARIÁS GARCÍA, Pedro, "Libertades públicas e información: esbozo histórico", en Rodrigo Gutiérrez Schwanhauser, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 2.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004, 782 pp.
- FEINSTEIN, Adam, "Fighting for Press Freedom", en *Journal of Democracy*, Baltimore, vol. 6, núm. 1, enero de 1995.
- FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, *Introducción al derecho a la información*, Barcelona, Ate, 1977.
- FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, "El derecho a la información como garantía de libertad", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 125-144.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, "Libertad de expresión y derecho a la información", en *Comentarios a las leyes políticas, Constitución española de 1978*, Madrid, Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, 1984, tomo II, pp. 491-554.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, *El secreto profesional de los informadores: el derecho del artículo 20.1.d) de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1990.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael, "Las libertades de información y expresión en el ámbito administrativo", en *Las libertades de información y expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 121-154.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*, México, UNAM, 2004, 327 pp.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "La libertad de expresión en un horizonte multicultural", en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 107-128.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal

- Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 70, octubre-diciembre de 1990, pp. 93-124.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La doctrina constitucional sobre las libertades de expresión e información”, en *Dereito Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 1, núm. 1, 1992, pp. 49-81.
- FERRAJOLI, Luigi, “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica”, traducción de Pedro Salazar Ugarte, en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 129-138.
- FISHER, Desmond, *Le droit à la communication: rapport sur l'état de la question*, París, UNESCO, 1984, 61 pp.
- FISS, Owen M., “State Activism and State Censorship”, en *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 100, núm. 7, mayo de 1991.
- FISS, Owen M., “El efecto silenciador de la libertad de expresión”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 4, abril de 1996, pp. 17-27.
- FISS, Owen M., *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, 128 pp.
- FISS, Owen M., “Libertad de expresión y estructura social”, traducción de Pablo Larrañaga, en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 13-38.
- FLORES, Imer B., “El derecho a la información”, en *Indicador Jurídico*, México, año I, núm. 1, junio de 1995, pp. 21-44.
- FOLLINET, Joseph, *La información hoy y el derecho a la información*, Santander, Sal Terrae, 1972, 491 pp.
- FOSTER, Charles, “Current Issue Affecting the Private Employee’s Right to Freedom of Expression”, en *American Business Law Journal*, East Lansing, Michigan, vol. 23, núm. 2, verano de 1985.
- FRAYSSINET, Jean, *Informatique fichiers et libertés*, París, Éditions Litec, 1992, 229 pp.
- FRAYSSINET, Jean, “Informatique et libertés: exercice du droit d’opposition à un fichage”, en *Expertises*, París, núm. 195, junio de 1996.
- FREIXES MONTES, “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿un modelo para Europa?”, en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 10, 1996, pp. 269-296.
- FROSINI, Vittorio, “I giuristi e la società dell’informazione”, en *Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, Milán, año XII, núm. 1, enero-febrero de 1996.
- GARCÍA, Luis M., “La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2004, tomo 2, pp. 635-677.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 743-778.
- GARCÍA GUERRERO, José Luis, “Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 10, 1996, pp. 117-146.
- GARCÍA HERRERA, M. A., “Estado democrático y libertad de expresión” (I y II), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núms. 64 y 65, 1982, pp. 141-174 y 147-201.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “El derecho penal como límite al ejercicio

- de las libertades informativas y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad", en *Estudios penales*, Barcelona, Bosch, 1984.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en *Libertad de expresión y derecho penal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, pp. 205-231.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Libertad de expresión y derecho a la información", en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 67-80.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio, "El derecho a la información medioambiental en el sistema europeo de protección de derechos humanos: más nueces que ruido", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 145-160.
- GARECA PERALES, Pedro, "El hábeas data en la Constitución de Bolivia", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2005, tomo 2, pp. 473-499.
- GARRIDO, Luis, "El derecho a la intimidad", en *Criminalia*, México, año XXVII, núm. 5, mayo de 1961.
- GARRIDO FALLA, Fernando, "La función pública y el derecho de libre expresión", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 63, septiembre-diciembre de 1970, pp. 169-181.
- GARZA RIVAS, Eduardo, "Libertad de expresión, democracia y derechos humanos", en *Boletín Informativo*, Ciudad Victoria, año 3, núm. 9, abril, 1994, pp. 13-21.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Gráfica Barcenilla, 1990, 345 pp.
- GAY FUENTES, Celeste, "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 120, septiembre-diciembre de 1989, pp. 259-276.
- GESSA, Carlo y Giulio Votano, "L'informazione fra libertà e funzione (a proposito delle 'tesi' di Jusmedia)", en *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Milán, año VIII, núm. 2, mayo-agosto de 1992.
- GIBBONS, Thomas, "Freedom of the Press: Ownership and Editorial Values", en *Public Law*, Londres, verano de 1992.
- GOERLICH PESET, José María, "Las libertades de expresión y de información en las relaciones laborales", en *Las libertades de información y expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 85-120.
- GOLSCHMIDT, Roberto, "La protección jurídica de la vida privada", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, año XII, núm. 36, septiembre-diciembre de 1959.
- GÓMEZ GALLARDO, Perla, "Administración de justicia y derecho a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 9, enero-junio de 2007, pp. 103-125.
- GÓMEZ GALLARDO, Perla, "Alcances de la reforma al artículo 6o. constitucional con relación a los órganos garantes", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 11, enero-junio de 2008, pp. 155-165.
- GÓMEZ GALLARDO, Perla y Ernesto Villanueva, *Ejercicio periodístico (herramientas básicas)*, México, CNDH, 2008, 79 pp.
- GÓMEZ DE LARA, Fernando et al., *Estudio sobre la libertad de prensa en México*,

