

# Derechos Humanos México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos  
*año 4, número 11, 2009*



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](http://www.cndh.org.mx),  
correo electrónico: [cenadeh@cndh.org.mx](mailto:cenadeh@cndh.org.mx)



# Derechos *Humanos* Mexico

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

año 4 • número 11 • 2009



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

Comité Asesor

Enrique Belda Pérez Pedrero (España); José Luis Caballero Ochoa (México); Miguel Carbonell Sánchez (México); Miriam Cárdenas Cantú (México); Víctor Manuel Collí Borges (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)

Comité Editorial de la CNDH

Alán Arias Marín; Édgar Corzo Sosa; Jorge Robledo Ramírez; Manuel Generoso Becerra Ramírez; María del Refugio González Domínguez; Nuria González Martín; Rigoberto Ortiz Treviño; Victoria Adato Green

Reserva al título en Derechos de Autor: 04-2006-051514073300-102;  
ISSN: 1870-5448; Año 4, Núm. 11, 2009

Editor responsable:  
*Eugenio Hurtado Márquez*

Diseño de portada:  
*Éricka Toledo Piñón*

Formación tipográfica:  
*H. R. Astorga*

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

---

## **Presentación**

*Carlos Brokmann Haro*

7

## **Artículos**

Los principios generales del derecho y los principios jurídicos aplicables a las personas detenidas y en prisión

*Maria Elena Lugo Garfias*

13

De la esclavitud a la trata de personas

*Luisa Fernanda Tello Moreno*

47

La ponderación entre el derecho a la vida y la libertad de la mujer

*Alfredo Islas Colín*

81

Nociones básicas sobre multiculturalismo y sus interacciones con los derechos humanos

*Karina A. Hernández García*

129

Derecho de guerra y alteridad

*Carlos Brokmann Haro*

155

El Fuero de Guerra mexicano: una jurisdicción extralimitada a la luz de los derechos humanos

*Karlos Castilla*

197

## **Comentario bibliográfico**

*The Rights Revolution y Empire Lite: Nation Building in Bosnia, Kosovo and Afganistan*, de Michael Ignatieff

*J. Alán Arias Marín y Úrsula Sánchez Solano*

227

**Nuevas adquisiciones**

Centro de Documentación y Biblioteca

Libros (mayo-julio)

247

**Nuevas publicaciones**

Mayo-julio 2009

267



## Presentación

*Carlos Brokmann Haro\**

**E**l estudio de los derechos humanos constituye un campo en constante evolución teórica y pragmática. Esta condición ha hecho que su análisis esté lleno de debates y polémicas que, en muchas ocasiones, parecen imposibles de resolver. La contraposición entre la concepción naturalista y la positivista, los derechos positivos y los negativos o su identificación con los derechos individuales o con los colectivos son algunos de los temas que es difícil zanjar. Desde su creación, el Centro Nacional de Derechos Humanos ha sido un espacio para la reflexión abierta en torno a estas polémicas a partir de una perspectiva multidisciplinaria. El número 11 de la *Revista Derechos Humanos México* está dedicado, precisamente, a la discusión de diversos debates en torno a problemas específicos de los derechos humanos. La formación y la perspectiva de cada uno de los autores enriquecen la discusión en tanto que se trata de puntos de vista únicos y complementarios.

Los individuos detenidos y en prisión constituyen un grupo altamente vulnerable en sus derechos. Pero el debate acerca de los límites y propósito de la detención y las prisiones es acalorado aún en la actualidad. De la readaptación hasta la venganza social, las formas que asumen en cada sistema político están condicionadas por tantas consideraciones que la discusión parece inagotable. En su artículo “Los principios generales del derecho y los principios jurídicos aplicables a las personas detenidas y en prisión”, María Elena Lugo Garfias discute ampliamente los principios del derecho que sustentan el respeto de los derechos de las personas que se encuentran en estas condiciones, así como los instrumentos internacionales y nacionales que sirven para asegurarlos. La autora propone que los principios de seguridad jurídica, legalidad, igualdad, trato digno e integridad física y psicológica, así como los derechos de los reclusos o internos deben regir el trato a los individuos detenidos y en prisión. Estos principios son analizados a la luz de la protección especí-

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

fica que brindan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a las personas que se encuentran en estas condiciones. A través de una serie de cuadros que sitúan cada derecho puntualmente, Lugo Garfias concluye que los principios generales del derecho que protegen a las personas en condiciones de detención y prisión se originan en prácticas que fueron adquiriendo carácter positivo con el paso del tiempo. Estos principios están contemplados en los instrumentos nacionales e internacionales que describe y que a la postre resultaron en el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Los derechos que emanaron de estos principios del derecho cuentan, además, con mecanismos para exigir su cumplimiento y, como conjunto, constituyen una importante fuente supletoria del derecho para asegurar la protección de estos derechos.

La esclavitud fue una de las peores violaciones a los derechos humanos durante milenios y cuya legitimación histórica y contemporánea dio pie a encendidos debates. Su gradual abolición significó un largo recorrido, en el cual su práctica encubierta o el surgimiento de nuevas formas de esclavitud representan serios retos para la defensa de las personas. Para Luisa Fernanda Tello Moreno, en su artículo “De la esclavitud a la trata de personas”, el problema fundamental es enfrentar las modalidades en que se somete a distintos grupos vulnerables a condiciones análogas de indefensión. Trata de personas es un concepto amplio que abarca diversas esferas cuya distinción es difícil. La autora propone analizar el desarrollo de la legislación y los mecanismos internacionales para controlar la trata de personas con el fin de compararlos con el caso de México. Tello destaca que la ratificación del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas y la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas han creado un modelo protector de los derechos humanos de las víctimas de estos delitos. En sus conclusiones, Tello Moreno opina que el marco normativo mexicano resulta restringido en comparación con otros países y que la competencia en el delito de trata de personas está fraccionada. En México existen diversas modalidades de trata de personas; las contradicciones legislativas y jurídicas agravan la corrupción y la escasa voluntad política por erradicarlas. El resultado es que no hay en nuestro país una política criminal porque no se enfoca hacia ámbitos específicos ni hacia la persecución del delito, sin considerar que las causas profundas del fenómeno apenas comienzan a ser estudiadas.

Uno de los temas más controvertidos dentro del campo de los derechos humanos es, sin lugar a dudas, el del aborto. La contraposición entre distintas posiciones y corrientes da pie a “La ponderación entre el derecho a la vida y la libertad de la mujer” de Alfredo Islas Colín. Colocándose en un terreno ajeno a la confrontación, propone analizarlo partiendo de la argumentación y las disposiciones de tres sistemas

jurídicos en torno al aborto. El sistema romano germánico, representado por los criterios jurisdiccionales de Alemania, Francia y España; el sistema angloamericano, ejemplificado por el Reino Unido y Estados Unidos, y algunos casos latinoamericanos que van desde los aztecas a la Argentina y Colombia contemporáneas, constituyen los casos que Islas Colín revisa para su reconstrucción ponderada de los derechos humanos afectados por el aborto. El análisis de la ponderación se basa en las ideas de Robert Alexy para establecer un principio de proporcionalidad, algo que resulta vital para entender un tema de tal polarización de opiniones. Estos instrumentos permiten al autor establecer con claridad los criterios que han formado la normativa en torno al aborto en diferentes países. La definición de la protección al feto, la penalización o no del aborto, la autorización de practicarlo en menores de edad y los derechos del padre son algunos de los aspectos específicos que permiten comparar de manera inmediata y puntual este texto. Alfredo Islas Colín logra en estas páginas enmarcar el amplio debate dentro de distintos sistemas jurídicos y contribuye con esto a la defensa ponderada de los derechos humanos.

La intensa discusión acerca de la contraposición entre los derechos individuales y los colectivos es uno de los ejes de las propuestas multiculturales. Diversos Estados se encuentran hoy en una serie de crisis provocadas por el choque entre los intereses nacionales y los de las minorías que los integran. Karina A. Hernández García propone en el artículo "Nociones básicas sobre multiculturalismo y sus interacciones con los derechos humanos" estudiar el debate, las definiciones básicas y las posibilidades prácticas de la perspectiva multicultural. Transitando por lo teórico, pasa al problema de las clases de minorías y tipos de sociedades multiculturales reconocidas en el planeta, los postulados esenciales de la perspectiva, la difícil relación con el liberalismo democrático y, finalmente, cómo se ha desarrollado su papel dentro de los derechos humanos. La discusión que establece Hernández García complementa a los principales teóricos del multiculturalismo con diversas autoridades de los derechos humanos, enriqueciendo el debate ante la imperiosa necesidad de reconocer la diversidad cultural en un marco de igualdad. Como plataforma para conseguir este propósito y con base en modelos como los de Rawls o Walzer propone impulsar un nuevo tipo de ciudadanía de naturaleza diferenciada que reconozca las identidades particulares dentro de cada sociedad.

El establecimiento de los derechos de la alteridad ha sido un debate largo, marcado por la legitimación del uso de la fuerza y la vigencia, en la mayoría de los casos, de lo que Danilo Zolo ha denominado "la justicia de los vencedores". El respeto a los derechos del Otro antropológico se basa en la tolerancia, pero también en los límites que cada cultura ha establecido en su comportamiento y trato hacia el exterior. Carlos Brokmann Haro propone analizar los límites del respeto a la alteridad en "Derecho de guerra y alteridad", artículo que debate algunas ideas que la Cruz Roja Internacio-

nal ha propuesto en diversas publicaciones. Utilizando un método comparativo, delimita y clasifica las formas del derecho que justifica el inicio de una guerra y la conducta de los combatientes durante las hostilidades. Contrapone el modelo histórico europeo con los sistemas jurídicos indígenas, notando las similitudes y destacando sus diferencias. Asimismo, distingue entre la teoría y la práctica en los dos casos a través de ejemplos particulares y la opinión de diversos autores. Brokmann concluye, como lo han hecho Zolo y otros, que el respeto por la alteridad es un aspecto presente en la legislación, pero que difícilmente se ha aplicado en los conflictos históricos, en los cuales ha dominado siempre el interés militar. Sólo la implementación y fortalecimiento de los mecanismos internacionales pueden servir para mitigar el impacto de las hostilidades en las personas, especialmente de los no combatientes.