- México, UNAM / Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1997, 140 pp.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, "El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión, derechos humanos fundamentales", en *Ars Juris*, México, núm. 14, 1995, pp. 73-88.
- GONZÁLEZ GAITANO, Norberto, *El deber de respeto a la intimidad: información pública y relación social*, Pamplona, Eusansa, 1990, 201 pp.
- GONZÁLEZ GAITANO, Norberto, "La trascendencia jurídica de la intimidad", en *Persona y Derecho*. Humana lura, Pamplona, núm. 1, 1991, pp. 275-297.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La degradación del derecho al honor. (Honor y libertad de información)*, Madrid, Civitas, 1993, 103 pp.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl, "Libertad de expresión, seguridad pública y poderes fácticos", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2007, pp. 113-132.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl, "Federalización de los delitos cometidos en contra de los periodistas. Algunos elementos para el debate", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 11, enero-junio de 2008, pp. 81-95.
- GOR, Francisco, "El Ombudsman y la libertad de expresión", en *Sinergia*, núm. 10, febrero-marzo de 1999, pp. 31-44.
- GORDON, Wendy J., "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", en *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 102, núm. 7, mayo de 1993.
- GORROTXATEGI AZURMENDI, M., "Libertad de expresión versus disciplina militar", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Guipúzcoa, núm. 43, septiembre-diciembre de 1995.
- GRANDRUT, Bernard de, "Démocratie et liberté de la presse", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 47, núm. 1, enero-marzo de 1995.
- GRAY, John A., "Strict Liability for the Dissemination of Dangerous Information?", en *Law Library Journal*, Washington, vol. 82, núm. 3, verano de 1990.
- GRIMALT SERVERA, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, lustel, 2007, 344 pp.
- GUERRERO CHIPRÉS, Salvador, "Periodismo y parlamento mexicano en los albores del siglo XXI", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, julio-diciembre de 2006, pp. 137-168.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino, "Tres sentencias extranjeras sobre el secreto profesional", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Barcelona, núm. 2, 1986, pp. 411-424.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino, "Libertad de información y derechos de la personalidad", en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Barcelona, núm. 4, 1988, pp. 801-828.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino, "Protección del derecho al honor y libertad de información", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Barcelona, núm. 2, 1989, pp. 321-336.
- GUTIÉRREZ SCHWANHAUSER, Rodrigo, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, 3 vols.
- HASSEMER, Winfried y Alfredo Chirino Sánchez, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, 238 pp.
- HELDKE, Lisa, "Do You Mind if I Speak Freely? Reconceptualizing Freedom of Speech", en *Social Theory and Practice*, Tallahassee, vol. 17, núm. 3, otoño de 1991.

- HERNÁNDEZ MEJÍA, Arián, "El derecho a la información en Cuba: garantías más allá de su reconocimiento constitucional", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 95-118.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 1990.
- HOLLRAH, Rachel, "La protección de la privacidad frente a la transparencia gubernamental", traducción de José María Bringas Valdivia, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2005, pp. 105-155.
- HUSCROFT, Grant, "Defamation, Damages and Freedom of Express in Canada", en *The Law Quarterly Review*, Londres, vol. 112, enero de 1996.
- JAEN VALLEJO, Manuel, "El desarrollo de la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista General de Derecho*, Madrid, núms. 517-518, 1987.
- JAEN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, Colex, 1992, 311 pp.
- JUÁREZ HERNÁNDEZ, Jaime, "Derechos humanos y libertad de prensa", en *Gaceta*, Puebla, núm. 38, abril-junio de 1998, pp. 17-22.
- KARPEN, Ulrich, "Freedom of Expression as a Basic Right: A German View", en *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, vol. XXXVII, núm. 2, primavera de 1989.
- KELLER, Perry, "Freedom of the Press in Hong Kong: Liberal Values and Sovereign Interests", en *Texas International Law Journal*, Austin, vol. 27, núm. 2, primavera de 1992.
- KENTRIDGE, Sydney, "Freedom of Speech: Is it the Primary Right?", en *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 45, parte 2, abril de 1996.
- KERN, Eduard, *Los delitos de expresión*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967, 228 pp.
- KIMMINICH, Otto, "La Legge Federale sulla Protezione dei Dati", en *Amministrazione*, Milán, julio-diciembre de 1979, pp. 180-191.
- LABARIEGA, Pedro Alfonso, "Algunas consideraciones sobre la libertad de imprenta y el derecho a la información", en *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, vol. 3, núm. 5, enero-abril de 1993, pp. 135-152.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, "Acción penal, remedios civiles y protección del derecho al honor: caducidad, incompatibilidad y opción de la víctima", en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 19, 2005, pp. 93-163.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, "El derecho a informar y sus enemigos", en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 93-106.
- LARRAÑAGA, Pablo, "La política pública del principio de transparencia. Panorama para una agenda pendiente", en Pedro Salazar Ugarte, coordinador, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM / IFAL, 2008, pp. 149-180.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Protección penal y límites de las libertades comunicativas", en *Las libertades de información y expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 45-84.
- LASSON, Kenneth, "Racial Defamation as Free Speech: Abusing the First Amendment", en *Columbia Human Rights Law*