Una polémica de gran actualidad en el mundo y en nuestro país es la referente a la reglamentación y los límites de la acción de las Fuerzas Armadas. En condiciones de empleo generalizado de estas corporaciones en labores policíacas que no son de su competencia constitucional, su extralimitación y la afectación de los derechos humanos de civiles resulta apremiante analizar su marco normativo. Karlos Castilla, en su artículo "El Fuero de Guerra mexicano: una jurisdicción extralimitada a la luz de los derechos humanos", enfrenta la discusión desde la perspectiva de que este fuero no reúne los requisitos indispensables para ser considerado independiente e imparcial. La legislación internacional señala que diversos aspectos específicos lo impiden, como que los jueces sean militares en servicio activo, que estén subordinados a su comandante y que sean sometidos al principio de obediencia jerárquica. Una detallada revisión de textos nacionales e internacionales que contextualizan la situación actual del Fuero Militar mexicano es la base que emplea el autor para afirmar que los criterios vigentes son obsoletos y deben ser actualizados urgentemente. Para Castilla, el caso Rosendo Radilla, el incumplimiento nacional con los lineamientos internacionales y la abundancia de casos en los que este fuero ha servido para fortalecer la impunidad castrense lo llevan a cuestionarse ¿cuándo cumpliremos nuestras obligaciones internacionales?

A continuación se incluye un comentario bibliográfico en este número, el cual enfrenta de manera directa diversos problemas del debate contemporáneo de los derechos humanos a través de la revisión crítica de varios textos. Alán Arias Marín y Úrsula Sánchez Solano analizan los libros de Michael Ignatieff *The Rights Revolution and Empire Lite: Nation Building in Bosnia, Kosovo, and Afghanistan*. Ignatieff propone que la historia del debate multicultural puede verse como la lucha por la inclusión gradual de las diversas identidades dentro de un marco nacional, generando una importante revolución jurídica que atañe directamente a los derechos humanos. No se trata de la anulación del Estado nación, que para el autor sigue siendo una utopía, sino de resolver los problemas inmediatos, como la contraposición del principio in-

dividualista con los intereses colectivos. Enseguida, Arias Marín y Sánchez Solano se refieren al segundo texto, dedicado a la relación entre terrorismo y derechos humanos y que atacan críticamente al considerar que Ignatieff justifica en el nuevo orden internacional una nueva forma de imperio. El imperio ligero del título alude a la construcción por parte de Estados Unidos de una hegemonía no territorial que lo autocoloca en una posición dominante, como el único Estado capaz de enfrentar al terrorismo internacional. Los casos de Bosnia, Kosovo y Afganistán muestran coincidencias preocupantes más allá de esta inherente legitimación. Los agresores han utilizado los derechos humanos como excusa y, en combinación con objetivos tales como el libre mercado, la democracia y el liberalismo, forman parte de un discurso imperialista que, en realidad, sólo ha tenido como principio el beneficio propio.

Finalmente, se incluyen dos secciones: la primera comprende la relación de los libros adquiridos (mayo-julio) por el Centro de Documentación y Biblioteca, y la segunda es un listado de las publicaciones más recientes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.



## Los principios generales del derecho y los principios jurídicos aplicables a las personas detenidas y en prisión

*Maria Elena Lugo Garfias\**

**RESUMEN:** El artículo aborda el tema de los principios generales del derecho y principios jurídicos de las personas detenidas y en prisión. En primer lugar, respecto a su concepción como fuente supletoria del derecho. En segundo, que su función es suplir las lagunas de la ley. Los teóricos así lo manifiestan y la práctica judicial lo ha incorporado en algunas de sus decisiones, que en materia penal no sólo constituyen principios, sino que se han integrado al orden jurídico como garantías y se han reconocido como derechos humanos. En tercero, que en ello radica su importancia, en específico de la persona privada de su libertad que debe conocerlos, así como el servidor público para no violarlos.

**ABSTRACT:** *This text constitutes an approach to general principles of law and legal principles that apply to arrested and imprisoned persons. First of all they are studied as auxiliary sources of law. Secondly, their main function is to bridge legal lagoons. Legal theorists and judiciary practice have retaken some of their rulings, which in penal law not only constitute principles, but have been integrated into legal order as guarantees and have been acknowledged as human rights. Third and last, that in this specificity lies their importance, because any arrested or imprisoned individual should know them, as should all public officials to prevent any violation of them.*

**SUMARIO:** Introducción. I. Antecedentes. II. Fuentes del derecho. III. Principios generales del derecho. 1. Teoría y fundamentación. 2. Criterios del Poder Judicial en México. IV. Principios jurídicos para las personas detenidas y en prisión. 1. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Hemerografía. VIII. Jurisprudencia. IX. Páginas web.

### Introducción

**E**n 1764 fue publicada una obra fundamental en la historia de la defensa de los derechos humanos (aunque, como es bien sabido, tal concepto se consolidará hasta 1945), nos referimos al tratado *De los delitos y de las penas*. El autor es Cesare Bonesana Marqués de Beccaria (1733-1781). La trascendencia de este texto

---

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

fue su contribución para que prevaleciera la legalidad en materia penal. No obstante su origen romano, el aforismo *nulla poena sine lege*, ahora adquiriría una dimensión distinta. Inserto ya en el fenómeno codificador, producto del pensamiento ilustrado, el Marqués de Beccaria legó una gran aportación en materia de seguridad jurídica: nadie podrá ser castigado si no ha violentado una ley precisa y anterior a los hechos punibles, lo cual, una vez asimilado en los modernos códigos penales implicaría no más administración arbitraria de la justicia penal y, por tanto, no más escenarios de indefensión. Esto inspiró al Constituyente mexicano a establecer en el artículo 14 constitucional:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito [de] que se trata.<sup>1</sup>

Tal principio jurídico establecido, ahora como una garantía individual interrelacionado con la de audiencia: en materia penal la ley se aplica de manera exacta y no cabe ni analogía ni mayoría de razón.

El mismo artículo en su párrafo final señala: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

El artículo 14 se refiere expresamente a tales principios en el orden civil, empero, como derivó de la aportación de Beccaria, también los hay en materia penal, ejemplo es el *nulla poena sine lege*, decantado en el artículo 14 como “exacta aplicación de la ley”. De ahí, es que en este artículo se ha optado por revisar los relacionados con las personas detenidas o retenidas, toda vez que al tratarse de individuos que han sido sometidos a la autoridad, se incrementa el riesgo de ser sujetos de abusos por lo que debe hacerse hincapié en el tratamiento que deben recibir.

Así, se precisará su concepción, cuál es su función y su importancia en el orden jurídico, para que al momento de referirse a ellos, se haga de manera adecuada y conforme a su cometido.

---

<sup>1</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, p. 32.



## I. Antecedentes

Es conveniente aproximarse, aunque de manera breve, a los antecedentes de los principios generales del derecho para establecer el contexto del cual se derivan y en ese sentido, entender la razón de su existencia y subsistencia.

Se ha mencionado como uno de los antecedentes de los principios jurídicos, a la jurisprudencia romana de la época tardo republicana y clásica, por medio de lo que se conoció como *regulae iuris* utilizadas para resolver casos concretos por su contenido moral, justo o equitativo.<sup>2</sup>

García Máynez refiere que “para ciertos tratadistas, principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural”.<sup>3</sup>

Se identifican cuatro fuentes histórico jurídicas de las reglas de derecho que llevan a los principios y son: “el *Corpus iuris civilis* (títulos 16 y 17 del libro L y demás reglas recogidas a lo largo de la compilación justiniana), el *Corpus iuris canonici* (títulos 40 y 41, libro 5 del Sextus de Bonifacio VIII); las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (título 34 de la Partida VII) y los brocardos de las obras de los glosadores y posglosadores”;<sup>4</sup> así como la literatura producida.

También se señala que, el movimiento codificador europeo del siglo XIX fue el que hizo “necesaria la existencia de fuentes del derecho subsidiarias de naturaleza no legislativa, dentro de las que los principios generales del derecho juegan un rol fundamental”;<sup>5</sup> se les identifica como una fórmula técnica de la codificación moderna y se ha señalado que el primer código que los establece fue el austriaco de 1797 en el artículo 19, fracción I, como generales y naturales del derecho,<sup>6</sup> también se señala al Código Civil francés de 1804 y al Código Civil austriaco de 1812, de igual forma se refiere su subsistencia en la época contemporánea en una serie de referencias sobre códigos del mundo, pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos, lo cual nos dice que se trata de una fórmula aceptada.

Norberto Bobbio aclara que se utiliza la expresión *principios generales del derecho*, aunque hay que aclarar que fue empleada en 1865 por el legislador, y se pres-

---

<sup>2</sup> Javier Saldaña Serrano, “Reglas y principios. A propósito del origen y evolución de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*”, *Ars Iuris*, núm. 31, México, diciembre de 2004, pp. 165, 183 y 197.

<sup>3</sup> Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1991, p. 371.

<sup>4</sup> José Luis Soberanes Fernández, *Los principios generales del derecho en México, un ensayo histórico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1999, p. 17.

<sup>5</sup> Víctor Manuel Rojas Amandi, “La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho en México”, *Jurídica*, núm. 35, México, 2005, p. 238.