- Review, Nueva York, vol. 17, núm. 1, otoño de 1985.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo, "Libertad de información y pluralismo lingüístico", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 177-190.
- LEMASURIER, Jeanne, "Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, núm. 5, septiembree-octubre de 1980.
- LINNARZ, Paul, "Libertad de prensa vivida. El modelo de Bundespressekonzferenz e. V. de Alemania como oportunidad para América Latina", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 49-77.
- LIPPKER, Richard, "Speech, Conscience, and Work", en *Social Theory and Practice*, Tallahassee, vol. 18, núm. 3, otoño de 1992.
- LIVELY, Donald E., "Modern Media and the First Amendment Rediscovering Freedom of the Press", en *Washington Law Review*, Seattle, vol. 67, núm. 3, julio de 1992.
- LIZAMA ORTEGA, Landy Leticia, "El derecho a la información", *Revista Facultad de Derecho*, Mérida, Yucatán, núm. 22, septiembree-diciembre de 1996, pp. 19-21.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "El derecho a la información", *Crónica Legislativa*, México, año IV, núm. 5, octubre-noviembre de 1995.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Derecho a la información*, México, McGraw-Hill / UNAM, 1997.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México", en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 495-554.
- 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 AYLLÓN, Sergio, "El derecho a la información como derecho fundamental", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 157-181.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, coordinador, *Democracia. Transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM / IFAI, 2006, 262 pp.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "La constitucionalización del derecho de acceso a la información: una propuesta para el debate", en Sergio López Ayllón, coordinador, *Democracia. Transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM / IFAI, 2006, pp. 235-260.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales?", en Pedro Salazar Ugarte, coordinador, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM / IFAI, 2008, pp. 1-33.
- LÓPEZ ESCOBAR, Esteban, "estructura informativa y derecho a comunicar", en *Persona y Derecho*, Núm. 8, 1981, pp. 349-376.
- LÓPEZ FUENTES, Luis, "Libertad de expresión e información", en *Tapia*, Madrid, año XIV, núm. 80, febrero de 1995.

- LÓPEZ GUERRA, I., "La libertad de información y el derecho al honor", en *Poder Judicial*, Madrid, núm. especial VI, 1989, pp. 285-299.
- LÓPEZ MATEOS, Adolfo, *Seis años de libertad de prensa en el régimen del presidente Adolfo López Mateos*, México, Talleres de Manuel Casas Impresor, 1964, 172 pp.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan, "Libertad de información y proceso penal a la luz de la doctrina del TEDH", en *Justicia* 92, Barcelona, núm. 1, 1992.
- LÓPEZ PÉREZ, Alex M., "El privilegio ejecutivo frente al derecho a la información pública", en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Ponce, vol. 34, núms. 2-3, 1994-1995.
- LORETI, Damián, "Situación regional sobre normativa referente a la libertad de expresión, prensa, información y derechos autorales de los periodistas", en *Contribuciones*, Buenos Aires, núm. 58, abril-junio de 1998, pp. 127-154.
- LORETI, Damián, "Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina vinculados a los medios de comunicación y la libertad de expresión dictados en 1998", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Talca, 1999, pp. 123-159.
- LOSANO, Mario G., "La legge spagnola sulla protezione dei dati personali", en *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Milán, año IX, núms. 4-5, julio-octubre de 1993.
- LUNA PLA, Issa, "Medios de comunicación y democracia: realidad, cultura cívica y respuestas legales y políticas", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 21-39.
- LUNA PLA, Issa, "Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 73-88.
- LUNA PLA, Issa, "Derecho de la información como disciplina en México", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 9, enero-junio de 2007, pp. 161-186.
- LUQUE RAZURI, Martín, *Acceso a la información pública documental y regulación de la información secreta*, Lima, Ara, 2002, 267 pp.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín, "Derecho al honor y libertad de expresión e información", en *Actualidad Civil*, Madrid, núm. 18, 2006, pp. 2234-2243.
- MACÍAS JARA, María, "El ejercicio efectivo del derecho a la cláusula de conciencia", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 191-206.
- MARI, Angelo, "Diritto dell'informazione e pubblica amministrazione", en *Il Foro Amministrativo*, Milán, vol. 68, núms. 11-12, 1992.
- MARINHO, Josaphat, "Inconstitucionalidade de decreto-lei sobre censura previa", en *Revista de Direito Público*, São Paulo, año III, núm. 8, abril-junio de 1969.
- MARSHALL, Geoffrey, "Declaración de derechos: problemas básicos (III): libertad de expresión", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 3, mayo-agosto de 1989, pp. 285-296.
- MARSHALL, Geoffrey, "Press, Freedom and Free Speech Theory", en *Public Law*, Londres, primavera de 1992.
- MARTÍNEZ ANTÓN, Miguel, "El periodista, palabra profética en la acción informativa. Reivindicaciones en un contexto mediático", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comu-

- nidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 207-226.
- MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, Miguel A., "Informática y derechos humanos", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 15, 1986, pp. 99-112.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, "La configuración constitucional del derecho a la intimidad", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año II, núm. 3, mayo-diciembre de 1994, pp. 313-339.
- MARTÍNEZ VAL, José María, "Libertad de información y de crítica, en el caso 'José María García' (una sentencia del Tribunal Constitucional que defrauda)", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, núm. 4, julio-agosto de 1990, pp. 79-86.
- MATHESON, Jr., Scott M., "The Prosecutor, the Press, and the Free Speech", en *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. 58, núm. 5, abril de 1990.
- MATHIEU, Bertrand, "La liberté de expresión en France: de la protection constitutionnelle aux menaces législatives", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, núm. 1, enero-febrero de 2007, pp. 231-260.
- MCINTYRE, Thomas J., "The Freedom of Information Act. An Overview for Law Enforcement Professionals", en *International Criminal Police Review*, París, año 41, núm. 396, marzo de 1986.
- MCKENZIE, Robert, "Estudio comparativo de la regulación de los medios de comunicación en Francia, Estados Unidos, México y Ghana", traducción de José María Bringas Valdivia, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2005, pp. 157-199.
- MCKENZIE, Robert, "El financiamiento de los medios de comunicación en Suecia, México, Estados Unidos y China", traducción de José María Bringas Valdivia, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, julio-diciembre de 2006, pp. 17-44.
- MEJAN, Luis Manuel C., *El derecho a la intimidad y la informática*, México, Porrúa, 1994, 146 p.
- MELGAR ADALID, Mario, "El derecho a la información", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XLIII, núms. 189-190, mayo-agosto de 1993.
- MENDEL, Toby, "Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 41-74.
- MENDEL, Toby, "Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información", traducción de José María Bringas Valdivia, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, julio-diciembre de 2006, pp. 3-15.
- MENDIRICHAGA, José Roberto, "Prensa y cambio social", *Derecho y Ciencias Sociales*, Monterrey, vol. III, núm. 10, julio de 1978, pp. 271-282.
- MENDOZA, José Rafael, "El derecho a la intimidad", *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, núm. 19, 1960.
- MENÉNDEZ, José, "El respeto a la verdad como límite a la libertad de expresión", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 5, 1978, 29-56.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, "Derechos y libertades", en *Las libertades de información y expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 265-298.
- MERCADO LUNA, Ricardo, "Secreto de las fuentes de información", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 15 de abril de 1970.

- MERINO, Mauricio, "En vísperas de la revolución informativa", en Pedro Salazar Ugarte, coordinador, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM / IFAL, 2008, pp. 119-148.
- MICHAEL, James, "Freedom of Information Comes to the European Union", en *Public Law*, Londres, primavera de 1996.
- MIERES MIERES, Luis Javier, "Algunas consideraciones acerca de la enseñanza del derecho de la información ante el nuevo paradigma de la enseñanza universitaria", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 43-52.
- MINUTTI ZANATTA, Rubén, "La información como derecho", en *Alegatos*, México, núm. 34, septiembre-diciembre, 1996, pp. 657-686.
- MIRÓN REYES, Jorge Antonio, "Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, julio-diciembre de 2006, pp. 45-52.
- MOLINO MOLA, Edgardo, *La Corte Suprema y la libertad de prensa*, Panamá, 1994, 36 pp.
- MOND, Georges, "La liberté de la presse en U.R.S.S. et dans les démocraties populaires", en *Annuaire de l'U.R.S.S.*, París, 1965.
- MONTAGNY, Yves de, "Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables", en *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 22, núm. 1, 1991.
- MONTANER, Carlos Alberto, "El miedo a la información", *Boletín Electoral Latinoamericano*, San José de Costa Rica, IX, enero-junio de 1993.
- MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, Destino, 1984.
- MORANGE, J., "La protection constitutionnelle et civile de la liberté d'expression", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 42, 1990.
- MORANT, Ramón, *Seguridad y protección de la información*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 388 pp.
- MUNRO, Colin, "Press Freedom-How the Beast Was Tamed", en *The Modern Law Review*, Londres, vol. 54, núm. 1, enero de 1991.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, "Derecho a la intimidad en el manejo de información de la salud: Ley Informatique et Libertés francesa", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXIX, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 735-741.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Libertad de prensa y procesos de difamación*, Barcelona, Ariel, 1987.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio", *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 73 y 74, enero-marzo y abril-junio de 1992.
- NEIER, A., "The Right to Free Expression under International Law: Implications of the Mexico City Policy", en *New York University Journal of International Law and Policy*, Nueva York, vol. 20, 1987.
- NEWMAN, Stephen L., "Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States", en *American Review of Canadian Studies*, Toronto, septiembre de 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordina-

- dores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 3-143.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Pautas teóricas y jurisprudencia para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada", en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 159-200.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2005, tomo 2, pp. 453-471.
- NOLASCO NDONG, Pedro, "El monstruo de la libertad. Segundo informe 2003 sobre la libertad de prensa en Guinea Ecuatorial", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 235-250.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*; 4a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1989, 224 pp.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, "Bases para una reformulación constitucional de las libertades de información", en Rodrigo Gutiérrez Schwanhauser, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 3.
- NUNCIO, Abraham, "Información y enajenación", en *Derecho y Ciencias Sociales*, Monterrey, vol. III, núm. 10, julio de 1978, pp. 283-294.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, 281 pp.
- OCHOA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, "Un aspecto olvidado de la reforma político-electoral de 1988-1990: los derechos humanos y la libertad de expresión de los partidos políticos", en *Ars Iuris*, México, núm. 5, 1991.
- OLMOS PILDAIN, A., "La libertad de expresión. Especial consideración a la protección jurídica frente a las extralimitaciones en su ejercicio", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, núm. 1, enero-febrero de 1987, pp. 17-37.
- O'NEILL, Kevin Francis y Raymond Varsavi, "Counter-Demonstration as Protected Speech: Finding the Right to Confrontation in Existing First Amendment Law", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, San Francisco, vol. 23, núm. 1, otoño de 1995.
- OPPO, Giorgio, "Il diritto dell'impresa oggi", en *Iustitia*, Roma, año XLV, núm. 2, abril-junio de 1992.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Manual de derecho de la información*, Madrid, Ramón Areces, 2003, 312 pp.
- ORTEGA SAN VICENTE, Alejandro, *Evolución del derecho a la información en el orden jurídico mexicano 1977-2007*, México, CNDH, 2008, 457 pp.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio de Padua, *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, Comares, 1994, 193 pp.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio de Padua, "El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (a propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)", en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 19, 2005, pp. 305-332.
- PÁEZ ÁLVAREZ, Alfonso, "Desafíos jurídicos del derecho de acceso a la información pública en Sinaloa", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 89-100.

- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 10, 1996, pp. 209-218.
- PASINI, Isabella, "Osservazioni sul diritto di accesso ai documenti amministrativi: la legge 7 agosto 1990 n. 241", en *Diritto e Società*, Padua, núm. 2, abril-junio de 1992.
- PARRA SALAZAR, Olivia Lizeth, "El derecho a la privacidad ante el derecho a la información y la libertad de expresión", en *Lex*, Torreón, año V, núm. 45, marzo de 1999.
- PATON-SIMPSON, Elizabeth, "Human Interest: Privacy and Free Speech in the Balance", en *New Zealand Universities Law Review*, Wellington, vol. 16, núm. 3, junio de 1995.
- PATRICIOS, Leon, "Ekemekdijan v. Sofovich: The Argentine Supreme Court Limits Freedom of the Press", en *The University of Miami Inter-American Law Review*, Coral Gables, vol. 24, núm. 3, primavera-verano de 1993.
- PELLET, Rémi, "Les conditions constitutionnelles d'une réforme de la loi 'informatique et libertés'", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, núm. 2, marzo-abril de 1995.
- PELLET LASTRA, Arturo, *La libertad de expresión*; 2a. ed., Buenos Aires, 1993, 205 pp.
- PÉREZ JIMÉNEZ, Efraín, "Los derechos constitucionales del acusado frente a la libertad de prensa", en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Río Piedras, vol. VIII, núm. 2, enero-mayo de 1974.
- PÉREZ PINTOR, Héctor, "Aspectos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales del derecho a la información en México", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 197-220.
- Periodismo y derechos humanos*, México, CNDH / Fundación Manuel Buendía, 1993, 90 pp.
- PIGNATARO, Laura, "La tutela dell'informazione nel diritto comunitario", en *Rivista di Diritto Europeo*, Roma, vol. 32, núm. 1, enero-marzo de 1992.
- POLO SABAU, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 155 pp.
- PONTIER, Jean-Marie, "Sur la censure", en *Recueil Dalloz Sirey*, París, núm. 6, 10 de febrero de 1994.
- PRADEL, Jean, "Développements récents de l'information de presse en matière pénale", en *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 65, 1989.
- PRICE, Monroe E., "Diplomacia pública y cambio en la transmisión internacional de medios electrónicos", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 75-99.
- PUYOL MONTERO, Javier y María Flor Generoso Hermoso, *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Madrid, Edinger, 1991.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "La protección de la intimidad y la regulación del secreto", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 503-522.
- RABBAN, David M., "Free Speech in Progressive Social Thought", en *Texas Law Review*, Austin, vol. 74, núm. 5, abril de 1996.

- REDISH, Martin H. y Dary I. Kessler, "Government Subsidies and Free Expression", en *Minnesota Law Review*, Minneapolis, vol. 80, núm. 3, febrero de 1996.
- RÉVÉSZ, Mihály T., "Freedom of the Press and the Papers of the Nationalities in Hungary (1867-1873)", en *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae*, Budapest, vol. 31, 1990.
- REY, Oscar E., "Antimask Laws: Exploring the Outer Bounds of Protected Speech under the First Amendment-State v. Miller, 260 Ga. 669, 398 S.E. 2d 547 (1990)", en *Washington Law Review*, Seattle, vol. 66, núm. 4, octubre de 1991.
- REYES GARZÓN, Carlos Ignacio, "La facultad reglamentaria de los ayuntamientos y el acceso a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 125-143.
- RICHARDS, Jeffrey A., "Confidentially Speaking: Protecting the Press from Liability for Broken Confidentiality Promises-Cohen v. Cowles Media Co., 111 S. Ct. 2513 (1991)", en *Washington Law Review*, Seattle, vol. 67, núm. 2, abril de 1992.
- RÍOS ESTAVILLO, Juan José, "Libertad informática y su relación con el derecho a la información", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2003, pp. 183-225.
- RISACHER, Nancy, "Internet et la protection des droits fondamentaux de la personne humaine", en *Lamy Droit de l'Informatique*, París, núm. 82, junio de 1996.
- RISSO FERRAND, Martín J., "Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la libertad de prensa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, pp. 277-303.
- RIVERA, Julio César, "Los alcances de la libertad de expresión en el derecho argentino", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 35-64.
- ROCHA, Dorangélica de la, "El derecho de acceso a la información pública y su impacto en los estados de México. Una perspectiva desde la experiencia de Sinaloa", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 107-119
- RODRÍGUEZ, Jesús P., "El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año II, núm. 3, mayo-diciembre de 1994, pp. 363-392.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier, "Una reflexión sobre la prevalencia de la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho al honor", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, núm. 5, septiembre-octubre de 1991.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier, "Construcción jurídica sobre la protección de los llamados derechos de la personalidad. Honor (de la persona jurídica). Comentario jurídico a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1a.) de 5 de octubre de 1989", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 76, 1991, pp. 355-376.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando, "Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo. 43, núm. 1, enero-abril de 1990, 197-240.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos", en *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 893-906.
- RODRÍGUEZ PARDO, Julián, "Del derecho humano a la información al fundamental pluralismo informativo. Una perspectiva europea", en Julián Rodríguez Pardo, coordinador, *Derecho de la información: una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*, Madrid, Universidad de Extremadura / Dykinson, 2007, pp. 15-34.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Protección y límites de la libertad de expresión", en *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1983, pp. 140-151.
- RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel Julio, "El acceso a la información pública en Argentina", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 111-143.
- RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel Julio, "El derecho de la información y el respeto a las garantías del debido proceso", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2003, pp. 303-319.
- ROLLNERT LIERN, Göran, "Los límites de la libertad ideológica y de la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional española", en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Derecho a la información y libertad de prensa*, Barcelona, Bosch, 1984.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información: problemática procesal*, Barcelona, Ediciones Jurídicas Serlipost, 1991, 269 pp.
- ROOD, Leslye de Roos y Ann K. Grossman, "The Case for a Federal Journalist's Testimonial Shield Statute", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, San Francisco, vol. 18, núm. 4, verano de 1991.
- ROSENFELD, Michel, "La filosofía de la libertad de expresión en América", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año V, núm. 8, enero-junio de 2000, pp. 469-483.
- RUIZ VADILLO, Enrique, "Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas", en *Libertad de expresión y derecho penal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, pp. 73-102.
- RUIZ CABALLERO, Carlos, "Por una nueva teoría política de la prensa", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 289-304.
- RUIZ VADILLO, Enrique, "El derecho constitucional al secreto profesional y a la cláusula de conciencia: un tema legislativo pendiente", en *Poder Judicial*, Madrid, núm. especial XIII, 1990, pp. 141-161.
- RUIZ VADILLO, Enrique, "Los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a informar y ser informado y su incidencia en el campo jurídico-penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 11, junio de 1996.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho; entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel, 1987, 198 pp.
- SABA, Roberto, "El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno", en *Derecho Comparado de*