<sup>6</sup> Rafael Sánchez Vázquez, *La libertad e igualdad jurídica como principios generales del derecho*, México, Porrúa, 1995, p. 13.

taba a pensar en derecho natural o positivo, por lo que se propuso el cambio de *principios generales del derecho vigente a del ordenamiento jurídico del Estado*,<sup>7</sup> lo que evidentemente se encuentra en sintonía con el siglo codificador.

No obstante que, la práctica se generó al momento de resolver casos litigiosos en cualquier etapa de la historia del derecho, también lo es que aun siendo casuística, ciertas experiencias que iban identificándose y superviviendo al tiempo lograron subsistir, si bien el sistema jurídico de la codificación organizó el Estado de Derecho, también resultó perfectible y se complementó con fuentes supletorias, como se conocen ahora.

Gustavo Zagrebelsky identifica un cambio estructural en el derecho contemporáneo, al complementarse el derecho de reglas del siglo XIX con el actual de principios.<sup>8</sup>

## II. Fuentes del derecho

El sistema jurídico romanista, si bien es producto de la compilación de leyes, advirtió que la legislación no es suficiente, por eso surgen otras formas de creación del derecho, siendo necesario precisar qué es una fuente del derecho y cuáles son éstas.

Eduardo García Máynez clasifica a las fuentes del derecho en: formales, se utiliza “en los procesos de creación de las normas jurídicas”<sup>9</sup>, reales son “los factores y elementos que determinan el contenido de [las] normas”<sup>10</sup> e históricas “aplicase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes”.<sup>11</sup> Entre las fuentes formales distingue a “la legislación, la costumbre y la jurisprudencia”.<sup>12</sup>

La concepción dominante de las fuentes de derecho establece,

que considera a la ley como fuente del derecho porque la entiende como expresión de una voluntad especialmente cualificada, resulta contradictorio presentar a la naturaleza de la cosa, la equidad, el derecho libremente conocido, y cosas similares como fuentes subsidiarias... los factores sociológicos que determinan la creación

---

<sup>7</sup> Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., trad. de Jorge Guerrero R., Bogotá, Temis, 2005, 238 pp.

<sup>8</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2008, p. 112.

<sup>9</sup> E. García Máynez, *Introducción al estudio del derecho...*, op. cit., p. 51.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *Idem.*

judicial de derecho, o bien a los ideales ético políticos a los que debería estar orientada.<sup>13</sup>

Hans Kelsen refiere que las fuentes del derecho son:

- Los métodos de producción del derecho,
- Toda norma superior que regula la producción de la norma inferior, y
- El fundamento de validez del derecho, la norma fundante básica, en la práctica se hace referencia solo al inmediato, como la Constitución o el derecho mismo.<sup>14</sup>

Kornfeld dice que fuentes del derecho son “las causas reales que generan las conductas jurídico sociales que se suceden con regularidad”.<sup>15</sup>

La rigidez de las posturas enunciadas se flexibiliza al identificar que el derecho positivo no tiene las respuestas a todos los casos y que tiene que considerar otros elementos.

Bobbio menciona que es aceptable la siguiente definición, las fuentes del derecho “son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”.<sup>16</sup>

Las fuentes del derecho internacional son las que se encuentran establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas y son las siguientes:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
  - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
  - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
  - c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
  - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determi-

---

<sup>13</sup> Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho*, trad. de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 359.

<sup>14</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 242 y 243.

<sup>15</sup> A. Ross, *Teoría de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 371.

<sup>16</sup> N. Bobbio, *Teoría general del derecho*, *op. cit.*, p. 158.

nación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.<sup>17</sup>

En efecto, nos indica que el objeto de las fuentes del derecho es ofrecer las herramientas validadas jurídicamente para solucionar controversias no exclusivamente conforme a la letra de la ley, sino también, respecto de la interpretación de la misma, la reiteración de casos y la asunción de principios generales, estos últimos “no presuponen una práctica”.<sup>18</sup>

Alf Ross enuncia ciertos factores como fuente no positiva, tales como la ciencia, la naturaleza de la cosa, el sentimiento jurídico, el derecho hallado por vía sociológica;

al igual que la costumbre, estos factores no designan fuentes del derecho o normas jurídicas independientes, sino, más bien, meras circunstancias fácticas que pueden llegar a incidir de manera determinante en la creación judicial del derecho... sólo se convierten en derecho a partir de su inserción en un sistema, a partir de su aplicación por un juez o por alguna otra instancia.<sup>19</sup>

Si bien, no menciona expresamente a los principios generales del derecho, en su caso, corren la misma suerte de los otros factores hasta que sean determinados como tales por un juez o alguna otra instancia.

Mario de la Cueva al interpretar el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo señala que existen fuentes formales primarias como la Constitución, la ley, los tratados internacionales y sus reglamentos, y fuentes, principios o criterios supletorios, entre los que se comprenden los principios generales del derecho, agrega que tienen matices de fuente material o sustancial, que es como si el juzgador creara norma.<sup>20</sup>

Así, hay fuentes del derecho principales como la legislación y supletorias como la costumbre, los principios generales del derecho, etcétera, tanto en el derecho interno como en el internacional.

---

<sup>17</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, consultado en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/estatcij.htm> el 28 de octubre de 2008.

<sup>18</sup> W. Graf Vitzthum, *Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrecht*, Berlín, Walter de Gruyter, 1997, p. 91, citado por V. M. Rojas Amandi, “La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho”, *op. cit.*, p. 247.

<sup>19</sup> A. Ross, *Teoría de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 508. También *vid.* H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>20</sup> Mario de la Cueva, *Nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1977, p. 132, citado por R. Sánchez Vázquez, *La libertad e igualdad jurídica...*, *op. cit.*, p. 50.

### III. Principios generales del derecho

#### 1. Teoría y fundamentación

Ahora se revisará lo que se entiende por principios generales del derecho según las diversas corrientes de pensamiento en la teoría del derecho.

La concepción iusnaturalista ha perfilado a los principios generales del derecho "como axiomas y como verdades jurídicas universales";<sup>21</sup> se trata de características evidentes por lo que subsisten por sí mismas.

Ricardo Couto los define como "aquellas máximas del derecho natural, de justicia universal, que están encerradas en el corazón de todos los hombres y que por la verdad que encierran han recibido el nombre de razón escrita".<sup>22</sup>

Giorgio del Vecchio explica que los principios generales del derecho "emanan de la razón jurídica natural, representan al mismo tiempo las directrices fundamentales del sistema positivo";<sup>23</sup> les asigna un valor, ya que se trata de la esencia reveladora de las normas.

La concepción positivista refiere que por los "principios generales del derecho debe entenderse sólo los principios generales del sistema legal positivo, obtenidos por procesos de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos".<sup>24</sup>

Norberto Bobbio considera que los principios generales del derecho generalmente devienen de la inductividad de las normas particulares y en caso de que no fuera así, al atender a su función, finalmente, suplen las lagunas de la ley, al decir, "casi siempre los principios generales son extraídos por sucesivas generalizaciones de normas particulares... la función para la que sirven es siempre la de proporcionar cuando el caso se ofrece... prescripciones, es decir modelos de conducta, a los operadores jurídicos".<sup>25</sup>

Ignacio Burgoa menciona que los principios generales del derecho son "las normas elaboradas por la mente investigadora mediante el análisis inductivo del siste-

---

<sup>21</sup> Rafael Sánchez Vázquez, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2004, p. 81.

<sup>22</sup> Ricardo Couto, *Derecho civil mexicano*, México, Vasconia, 1919, t. I, p. 75, citado por R. Sánchez Vázquez.

<sup>23</sup> Giorgio del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, trad. de Juan Osorio Morales, México, Orlando Cárdenas Editor, 1998, pp. 128 y 133.

<sup>24</sup> V. M. Rojas Amandi, "La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho", *op. cit.*, p. 239.

<sup>25</sup> Norberto Bobbio, "Principi generali di diritto", en *Novissimo digesto italiano*, Turín, Unione Tipografico Editrice Torinese, t. XIII, 1966, p. 890, citado por Sergio T. Azúa Reyes, *Los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 2001, p. 86.

ma jurídico mexicano y de los sistemas culturales afines, con vista a establecer, en juicios lógicos en que deben traducirse tales principios, las notas uniformes que rijan a todas las instituciones integrantes de tales sistemas";<sup>26</sup> considera que por estar adaptados al tipo cultural de cada sistema, no pueden ser universales.

José Ovalle Favela define a los principios generales del derecho como "aquellas normas fundamentales o esenciales que inspiran y orientan al conjunto del ordenamiento jurídico, las cuales se encuentran explícita o implícitamente dentro de éste, y tiene la función primordial de integrar el propio ordenamiento jurídico supliendo las omisiones de la ley".<sup>27</sup>

Hart no consideraba a los principios en su teoría, hasta la crítica de Dworkin, para luego establecer una diferenciación con las reglas al decir,

primero es una cuestión de grado, los principios son, en relación con las reglas, amplios, generales o no específicos, en el sentido de que frecuentemente lo que puede ser considerado como una variedad de reglas distintas, puede ser exhibido como las ejemplificaciones o las instancias de un principio particular. El segundo rasgo es que los principios, en virtud de que se refieren más o menos explícitamente, a algún propósito, fin, título o valor, son considerados, desde algún punto de vista, deseables de mantenerse o de adherirse a ellos y, de esta forma, no son sólo considerados proporcionando una explicación o razón de las reglas que los ejemplifican, sino como contribuyendo a su justificación.<sup>28</sup>

Rodolfo Luis Vigo manifiesta que la denominación de principios jurídicos es más correcta que incluyendo el calificativo de generales, que en todo caso pueden clasificarse en cuanto a su contenido y alcance, y que su significado se relaciona con "ser aquello de donde deriva una norma, un conjunto de normas, la totalidad del ordenamiento jurídico nacional o el derecho positivo".<sup>29</sup>

Nicolás Coviello se refiere a ellos como "los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse",<sup>30</sup> y agrega la posibilidad de considerar algunos elementos metajurídicos,

---

<sup>26</sup> Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 584.

<sup>27</sup> José Ovalle Favela, "Comentarios al artículo 14", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Cámara de Diputados / Miguel Ángel Porrúa, 1994, t. III, p. 109, citado por J. L. Soberanes Fernández, *Los principios generales del derecho...*, op. cit., p. 12.

<sup>28</sup> H. L. A. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 39.

<sup>29</sup> Rodolfo Luis Vigo, *Integración de la ley, artículo 16 del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 102.

<sup>30</sup> Nicolás Coviello, *Doctrina general del derecho civil*, México, 1938, pp. 96 y 97, citado por R. Sánchez Vázquez, *La libertad e igualdad jurídica...*, op. cit., p. 45.

pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social, y también principios de Derecho Romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque sean puramente racionales, éticos o de derecho científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho, y llegado a ser de ese modo principios de Derecho Positivo Vigente.<sup>31</sup>

La siguiente afirmación sigue el sentido de que son anteriores a las leyes, “los principios generales del derecho humanitario sólo pueden inspirar todas las normas del DIH, [Derecho Internacional Humanitario] convencionales o consuetudinarias”<sup>32</sup>

La validez de los principios generales del derecho “no depende de un acto de autoridad, sino más bien debido a que para la comunidad de juristas resultan jurídicamente razonables”,<sup>33</sup> ya que por su generalidad se valoran en relación a hechos concretos.

Por último, Sergio Azúa concluye que

las formas en que las corrientes jurídicas de tipo jusnaturalista y positivista han concebido la fórmula Principios Generales del Derecho no presentan diferencias de fondo, únicamente distintos niveles de profundidad en su fundamentación: los iusnaturalistas observan los fundamentos del derecho positivo; los positivistas observan el ordenamiento jurídico mismo.<sup>34</sup>

## 2. Criterios del Poder Judicial en México

Por otro lado, los criterios del Poder Judicial al analizar los casos concretos han establecido algunas características y funciones de los principios generales del derecho.

La jurisprudencia no los ha definido, se refiere a ellos como “los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales, no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código fundamental del país sino también las anteriores”,<sup>35</sup> y agrega que “por principios generales del derecho se entienden aque-

---

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> Claude Bruderlein, “La costumbre en el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 16, núm. 108, Ginebra, noviembre-diciembre de 1991, p. 623.

<sup>33</sup> V. M. Rojas Amandi, “La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho”, *op. cit.*, p. 235.

<sup>34</sup> S. T. Azúa Reyes, *Los principios generales del derecho*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>35</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XLIII, pp. 859 y 860, citado por J. L. Soberanes Fernández, *Los principios generales del derecho...*, *op. cit.*, p. 11.

llos que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos”,<sup>36</sup> por último, elabora un perfil más completo en los siguientes términos, son

verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosóficos jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que él mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiera previsto el caso.<sup>37</sup>

Como se observa, al hablar de los elementos previstos en leyes fundamentales, se consideran tanto de los actuales como los históricos, son utilizados para resolver controversias, también se manejan como axiomas y por último, que deberían suplir las lagunas legales.

Por otro lado, se identifica que los principios generales del derecho tienen ciertas funciones, Víctor Manuel Rojas Amandi dice que son las siguientes: i) son una fuente informadora o fundamentadora del sistema jurídico, ii) tienen una función orientadora e integradora, y iii) son una fuente del derecho y subsidiaria o supletoria de la ley.<sup>38</sup>

Rafael Sánchez Vázquez identifica cuatro funciones: i) interpretativas, relaciona alguno de los principios con una expresión jurídica para determinar su sentido, ii) integradora, cuando el juzgador al no haber norma aplicable al caso concreto, construye al escoger el principio más adecuado, y agrega dos funciones más a decir de Norberto Bobbio, iii) directiva “es propia de los principios constitucionales de tipo programático destinados a orientar la actividad del legislador y de los órganos inferiores de producción jurídica”,<sup>39</sup> y iv) limitativa porque “señalan campos de acción, que no pueden rebasarse sin que exista una contradicción interna”.<sup>40</sup>

No debe pasar desapercibido, que el Poder Judicial de la Federación también ha discernido sobre sus funciones atribuyéndoles las siguientes, primera, fuente informadora, que los jueces además de considerar la ley para decidir sobre los asuntos que les son sometidos se fundarán en “los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios gene-

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> V. M. Rojas Amandi, “La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho”, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

<sup>39</sup> R. Sánchez Vázquez, *La libertad e igualdad jurídica...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>40</sup> Víctor José Blanco Forniellas, *Los principios generales del derecho, metodología de obtención y formulación*, tesis, México, Facultad de Derecho, UNAM, noviembre de 1974, p. 51, citado por R. Sánchez Vázquez, p. 62.



rales del derecho...<sup>41</sup> segunda, fuente fundamentadora del sistema jurídico, que “la operancia de estos principios en toda su extensión... no se ha entendido restringida a los asuntos del orden civil... sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida... se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho”,<sup>42</sup> y tercera, fuente integradora e interpretativa, cuya función, además de integrar las lagunas del derecho, “alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho... pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad”.<sup>43</sup>

Una vez establecido lo anterior, hay otros criterios que fortalecen la utilización de los principios generales del derecho, como el que refiere que se hará, cuando falte el precepto legal aplicable, insistiendo en su consideración de “valores establecidos en nuestro actual orden jurídico y cuya función no sólo es el llenar las lagunas de la ley, sino coadyuvar en la interpretación y aplicación del derecho”,<sup>44</sup> por último, los criterios jurisprudenciales en México continúan con esa concepción sobre los principios generales del derecho en la novena época.<sup>45</sup>

En este sentido, la integralidad proviene de dos tipos de fuentes jurídicas, la legislación, la que es interpretada y fuentes del derecho no legisladas para aplicar constructivamente y que son integradas y pueden ser heterointegradas al plantearse a un juez y éstas generan la costumbre o la determinación de los principios gene-

---

<sup>41</sup> Rubro: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: III Segunda Parte-2, Página: 573, TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Precedentes: Queja 93/89. Federico López Pacheco. 27 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos, citada por Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño, *La seguridad jurídica, los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p. 414.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> Rubro: ACUERDOS DICTADOS POR LOS JUECES DE AMPARO. PUEDEN FUNDARSE EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO A FALTA DE PRECEPTO LEGAL APLICABLE, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: VIII-noviembre, Página: 145, TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Precedentes: Queja 243/91. Rodolfo Santa Ana Pérez. 21 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro, citada por R. G. Ortiz Treviño, p. 415.

<sup>45</sup> *Vid.* Rubro: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO. PARA DETERMINAR SU INICIO DEBE ESTARSE A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA FALTA DE PREVENCIÓN EN LAS LEYES APLICABLES, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XV, marzo de 2002, Tesis: I.4o.A.340 A, Página: 1428, Materia: Administrativa, Tesis Aislada. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Precedentes: Revisión Fiscal 1603/2001. Contralor Interno en la Procuraduría General de la República y otra autoridad. 12 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez, citada por R. G. Ortiz Treviño, p. 416.

rales del derecho, o bien, autointegradas con reglas de la misma legislación al no haber una expresa para el caso,<sup>46</sup> es decir, la analogía.

En consecuencia, se advierte que los principios generales del derecho responden a un motivo de existencia, tienen un fundamento y una función:

1. El fundamento se ha establecido a partir de las corrientes que explican el del derecho, por lo que la metodología se ha adaptado a esas, ya sea que se deriven de una norma jurídica particular, se induzcan generalizándose de o se deduzcan de un valor amplísimo.
2. Surgen de la necesidad de complementar las lagunas de la ley.
3. Conforman las bases de un sistema jurídico.
4. Constituyen una fuente supletoria positivada o no, que a diferencia de la costumbre no provienen de una práctica reiterada, sin embargo auxilian en la interpretación, son determinados como tales y validados al utilizarse por una autoridad judicial u otra instancia.

#### IV. Principios jurídicos para las personas detenidas y en prisión

Los inicios del sistema penitenciario corresponden al siglo XVIII, ya que no hubo necesidad de establecerlo hasta que se considerara a la privación de la libertad como una pena y enseguida, hasta que se destinan lugares para reclusión, en consecuencia, había que implementar una estructura y una organización, para luego atender el trato dado a los internos y las condiciones en que viven.

El trato dado a los internos ha sido normado jurídicamente, y también, ha sido derivado de algunos principios generales del derecho como el *Nulla poena sine lege*, lo cual no implica que todos los principios manejados en torno a personas en situación de detención o en prisión sean generales.

Rodolfo Luis Vigo hace una clasificación de los principios generales del derecho en: A) principios jurídicos positivos particulares, que mediante un “proceso inductivo de generalización es posible alcanzar principios jurídicos de diferente amplitud... hasta lograr los específicos de una rama del derecho... su amplitud llega a una, o a lo sumo varias ramas del derecho positivo, pero nunca a su totalidad”;<sup>47</sup> B) principios jurídicos positivos sistemáticos, “constituyen los pilares sobre los cuales se construye el ordenamiento, están contemplados en la base misma del sistema

---

<sup>46</sup> V. M. Rojas Amandi, “La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho”, *op. cit.*, pp. 237 y 238.