- la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 145-185.
- SACRISTÁN ROMERO, Francisco, "El efecto de la publicidad en la norma", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 75-99.
- SADURSKI, Wojciech, *Freedom of Speech and Its Limits*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999, 240 pp.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La censura judicial a la prensa argentina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Talca, 1998, pp. 387-413.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2006, tomo 2, pp. 965-975.
- SÁIZ VALDIMIESO, 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.
- SALAZAR UGARTE, Pedro y Paula S. Vásquez Sánchez, "La reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana: contexto normativo y alcance interpretativo", en Pedro Salazar Ugarte, coordinador, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM / IFAI, 2008, pp. 35-70.
- SALAZAR UGARTE, Pedro y Rodrigo Gutiérrez Rivas, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008, 149 pp.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, "Difamación y libertad de expresión", en Pablo Salvador Coderch, coordinador, *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990, pp. 15-136.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, "Sentencia del Tribunal Constitucional 297/1994, de 14 de noviembre. Derecho al honor y derecho a las libertades de información y expresión", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, núm. 39, 1995, pp. 851-868.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, "Honor y libertad de expresión en 1995: una reseña jurisprudencial", en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 10, 1996, pp. 329-398.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y María Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1997.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y Fernando Gómez Pomar, coordinadores, *Libertad de expresión y conflicto institucional: cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002, 143 pp.
- SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, "Información y libertad", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 31-42.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedios, *El derecho a la información*, Valencia, Universidad de Valencia, 1974.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedios, "El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Manuel Ramírez Jiménez, coordinador, *El derecho a la información: teoría y práctica*,

- Zaragoza, Libros Pórtico, 1995, pp. 53-68.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1992, 150 p.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, "Información y derecho: restricciones en el uso del correo electrónico e Internet por parte de los trabajadores por cuenta ajena", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 305-316.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho de la información: análisis de su concepto*, San José de Costa Rica, ECAM, 1987, 204 pp.
- SAPIENZA, Rosario, "Recenti sviluppi in tema di garanzia della libertà d'espressione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", en *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Milán, año XI, núms. 4-5, julio-octubre de 1995.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Aranzadi, 1995.
- SCHAUER, Frederick, "Uncoupling Free Speech", en *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 92, núm. 6, octubre de 1992.
- SHAPIRA, Amos, "¿Debe protegerse un discurso de odio y violento? Algunas reflexiones sobre la libertad de expresión y sus límites", traducción Karla Pérez Portilla, en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 81-92.
- SARRE, Miguel y Sandra Serrano, "Autonomía y transparencia", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 201-216.
- SERNA, Pedro, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información", en *Persona y Derecho*. Humana lura, Pamplona, núm. 4, 1994, pp. 197-234.
- SERVODIDIO, Gianni R., "Balancing the Interest of the Government and the Public Employee in the Context of Political Patronage and Freedom of Speech", en *Tulane Law Review*, Nueva Orleans, vol. 67, núm. 2, diciembre de 1992.
- SHACHOR-LANDAU, Chava, "Freedom of Expression and its Limits under the European Convention of Human Rights", en *Israel Yearbook on Human Rights*, Dordrecht, Holanda, vol. 22, 1992.
- SHANE, Peter M., "The Rust that Corrodes: State Action, Free Speech, and Responsibility", en *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 52, núm. 6, julio de 1992.
- SINGER, Craig D., "Conduct and Belief: Public Employees' First Amendment Rights to Free Expression and Political Affiliation", en *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 59, núm. 2, primavera de 1992.
- 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.
- SMOLIA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, Inc., 1992, 429 pp.
- SOBRAO MARTÍNEZ, Francisco, "El derecho de rectificación", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 5, 1978, pp. 145-226.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", en *Revista Española de Derecho Consti-*

- tucional, Madrid, núm. 23, 1988, pp. 139-155.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 32, mayo-agosto de 1991, pp. 73-114.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 77, julio-septiembre de 1992.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "La libertad de expresión como derecho de la sociedad democrática: la imagen constitucional del periodista", en *Sistema*, Madrid, núms. 118-119, marzo-abril de 1994.
- SORIA SAIZ, Carlos, "Perspectivas doctrinales del derecho a la información", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 1, 1974, pp. 471-492.
- SORIA SAIZ, Carlos, "El derecho a la información en la Constitución española", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 11, 1984, pp. 79-120.
- SORIA SAIZ, Carlos, "Más allá del capitalismo informativo. La información pertenece al público", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 12, 1985, pp. 87-113.
- SORIA SAIZ, Carlos, "La función pacificadora de los medios informativos", en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 25, 1991, pp. 175-186.
- SORIA SAIZ, Carlos, "Cuestiones ético-jurídicas de la información", en Rodrigo Gutiérrez Schwannhauser, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 3.
- STEIN VELASCO, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, México, UNAM, 2005, 410 pp.
- STEVENS, John Paul, "The Freedom of Speech", en *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 102, núm. 6, abril de 1993.
- STREINZ, Rudolf, "Repercusiones de la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de prensa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Talca, 1998, pp. 483-510.
- STRAUSS, David A., "Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression", en *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 91, núm. 2, marzo de 1991.
- SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos et al., *Medios de comunicación y autocontrol. Entre la ética y el derecho*, Alcalá de Guadaíra, Sevilla, Mad, 1999, 232 pp.
- SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos, "El derecho a la información: aspectos éticos", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año VII, núm. 11, enero-diciembre de 2002, pp. 611-621.
- SULLIVAN, Kathleen M., "Discrimination, Distribution and Free Speech", en *Arizona Law Review*, Tucson, vol. 37, núm. 2, verano de 1995.
- SUSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995, 344 pp.
- TIERSMA, Peter Meijjes, "Nonverbal Communications and the Freedom of 'Speech'", en *Winconsin Law Review*, Winconsin, núm. 6, 1993.
- TREJO DELARBRE, Raúl, "Treinta años de regateos. El derecho a la información desde su discusión inicial", en Pedro Salazar Ugarte, coordinador, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM / IFAL, 2008, pp. 89-118.
- TÜRK, Danilo y Louis Joinet, "Droit à la liberté d'opinion et d'expression", en *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, núms. 49-50, 1992, pp. 139-180.