<sup>47</sup> R. L. Vigo, *Integración de la ley...*, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

jurídico”, utilizan el método deductivo para generar las normas aplicables al caso concreto;<sup>48</sup> C) principios jurídicos teleológicos o metapositivos, los que trascienden al derecho positivo, significan “aquellas exigencias teleológicas de todo orden jurídico positivo, que para nosotros se sintetizan en justicia y seguridad jurídica... llegando a explicar la razón última del derecho”,<sup>49</sup> y D) principios doctrinarios o filosóficos políticos, “formados por las grandes cosmovisiones del hombre, sociedad, Estado, mundo y Dios, que predominan en un momento determinado en una comunidad y la caracterizan”,<sup>50</sup> tal distinción presenta el esquema para desarrollar un trabajo de identificación en la estructura normativa jurídica o en la interpretación judicial, que en este momento rebasa lo que pretende este trabajo, pero no puede pasar desapercibido.

Gustavo Zagrebelsky identifica a los principios como los constitutivos del orden jurídico, en atención a que *a priori* parecen indeterminados, pero proporcionan criterios para tomar posición en situaciones concretas, por lo que hay que adherirse a los mismos, en cuanto a las reglas, dice que aún estando en la Constitución son leyes reforzadas, al agotarse en su misma prescripción, que pueden ser interpretadas, obedecidas, el criterio es sobre las acciones y se aplican mecánica y pasivamente.<sup>51</sup>

Por su parte, Dworkin caracteriza a los principios como expresiones de textura abierta, que no desaparecen sino que conservan su vigencia, que no son conclusivos y son ponderables y a las reglas como redactadas en términos concisos, que determinan las condiciones de su aplicación, que operan en un esquema de todo o nada, por lo que no pueden tener contradicciones, pueden derogarse o hacer su excepción y son conclusivas.<sup>52</sup>

En este sentido, en una enumeración de principios jurídicos, podemos hallar diversos grados en las prescripciones que puedan encontrarse, tanto en una identificación amplia, como la del derecho internacional de los derechos humanos, como en una interna correspondiente a un Estado.

A decir de Zagrebelsky como principios jurídicos constitucionales se localizan en la Ley Fundamental, aunque, al menos en la de México, no todos los previstos en el Capítulo de las Garantías Individuales son principios generales del derecho, ni sólo principios constitucionales, por lo que, se hará referencia a ellos como principios constitucionales o principios jurídicos.

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 104 y 105.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 105 y 106.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>51</sup> G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley... , op. cit.*, pp. 109 a 111.

<sup>52</sup> *La decisión judicial, el debate Hart Dworkin*, estudio preliminar de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2000, pp. 48 a 53.

La Organización de las Naciones Unidas ha establecido conjuntos de principios para universalizar el respeto en relación a ciertos grupos o actividades de los derechos que contienen, han sido conjuntados temáticamente, por ejemplo, en el caso de los sistemas penitenciarios existen los siguientes:

- a) Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión, del 9 de diciembre de 1988.
- b) Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, del 14 de diciembre de 1990.

Hay otros relacionados como:

- c) Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, del 7 de septiembre de 1990.
- d) Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, del 30 de agosto de 1955.
- e) Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

La Ley Suprema en México como los instrumentos internacionales que se revisarán establecen de forma expresa más de la mitad de los principios jurídicos en torno a las personas detenidas o en prisión, formalmente se cumplen puesto que se han normado jurídicamente y si bien el Conjunto de Principios a que se hace referencia no es vinculatorio, las garantías individuales establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los derechos dispuestos en los Instrumentos Convencionales sí.

Es importante mencionar desde este momento, que los principios en materia de legalidad y seguridad jurídica para detenidos e internos que se encuentran expresamente reconocidos por la Constitución Política mexicana como garantías individuales, son exigibles mediante el Juicio de Amparo, previsto en los artículos 103 y 107 de la ley fundamental, y por lo que hace a su consideración en los instrumentos internacionales, en los convencionales se contempla un mecanismo de cumplimiento, ya sea cuasi o jurisdiccional, como en el sistema interamericano, debido a que en tales instrumentos se conciben como derechos universales.

Antes de revisar el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión en relación con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la legislación ordinaria, así como en algunos tratados internacionales, se hará mención de la concepción de los derechos humanos relacionados con ellos, para contextualizar los comentarios a los principios jurídicos de las personas detenidas y en prisión, y son los siguientes:

### a) Seguridad jurídica

La seguridad jurídica “implica una situación opuesta a la arbitrariedad del acto de quien ejerce el poder, ya que su principio fundamental radica en el principio de legalidad, es decir, que todo acto de autoridad no debe sobrepasar a lo establecido de manera estricta en la ley”.<sup>53</sup> En México, las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, los artículos 14 y 16 de la Constitución Política “son los principales depositarios de los principios fundamentales de la garantía de seguridad jurídica”.<sup>54</sup>

Ariel Rojas explica que “las garantías de seguridad jurídica son las prescripciones jurídicas que impone el Constituyente a todas las autoridades, en el sentido de que éstas deberán cumplir con determinados requisitos, condiciones o procedimientos para afectar válidamente la esfera jurídica de los gobernados”.<sup>55</sup>

Luis Bazdresch refiere que “protege esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales, patrimoniales y cívicos de los particulares en sus relaciones con la autoridad... los cuales necesitan estar creados en una disposición legislativa”,<sup>56</sup> debe generar la confianza de la persona respecto de las autoridades, en el desarrollo de sus actividades económicas, sociales, políticas y jurídicas.

### b) Legalidad

El derecho de legalidad tiene como propósito el amparo de las personas contra cualquier acto arbitrario de las autoridades, por ello “es la expresión formal de la garantía de seguridad jurídica. A diferencia del derecho privado, todo acto de autoridad es restringido a lo explicado por la ley”.<sup>57</sup>

La ley tiene tal cualidad porque “la ley... es la disposición general, abstracta e impersonal aprobada por el Órgano Legislativo, electo por el sufragio libre del pueblo”,<sup>58</sup> y como prescripción jurídica tiene una excepción, el artículo 14, último párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como una fuente del derecho a los principios generales del derecho y como ya se comen-

---

<sup>53</sup> R. G. Ortiz Treviño, *La seguridad jurídica, los derechos humanos...*, op. cit., p. 139.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 126 y 127.

<sup>55</sup> Ariel Alberto Rojas Caballero, *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2004, p. 261.

<sup>56</sup> Luis Bazdresch, *Garantías constitucionales, curso introductorio actualizado*, México, Trillas, 1996, p. 162.

<sup>57</sup> R. G. Ortiz Treviño, *La seguridad jurídica, los derechos humanos*, op. cit., p. 148.

<sup>58</sup> José Ovalle Favela, “Comentario al artículo 16”, en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados / Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 166.

tó, entre las tesis jurisprudenciales recientes, esa fuente supletoria se utiliza a falta de un precepto legal, porque así lo dispone dicho numeral.

Enrique Cáceres Nieto define el derecho a la legalidad como “el que los actos de la administración pública y de la administración y procuración de justicia se realicen con apego a lo establecido por el orden jurídico a efecto de evitar que se produzcan perjuicios indebidos en contra de sus titulares”,<sup>59</sup> que protegen como bien jurídico “la observancia adecuada por parte del Estado al orden jurídico”.<sup>60</sup>

Ariel Rojas precisa que la garantía de legalidad consiste

en el deber jurídico de toda autoridad que se dirija al gobernado de hacerlo por medio de un mandamiento donde gráficamente conste el sentido de su actuar, amén de que la autoridad debe estar constitucionalmente facultada para realizar dicho procedimiento y debe expresar en la orden escrita el precepto legal aplicable al caso y las razones, motivos o circunstancias que justifican su proceder”.<sup>61</sup>

### c) *Igualdad*

La igualdad no es fácil de definir, particularmente, cuando se trata de los derechos humanos de personas diferentes, es así que, Messner la concibe como una igualdad jurídica y social como

la igualdad de todos ante la ley, con garantía de los mismos derechos fundamentales civiles y políticos..., la igualdad proporcional en la participación de todos los grupos en los bienes culturales, materiales y espirituales que resulten de la cooperación social..., la igualdad de todos los miembros de la sociedad para participar en la responsabilidad y en la toma de decisiones en la Administración de la comunidad, que garantice los fines del bien común.<sup>62</sup>

Bobbio dice que la formulación más corriente es la de que “todos los hombres son o nacen iguales”,<sup>63</sup> sin embargo, la historia política de occidente da cuenta de su subsistencia, y es la igualdad frente a la ley “la única universalmente recogida, cualquiera que sea el tipo de Constitución en la que esté inserta y cualquiera que sea la

---

<sup>59</sup> Enrique Cáceres Nieto, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005, p. 95.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>61</sup> A. A. Rojas Caballero, *Las garantías individuales...*, *op. cit.*, p. 323.

<sup>62</sup> J. Messner, *Ética social, política y económica, a la luz del derecho natural*, p. 515, citado por José Cas-tán Tobeñas, *Los derechos del hombre*, 4a. ed., Madrid, Reus, 1992, p. 82.

<sup>63</sup> Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1993, p. 68.

ideología sobreentendida”,<sup>64</sup> aunque termina identificando la igualdad jurídica y la de oportunidades.

También se ha dicho sobre su contenido que es la “expectativa jurídica de recibir idéntico trato que el resto de los miembros de una clase lógica de pertenencia, de conformidad con lo establecido por el derecho y sin interferencias originadas en la consideración de criterios no relevantes”,<sup>65</sup> para proteger el bien jurídico consistente en “el mismo trato que los miembros de la misma clase, de conformidad con lo establecido en el derecho”.<sup>66</sup>

Ariel Rojas al explorar la jurisprudencia arriba al siguiente perfil, “la idea jurídica de la igualdad implica que frente a una situación jurídica determinada todos los individuos tengan los mismos deberes y derechos... que en ningún caso pueda establecer trato diferente frente a los gobernados que se ubiquen en las mismas situaciones jurídicas”.<sup>67</sup>

Ignacio Burgoa explica que la garantía de igualdad jurídica es “el conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto, en el sentido de que esté en aptitud de adquirir los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, desde un punto de vista cualitativo, que corresponden a otras personas colocadas en idéntica situación determinada”.<sup>68</sup>

Se trata, básicamente, de la protección del derecho a la igualdad ante la ley, la igualdad material y del trato equitativo.