- URABAYEN, Miguel, *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1977.
- URZÚA ARACENA, Mario, "Algunas claves para la enseñanza de la ética informativa", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Valencia, Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp. 317-326.
- VALDÉS COSTA, Ramón, "Libertad de comunicación de pensamientos y de informaciones en el derecho uruguayo", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, vol. 31, núms. 1-2, enero-junio de 1990.
- VALENZUELA ESPINOZA, César M., "Cultura de legalidad e información pública: el caso Sinaloa", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 141-155.
- VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago, compilador, *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007, 137 pp.
- VEITCH, Edward, "Language, Culture and Freedom of Expression in Canada", en *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 39, núm. 1, enero de 1990.
- VENTURA, Adrián, "El secreto periodístico es esencial a la libertad", en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 157-172.
- VERVAELE, J., *Libertad de prensa, libertad de expresión y protección de los bienes jurídicos penales. El papel de la Convención Europea de Derechos Humanos*, San José, ILANUD, 1992.
- VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, "El derecho a la privacidad frente al uso justificado de los sistemas de vigilancia", en *Derechos y Libertades*, Madrid, año III, núm. 6, febrero de 1998, pp. 517-545.
- VILLAGOMEZ, A., "Las acciones de rectificación de informaciones difundidas por los medios de comunicación social. procedimientos administrativo y judicial", en *Boletín de Información*, Madrid, núm. 1380, 15 de abril de 1985.
- VILLABOS QUIRÓS, Enrique, *El derecho de respuesta en la prensa*, San José de Costa Rica, EUNED, 1984, 284 pp.
- VILLABOS QUIRÓS, Enrique, *El derecho a la información*, San José de Costa Rica, EUNED, 1997, 304 pp.
- VILLABOS QUIRÓS, Enrique, "El derecho a la información en Costa Rica: un proyecto de ley", en Rodrigo Gutiérrez Schwanhauser, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 3.
- VILLABOS QUIRÓS, Enrique, "El derecho de rectificación y respuesta", en Rodrigo Gutiérrez Schwanhauser, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 3.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho comparado de la información*, México, Cámara de Diputados / Universidad Iberoamericana, 1998.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, 1998, 253 pp.
- VILLANUEVA, Ernesto, *El secreto profesional del periodista. Concepto y regulación jurídica en el mundo*, Madrid, Fragua, 1998.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de la información. Conceptos básicos*, Quito, Quipus / CIESPAL, 2003, 466 pp.
- VILLANUEVA, Ernesto, "Derecho de acceso a la información y organización ciudadana"

- dana en México”, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 119-137.
- VILLANUEVA, Ernesto, “Participación social y acceso a la información pública en América Latina”, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 145-158.
- VILLANUEVA, Ernesto, “El derecho de la información frente a los derechos de la personalidad”, en *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 11, enero-junio de 2008, pp. 131-152.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/93”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, “Introducción histórica a las libertades de información y expresión”, en *Las libertades de información y expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 11-44.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, “Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información”, en Miguel Carbonell, coordinador, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa / CNDH, 2004, pp. 1-12.
- VILLEGAS, Jorge, “Derecho a la información”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, Monterrey, vol. 1, núm. 2, octubre de 1973-enero de 1974, pp. 195-207.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “Las libertades de opinión y de información”, en Rodrigo Gutiérrez Schwanhauser, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 3.
- José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 3.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, 1977.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Libertad de expresión y derecho al honor”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, núm. 13, 1987, tomo II, pp. 238-279.
- WALKER, Doris Brin, “Respecto de la libertad de expresión”, en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, Bruselas, núm. 1, 1990.
- WALKER, Sally, “Freedom of Speech and Contempt of Court: The English and Australian Approaches Compared”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 40, núm. 3, julio de 1991.
- WERTHEIMER, John, “Mutual Film Reviewed: The Movies, Censorship, and Free Speech in Progressive America”, en *American Journal of Legal History*, Filadelfia, vol. XXXVII, núm. 2, abril de 1993.
- WESSON, Marianne, “Sex, Lies and Videotape: The Pornographer as Censor”, en *Washington Law Review*, Seattle, vol. 66, núm. 4, octubre de 1991.
- WEINSTEIN, James, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1999, 282 pp.
- WERHAN, Keith, *Freedom of Speech: A Referente Guide to the United States Constitution*, Westport, Praeger, 2004, 178 pp.
- ZAFFORE, Jorge, “La comunicación masiva: regulación, libertad y pluralismo”, en Rodrigo Gutiérrez Schwanhauser, editor, *Bases para un proyecto de ley sobre el derecho a la información y materias afines*, San José de Costa Rica, Prodel / Asamblea Legislativa, 1997, vol. 3.

ZANONI, Eduardo A., *Responsabilidad de los medios de prensa. Libertad de expresión y derechos personalísimos, ejercicio abusivo de la libertad de información*, Buenos Aires, Astrea, 1993, 318 pp.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pen-

seiro", en *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Milán, año XI, núm. 6, noviembre-diciembre de 1995.

ZINGO, Martha T., *Sex/Gender, Outsiders, Hate Speech, and Freedom of Expression: Can they Say that about Me?*, Westport, Praeger, 1998, 219 pp.

Nuevas publicaciones

Septiembre-diciembre 2008

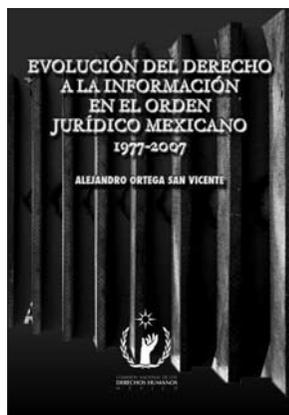
Seminario Internacional Derecho a la Educación y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos

ISBN 978-970-644-590-2
México, CNDH, 2008, 132 pp.



Evolución del derecho a la información en el orden jurídico mexicano: 1977-2007

ISBN 978-970-644-595-7
México, CNDH, 2008, 460 pp.





La libertad. Dilemas, retos y tensiones

ISBN 978-970-32-5368-5

México, UNAM / CNDH, 2008, 258 pp.



El VIH/Sida y los derechos humanos: el caso de las y los trabajadores del sexo comercial

ISBN 978-970-644-589-6

México, CNDH, 2008, 24 pp.



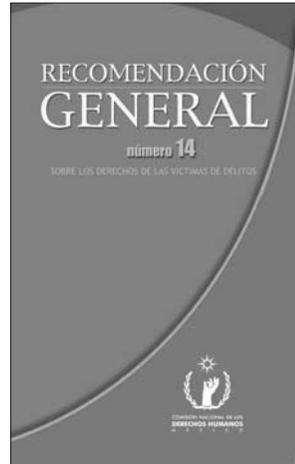
El derecho a solicitar alimentos

ISBN 978-970-644-605-3

México, CNDH, 2008, 8 pp.

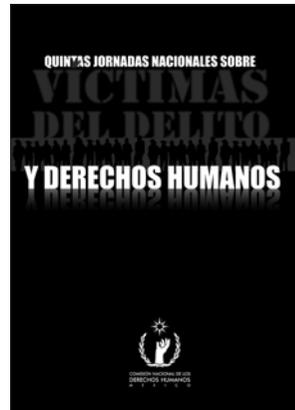
Recomendación General número 14. Sobre los derechos de las víctimas de delitos

ISBN 978-970-644-607-7
México, CNDH, 2008, 40 pp.



Quintas Jornadas Nacionales sobre Víctimas del Delito y Derechos Humanos

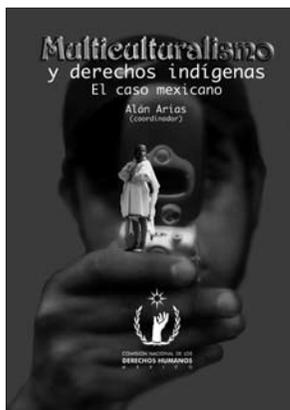
ISBN 978-970-644-604-6
México, CNDH, 2008, 138 pp.



El Principio de Proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales

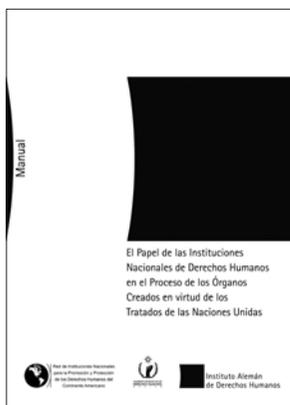
ISBN 978-970-644-604-6
México, CNDH, 2008, 284 pp.





Multiculturalismo y derechos indígenas. El caso mexicano

ISBN 978-970-644-602-2
México, CNDH, 2008, 156 pp.



El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el proceso de los órganos creados en virtud de los tratados de las Naciones Unidas

ISBN 978-970-644-608-4
México, CNDH, 2008, 92 pp.

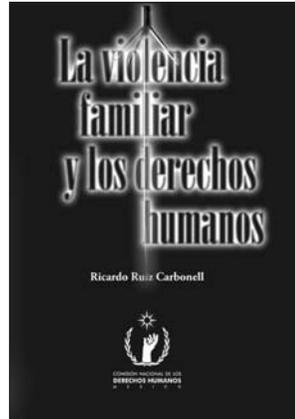


Derechos de los pueblos indígenas en las entidades federativas

ISBN 978-970-644-601-5
México, CNDH, 2008, 172 pp.

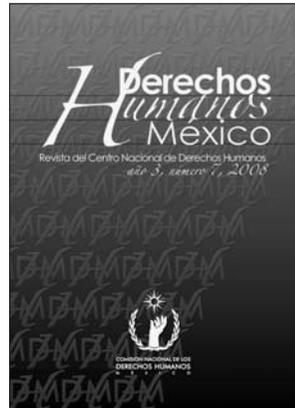
La violencia familiar y los derechos humanos

ISBN 970-644-522-6
México, CNDH, 2008, 308 pp.



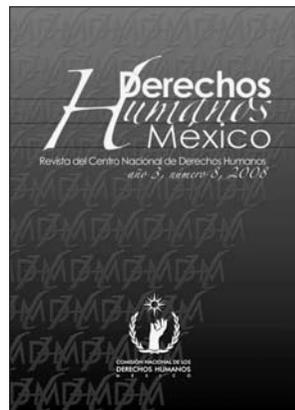
Derechos Humanos México

ISSN 1870-5448
México, CNDH, año 3, número 7, 2008, 280 pp.



Derechos Humanos México

ISSN 1870-5448
México, CNDH, año 3, número 8, 2008, 264 pp.





Pena de muerte. Debate, indulto, conmutación y abolición en México

ISBN 978-970-644-603-9
México, CNDH, 2008, 128 pp.



Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en México. Un índice de cobertura por entidad federativa

ISBN 978-970-644-612-1
México, CNDH, 2008, 56 pp.



Colección de leyes fundamentales que han regido la República Mexicana y de los planes que han tenido el mismo carácter desde el año de 1821 hasta el año de 1857

ISBN 978-607-401-017-6
México, Miguel Ángel Porrúa / CNDH, 2008, 390 pp.

**Campaña Nacional para Promover la Equidad
entre Mujeres y Hombres en el Hogar.
Responsabilidades Familiares Compartidas.
"Entre Tod@s es Mejor"**

ISBN 978-970-644-613-8
México, CNDH, 2008, 24 pp.



Derechos Humanos México, editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en julio de 2009 en los talleres de GRUPO EDITORIAL ZEURY, S. A. de C. V., Belice núm. 15, col. Olivar de los Padres, C. P. 01080, 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.