#### d) *Trato digno*

Es necesario mencionar la concepción de dignidad para comprender el trato que nos debemos las personas, así, Antonio Enrique Pérez Luño dice que “la dignidad constituía, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona”,<sup>69</sup> lo que nos lleva a considerar su capacidad de decisión sobre las cosas, el poder optar por una u otra y con ello una restricción respecto del otro, una persona puede ejercer su autodeterminación, siempre y cuando no afecte a otro, sus derechos se vuelven relativos y

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>65</sup> E. Cáceres Nieto, *Estudio para la elaboración de un manual...*, *op. cit.*, pp. 284 y 285.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>67</sup> A. A. Rojas Caballero, *Las garantías individuales...*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>68</sup> I. Burgoa, *Las garantías individuales, op. cit.*, p. 255.

<sup>69</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, “Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos”, en Javier Muguerza Carpentier y Gregorio Peces-Barba Martínez, coords., *El fundamento de los derechos humanos*, citado por J. Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre, op. cit.*, p. 90.

cede, para que a su vez, a ella también le respeten esos mismos derechos, de ahí que el trato digno deba ser recíproco.

Por otro lado, Enrique Cáceres Nieto refiere que el trato digno es el “derecho a contar con condiciones materiales y trato acordes con las expectativas a un mínimo de bienestar generalmente aceptadas por los miembros de la especie humana”.<sup>70</sup> En el caso de los detenidos, procesados y sentenciados en los centros de detención, reclusión y penitenciarios, deben atenderse “las condiciones mínimas de bienestar”<sup>71</sup> así como, el trato respetuoso que son los bienes jurídicos protegidos.

#### e) *Integridad física y psicológica*

El derecho a la integridad física y psicológica consiste en conservar la constitución y naturaleza corpórea y del alma humana o entereza moral, sin alteración, que podría ser causada por otro ajeno a la voluntad, su violación ejemplar se advierte en la tortura, en los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, en las lesiones, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos citó la conclusión de la sentencia del 18 de enero de 1978, serie A, párrafo 167, de la Corte Europea, en el caso Loayza Tamayo, párrafo 57 sobre la integridad física, a decir,

La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.<sup>72</sup>

Enrique Cáceres Nieto dice que “es el derecho que tiene toda persona a no sufrir transformaciones nocivas en su estructura corporal, sea fisonómica, fisiológica o psicológica, o cualquier otra alteración en el organismo que deje huella temporal o permanente que cause dolor o sufrimiento graves, con motivo de la injerencia o actividad dolosa o culposa de un tercero”.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> E. Cáceres Nieto, *Estudio para la elaboración de un manual...*, op. cit., p. 488.

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 173.

<sup>73</sup> E. Cáceres Nieto, *Estudio para la elaboración de un manual...*, op. cit., p. 393.



f) Derechos de los reclusos o internos

Son los previstos para regular el debido proceso en las fases de averiguación previa o proceso penal, obligación del personal encargado de la procuración o impartición de justicia y por servidores públicos encargados del manejo y cuidado de los lugares y custodia de las personas en retención, prisión preventiva y punitiva.<sup>74</sup>

**1. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión**

A continuación se aborda el contenido del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión, con el fin de identificar si en instrumentos internacionales convencionales y en la Ley Fundamental y en la legislación mexicana, los principios ahí enunciados se encuentran reconocidos expresamente, resultando identificados como jurídico constitucionales y algunos son generales del derecho.

En caso de encontrarse previstos como garantía individual en la Constitución Política mexicana se hará la referencia expresa, al igual que si han sido dispuestos en una ley ordinaria o reglamento, así como el derecho humano que protegen.

Una vez precisado lo que antecede, los principios son los que aparecen en la primera columna de la siguiente tabla:

<i>Principio</i> (En esta columna aparece una síntesis del principio en cuestión)	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i> <sup>75</sup>	<i>Declaración Universal</i>	<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	<i>Convención Americana</i>
1. Trato humano y respeto de la dignidad	1, párrafo tercero, por discriminación	Preámbulo, 1	Preámbulo, 10,1	5.2
2. Detención en cumplimiento de la ley y por personas autorizadas	16, párrafo primero	9	9	

<sup>74</sup> Vid. Carlos Francisco Quintana Roldán, coord., *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos / Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, 1998, p. 86.

<sup>75</sup> 1 Los numerales que aparecen en esta columna corresponden a los de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de acuerdo con la reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación

Como se ve, tales protecciones se encuentran previstas, tanto en los instrumentos internacionales convencionales, como en la Constitución Política mexicana, el trato humano y digno y la detención no arbitraria comunicada mediante un documento escrito motivado, fundado y ejecutado por las autoridades a quienes corresponde, esos principios ya se encuentran expresados en la ley y amparan los derechos a la igualdad y trato digno, a la legalidad y a la seguridad jurídica.

3. Estos principios no restringen ni menoscaban otros derechos reconocidos				
--	--	--	--	--

Este principio es trascendental en la protección de los derechos humanos, el principio *pro homine*, beneficia a la víctima de una violación a derechos humanos con un precepto del derecho internacional o de derecho interno que mayormente lo ampare, si bien no está previsto en la ley fundamental, ya ha sido validado al ser utilizado por el Poder Judicial mexicano, cuyo argumento consiste en que si está previsto en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el 29 de la Convención Americana, ratificados por México y por tanto, considerados Ley Suprema de Toda la Unión conforme al artículo 133 de la Constitución Política mexicana “es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria”.<sup>76</sup>

4. Detención, prisión y medidas deben ser ordenadas por un juez o autoridad	16, párrafo primero y 21, párrafo primero	9	9	
---	---	---	---	--

del 18 de junio de 2008, relacionada con el establecimiento del sistema procesal penal acusatorio, cuya implementación se encuentra en *vacatio legis*, por lo dispuesto en los artículos 2o. y 5o. transitorios, ya que se extiende la expedición de la ley que los regulará en el 2o. a un periodo de hasta ocho años y en el 5o. respecto de la reinserción social de hasta tres años, sin embargo, la mayoría de los principios se encuentran previstos, en caso contrario se mencionará como una aportación de la reforma.

2 La reforma del 18 de junio de 2008, al artículo 20, agrega un apartado, y el que tiene que ver con los derechos de las personas imputadas es el B, quedando la misma fracción II.

3 La reforma del 18 de junio de 2008, al artículo 20, agrega un apartado, y el que tiene que ver con los derechos de las personas imputadas es el B, quedando la misma fracción III.

<sup>76</sup> “El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio”, Rubro: PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: XXI, Febrero de 2005, Tesis: I.4o.A.464 A, Página: 1744.

5. Principios operan sin discriminación	1, párrafo tercero	2,1	2,1	24
6. Prohibición de la tortura o tratos	20, apartado B, fracción II <sup>77</sup>	5	7	5,1 y 2 8,3

Los principios previstos por los numerales 4, 5 y 6 también se encuentran ya normados jurídicamente de forma expresa, la aprehensión debe ser ordenada por una autoridad judicial por ser la competente y precedida de una denuncia o quejella, en la detención se puede tratar de una orden de aprehensión o de comparecencia, o bien, una detención en caso de flagrancia o urgencia, y la prohibición de tortura o tratos está dispuesta junto con la no aceptación de una confesión que no haya sido asistida por defensor, y protegen los derechos de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, trato digno e integridad física y psicológica.

7. Prohibir y sancionar actos contrarios a principios, si funcionario u otro conoce informar	21 y 102			
--	----------	--	--	--

Los derechos humanos reconocidos en los instrumentos convencionales si son violentados tienen una forma de exigirse por medio del mecanismo de cumplimiento convencional, que proporcionan una vía cuasi jurisdiccional y una jurisdiccional; ahora bien, si se trata de garantías individuales reconocidas en la Constitución Política mexicana, en caso de actos violatorios de derechos humanos o que constituyen una conducta ilícita, se dispone de una vía administrativa conforme a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que en su Título Segundo "Responsabilidades Administrativas", Capítulo II, prevé sobre las "Quejas o Denuncias, Sanciones Administrativas y Procedimientos para Aplicarlas", también, existe la opción de presentar una queja ante los Organismos Públicos Defensores y Protectores de Derechos Humanos, asimismo, se dispone de la vía penal para denunciar o querellarse de hechos conforme a los códigos penales según corresponda la competencia y será el agente del Ministerio Público, quien realizará la investigación.

8. Separación de procesados y presos, trato distinto	18, párrafo primero		10,2,a)	5,4
--	---------------------	--	---------	-----

<sup>77</sup> La reforma del 18 de junio de 2008, al artículo 20, agrega un apartado, y el que tiene que ver con los derechos de las personas imputadas es el B, quedando la misma fracción II.

El principio en cuestión está relacionado con la protección de los derechos a la igualdad, el trato digno y en específico, de los reclusos e internos en general, quienes por una omisión pueden sufrir de separación o inadecuada ubicación de internos en establecimientos de reclusión o prisión, que como se aprecia ya se encuentra previsto expresamente en la Constitución Política mexicana, de igual forma en los artículos 3o. y 6o. de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (LENMRSS), 38 y 39 del Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social (RCEFRESOS) y 15 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal (RRCRSDF).

9. Autoridad que arresta conforme a la ley y se podrá recurrir ante un juez o autoridad	16, párrafos tercero, cuarto y quinto 103 y 107	8	9, 2,3,a)	7,2 y 3
---	--	---	--------------	---------

Los principios que se amparan en el numeral nueve y 32 tienen que ver con la legalidad y la seguridad jurídica, así como, con un recurso para impugnar una detención ante una autoridad judicial u otra, el auto que ratifica la detención se puede impugnar mediante un recurso de apelación según el artículo 418, fracción II, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) y el 367, fracción III bis, del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), que además, se encuentran expresamente previstos.

10. Informar razón del arresto y acusación en su contra	20, apartado B, fracción III <sup>78</sup>		9,2 14,3,a)	7,4 8,2,b)
11. Derecho a la defensa, comunicación de la orden de detención	20, apartado B, fracciones III, IV, VI y VIII	11	14,3,b),d) y e)	8,2,c)

Los principios 10 y 11 se refieren al amparo de derechos de seguridad jurídica y legalidad, al ser derechos derivados de su situación jurídica como presuntos responsables, que ya se encuentran previstos expresamente; el derecho a la defensa es con el fin de evitar cualquier acto arbitrario por parte de las autoridades en contra del detenido, además de tener la posibilidad obtener todos los datos que se requieren para la defensa, según los artículos 269 y 290 del CPPDF y 128 y 154 del CFPP.

<sup>78</sup> La reforma del 18 de junio de 2008, al artículo 20, agrega un apartado, y el que tiene que ver con los derechos de las personas imputadas es el B, quedando la misma fracción III.

12. Constarán las razones del arresto, la hora, la hora del traslado, la hora de comparecencia ante el juez o autoridad, identidad de los funcionarios que intervienen y lugar de custodia	16, párrafo cuarto			
--	--------------------	--	--	--

Es un principio específico por la condición de detenido, pero además, el poder contar con este registro permite proteger la seguridad jurídica del mismo y su integridad personal y psicológica, al tener la posibilidad de dar seguimiento a la cadena de custodia en caso de presentarse maltrato, lesiones o tortura, está expresamente previsto en la Constitución Política mexicana que lo estableció, de acuerdo a la reforma de junio de 2008, como el registro de la detención y su contenido se detalla en el Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 2, fracción IV, y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 269; en los centros de reclusión, al poner a un detenido a disposición de un juez, se tiene previsto el registro de los internos desde su ingreso, salida y las constancias que acreditan su fundamento en los artículos 28 del RCEFERESOS y 16 del RRCRSDF.

13. Al momento del arresto o poco después informar y explicar sus derechos	20, apartado B, fracción III			
14. Que se le comuniquen las cosas en un idioma que comprenda, intérprete gratuito			14,3,a) y f)	8,2,a)
15. Se prohíbe la incomunicación	20, apartado B, fracción II			

Los principios 13, 14 y 15 disponen la protección en materia de seguridad jurídica, igualdad y trato digno e integridad personal física y psicológica, son derechos derivados de la situación jurídica como presuntos responsables y se encuentran expresamente establecidos, la información de sus derechos según los artículos 269 del CPPDF y 128 del CFPP y el Acuerdo A/010/2003 de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal que establece los lineamientos para la actuación del los Agentes del Ministerio Público, que conozcan de una averiguación previa en la que

se encuentre detenida o involucrada una persona que pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, para que le asista un intérprete, así como la prohibición de la comunicación.

16. En un arresto notificar a la familia y otros, extranjero a oficina consular, menor o incapaz a padre o tutores, o retrasarla si se requiere				
---	--	--	--	--

El principio sobre las notificaciones a la familia en centro de reclusión se hacen, en caso de un traslado, de una hospitalización o de muerte a más tardar a las 24 horas, según el artículo 84 del RRCRSDF, en el caso de una notificación consular, tratándose de un extranjero, el instrumento internacional que la prevé es la Convención de Viena en el artículo 36, aplicable a México y también se dispone en el artículo 36 del reglamento citado.

17. Asistencia de un abogado o que el juez se lo designe sin costo	20, apartado B, fracción VIII		14,3,d)	8,2,d) y e)
--	-------------------------------	--	---------	-------------

Este principio se encuentra relacionado con el derecho a la defensa ya comentado, que protege el derecho a la seguridad jurídica por la situación de procesado, que ya se encuentra expresamente previsto en la Constitución Política mexicana y también, en los artículos 290 del CPPDF y 154 del CFPP.

18. Comunicarse, consultar, ser visitado, en confidencia, aunque visto por funcionario, sus conversaciones no se admiten como prueba				
19. Derecho de recibir visitas				
20. A solicitud estará en prisión a distancia razonable de su residencia	18, párrafo octavo			

Los principios 18, 19 y 20 se relacionan con la posibilidad de recibir visitas y que se encuentren en un centro de reclusión cercano a su domicilio habitual para que ello sea factible, respecto a las visitas, éstas deben ser confidenciales y si son grabadas no deben utilizarse como pruebas, protegen derechos por su situación de encierro y están relacionados con esos beneficios, ya se encuentran expresamente previstos en los artículos 12 de la LENMRSS, 87 del RCEFERESOS y 144 y 145 del RR-CRSDF, así como, el lugar de reclusión cercano a su domicilio, salvo el caso de delincuencia organizada o internos que requieran medidas especiales de seguridad, esto último derivado de la reforma de junio de 2008, entre otros, al artículo 18 constitucional.

21. No obligarla a confesar, no violencia que afecte decisión	20, apartado B, fracción II	5	7 14,3,g)	8,2,g) 8,3
22. No sometimiento a experimentos médicos				

El principio 21 está relacionado con las prácticas de tortura para obtener una confesión o para manipular el sentido de ésta, además de estar prohibida por la Constitución Política mexicana, su comisión está prevista como delito en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, por su parte, el no sometimiento a experimentos médicos que se relaciona con el abuso en el caso de personas sometidas está prohibido por el artículo 90 del RRCRSDF y protege los derechos de legalidad, seguridad jurídica, integridad física y psicológica y el de salud.

23. La duración, intervalos e identidad de quien participe en un interrogatorio serán registrados y certificados y el detenido y su abogado tendrán acceso a ello				
---	--	--	--	--

No existe una disposición en cuanto a un registro de interrogatorio, sólo está previsto el de la detención que ya se comentó en el principio 12, se trata de un instrumento necesario para los detenidos y reclusos en amparo de seguridad jurídica e integridad física y psicológica, que en todo caso, debiera preverse en el apartado de garantías individuales.

24. Examen médico al ingresar y atención y tratamiento posterior				
25. Derecho a solicitar al juez 2° examen médico				
26. Constará en registro los exámenes médicos practicados				

Los principios 24, 25 y 26 son derechos de protección de seguridad jurídica, legalidad, integridad física y psicológica del procesado o interno, y a la salud; el 24 y el 26 se encuentran reconocidos expresamente en los artículos 29 y 49 a 55 del RCEFERESOS, y 40 y 41 del RRCRSDF y el principio 25 en el artículo 7 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que específicamente se refiere a los casos de tortura y aunque no señala expresamente la solicitud de un segundo examen médico, si establece que a petición del detenido o su representante podrá ser reconocido por un médico legista o uno de su elección.

27. La inobservancia de los principios contará para admitir pruebas				
---	--	--	--	--

Este principio no está expresamente reconocido en una prescripción, pero la mayoría de los enunciados que si lo están, cuando son violados o infringidos existe la posibilidad de recurrirlos vía administrativa o judicial y para ello se deberán aportar evidencias, que en caso de controvertir los hechos en los juicios principales a los que son sometidos se pueden ofrecer conforme al artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política mexicana.

28. En lo posible acceso a material de educación, cultura e información	18, párrafo segundo			
---	---------------------	--	--	--

Este principio, ampara beneficios por la situación de reclusión, ya se encuentran expresamente previstos, la Constitución no prevé el acceso a esos materiales, pero si la organización del sistema penitenciario en base al trabajo, la educación, la salud y el deporte para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, en el artículo 23 del RRCRSDF se prevé como la posibilidad de introducción de radiogra-



badoras, televisores portátiles y libros, no estrictamente como acceso a materiales por parte del centro de reclusión sino particulares.

29. Los lugares de detención serán visitados regularmente, detenidos comunicación libre y confidencial con visitadores				
--	--	--	--	--

Este principio de monitoreo y fiscalización de las condiciones en prisión y del tratamiento recibido por los presos, se encuentra previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptado el 18 de diciembre de 2002 y ratificado por México el 30 de marzo de 2005, en vigor el 22 de junio de 2006, por lo que México ha recibido la visita de un organismo internacional el Subcomité contra la tortura, y en el ámbito interno del Mecanismo Nacional contra la Tortura y de los Organismos Públicos de Defensa y Protección de los Derechos Humanos, conforme a sus respectivas leyes, también pueden visitarlos.

30. Ley o reglamento determina infracciones disciplinarias, derecho de audiencia y recurrirlas ante autoridad superior	14			
--	----	--	--	--

El principio 30 es de protección del derecho a la legalidad y de audiencia y por la condición de reclusión, en cuanto al establecimiento de las sanciones de las infracciones disciplinarias para que no sean discrecionales y de un recurso en caso de inconformidad, lo cual está previsto en los artículos 13 de la LENMRSS, de igual forma, correcciones en el 79, garantía de audiencia en el 82, el recurso de inconformidad contra las correcciones impuestas ante el Coordinador General de Centros Federales en el 83 del RCEFERESOS y, también, correcciones del 147 al 149, derecho de audiencia en el 150 y el recurso de inconformidad en el 250 del RRCRSDF, por último,

el derecho de audiencia es una garantía constitucional a “ser oído y vencido en juicio”, conforme al artículo 14.

31. Asistencia a familiares y menores a cargo de detenidos				
--	--	--	--	--

Este principio se establece parcialmente en el artículo 98 del RRCRSDF, la asistencia a menores nacidos mientras sus madres se encuentran internas y hasta que cumplan seis años, por otro lado, cuando los internos deciden trabajar mientras están reclusos se establece un sistema de distribución de sus ingresos, siendo destinado un 30 % para sus dependientes económicos, según el artículo 10 de la LEN-MRSS y el artículo 17 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

32. Derecho a impugnar la legalidad de la detención	103 y 107	8	9,4	7,6
---	-----------	---	-----	-----

Ver numeral nueve.

33. Detenido, abogado, familiar u otro petición o recurso por tortura u otros tratos, ante fiscalizador o correctivo, juez o autoridad	21 y 102	8	2,3,a)	
--	----------	---	--------	--

Este principio exige la implementación de un instrumento para hacer valer el derecho a la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y se tienen vía administrativa ante el órgano de control interno de quien dependa el centro de reclusión en el que se encuentre, federal o local, ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; al recibir la visita de los mecanismos internacional y nacional contra la tortura, y por medio de la denuncia o querrela de hechos ante el agente del Ministerio Público, conforme a los numerales 21 y 102 constitucionales.

34. Detenido o preso muere o desaparece debe investigarse	21			
---	----	--	--	--

Este principio es un derecho de la persona y porque está bajo la custodia de la autoridad y se maneja en el sentido del aviso a más tardar en 24 horas a la familia y la correspondiente investigación a cargo del agente del Ministerio Público federal o local que corresponda y está previsto por el artículo 84 del RCRSDF y la investigación del delito según el artículo 21 constitucional.

35. Daños por acciones contrarias a principios serán indemnizados, información en registro disponible para ese efecto	113, párrafo segundo			
---	----------------------	--	--	--

El principio de indemnización busca proteger al afectado en caso de que sufra menoscabo de algún tipo por la violación de principios, lo cual se encuentra expresamente establecido en la Constitución respecto de los servidores públicos que causen daños por una actividad administrativa irregular, que no es específica en relación a los principios pero que su infracción queda incluida; en el caso de que se acuda a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a presentar queja, al momento de concluir la investigación y si procede emitir una Recomendación, conforme al artículo 44 de la Ley de la Comisión Nacional se podrán solicitar las medidas restitutorias respecto de los derechos violados que correspondan, entre ellas, la reparación del daño.

36. Presunción de inocencia, detención en espera de instrucción y juicio si es necesario	14, párrafo segundo y 20, apartado B, fracción I	11	14,2	8,2
--	--	----	------	-----

Este principio busca proteger el derecho a la legalidad, ya que el procesado lo tiene por esa situación jurídica, la cual cambia hasta que la autoridad judicial emita una sentencia en la que se determine su culpabilidad o su inocencia, mientras tanto es indiciado no culpable y por ello deben respetarse sus derechos humanos, está expresamente previsto en la Constitución Política mexicana y validado por la Suprema Corte de Justicia al mencionarlo en sus criterios como un principio previsto por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>79</sup> su previsión

<sup>79</sup> Rubro: DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO SE TRANSGREDEN LA CONSTITUCIÓN NI LOS TRATADOS QUE RECONOCEN ESTOS PRINCIPIOS CUANDO LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DEL QUEJOSO SE JUSTIFICA POR HABERSE CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS CONFORME

expresa en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política mexicana es derivado de la reforma de junio de 2008 y ya no sólo implícito como se desprende del artículo 14 párrafo segundo.

37. Detenido sin demora ante juez o autoridad determinada por ley, calificará la detención, en espera por orden escrita, derecho a manifestar el trato recibido	16, párrafos tercero, cuarto y quinto 19, párrafo primero		9,3	7,5 8,1
38. Detenido por infracción penal juzgado en plazo razonable o libre en espera de juicio	20, apartado B, fracciones VII y IX, párrafo segundo		14,3,c)	
39. Detenido derecho a libertad en espera de juicio con sujeción a condiciones	19, párrafo segundo			

Los principios 37, 38 y 39 protegen los derechos de seguridad jurídica y de legalidad y se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución Política mexicana, para que un procesado permanezca detenido si la autoridad considera que corresponde y es necesario, así como, que sea juzgado por un tiempo no mayor de la pena corporal que amerita el delito cometido, no prevé la libertad durante la sustanciación de juicio, pero se interpreta a *contrario sensu*, salvo el caso del artículo 19, párrafo segundo, dispone la prisión preventiva cuando deba garantizarse la comparecencia del imputado.

Cláusula General. Ninguna disposición restringe o deroga las del PIDCP				
---	--	--	--	--

Ver el numeral tres.

---

A LA NORMATIVIDAD APLICABLE. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: XXI, Abril de 2005, Tesis: II.2o.P.160 P, Página: 1390.

El Conjunto de Principios establece la base para el trato que deben recibir las personas detenidas o retenidas, que buscan la seguridad jurídica mediante un seguimiento de las situaciones a las que suelen enfrentarse cuando son privadas de la libertad, así como del aseguramiento de condiciones en caso de que sea retenida en prisión preventiva o punitiva y de cuando le sean violados sus derechos humanos, para que lo evite o pueda defenderse.

En efecto, cada uno de los principios enunciados fundamenta los derechos humanos y las garantías individuales de la Constitución mexicana que se han comentado en materia de personas detenidas y en prisión, tan es así que tienden a establecer un trato justo y equitativo en ese tipo de casos.

## V. Conclusiones

1. La historia del derecho ha descrito que hay sistemas jurídicos que optaron por codificar las prescripciones que organizan a la sociedad a manera de leyes, como el romanista, y que al ponerlas en práctica había situaciones no previstas que tenían que resolverse.
2. Las situaciones no previstas se fueron solucionando con prácticas reiteradas o con aforismos jurídicos, a los que se les fue identificando y fundamentando en la justicia, la equidad o el bien común.
3. Los adagios, fórmulas, axiomas, prácticas, fundamentos y elementos jurídicos sirvieron como una fuente del derecho supletoria, entre ellas, los principios generales del derecho.
4. Los principios generales del derecho son identificados y reconocidos como tales y finalmente validados al ser utilizados en la práctica judicial, lo que los lleva a una reiteración y en algunos casos a ser positivados.
5. Los principios generales del derecho, a pesar de haberse originado en el derecho civil y que, en México actualmente están previstos en el artículo 14, último párrafo, de la Constitución Política para esa materia, son utilizados en diversas ramas del derecho, entre ellas, la penal y la penitenciaria.
6. La aportación de Beccaria respecto al principio *nulla poena sine lege* o en su traducción moderna de legalidad ofreció una base al sistema jurídico general que permitiera la existencia de un Estado de Derecho y particularmente, resultó trascendental en la normatividad penal al brindar una amplia protección a las personas detenidas o en prisión, para ser juzgados sólo por delito previsto en una ley.
7. El contenido del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, del nueve de diciembre de 1988, se encuentra previsto, aproximadamente en un 60 %

en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en un porcentaje similar en los instrumentos internacionales convencionales, tiene cubierta tal protección, salvo el de sometimiento a interrogatorio y el principio *pro homine*, lo relativo a las notificaciones a la familia sobre la situación jurídica de un detenido, las visitas que puede recibir y los exámenes médicos está previsto en otras leyes de la materia penal o en los reglamentos de los centros de reclusión.

8. Existen criterios del Poder Judicial en torno a los principios jurídicos en cuestión, como se mencionaron algunos ejemplos.
9. Existen mecanismos en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución Política y la legislación mexicana para hacer exigibles esos derechos originados por los principios.
10. La importancia del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión es que constituyen una fuente supletoria del derecho reconocida por la Constitución Política mexicana, los criterios del Poder Judicial mexicano y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## VI. Bibliografía

- AZÚA REYES, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 2001.
- BAZDRESCH, Luis, *Garantías constitucionales, curso introductorio actualizado*, México, Trillas, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., trad. de Jorge Guerrero R., Bogotá, Temis, 2005.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, 4a. ed., Madrid, Reus, 1992.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1991.
- HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- La decisión judicial, el debate Hart Dworkin*, estudio preliminar de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2000.

- O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto Gerardo, *La seguridad jurídica, los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*, México Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- OVALLE FAVELA, José, "Comentario al artículo 16", *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados / Miguel Ángel Porrúa, 2000.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos Francisco, coord., *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos / Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, 1998.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2004.
- ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho*, trad. de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *La libertad e igualdad jurídica como principios generales del derecho*, México, Porrúa, 1995.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2004.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los principios generales del derecho en México, un ensayo histórico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1999.
- VECCHIO, Giorgio del, *Los principios generales del derecho*, trad. de Juan Osorio Morales, México, Orlando Cárdenas Editor, 1998.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Integración de la ley, artículo 16 del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2008.

## VII. Hemerografía

- BRUDERLEIN, Claude, "La costumbre en el derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, año 16, núm. 108, Ginebra, noviembre-diciembre de 1991.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, "La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho en México", *Jurídica*, núm. 35, México, 2005.

SALDAÑA SERRANO, Javier, "Reglas y principios. A propósito del origen y evolución de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*", *Ars Iuris*, núm. 31, México, diciembre de 2004.

## VIII. Jurisprudencia

Rubro: PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: XXI, Febrero de 2005, Tesis: I.4o.A.464 A, p. 1744.

Rubro: DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO SE TRANSGREDEN LA CONSTITUCIÓN NI LOS TRATADOS QUE RECONOCEN ESTOS PRINCIPIOS CUANDO LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DEL QUEJOSO SE JUSTIFICA POR HABERSE CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS CONFORME A LA NORMATIVIDAD APLICABLE. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: XXI, Abril de 2005, Tesis: II.2o.P.160 P, p. 1390.

## IX. Páginas web

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, consultado en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/estaticj.htm>



## De la esclavitud a la trata de personas

*Luisa Fernanda Tello Moreno\**

**RESUMEN:** A pesar de la abolición de la esclavitud hace más de 200 años, diversas actividades actuales, bajo el nombre de trata de personas, nos hacen recordar algunas de las características de ese flagelo. La globalización es hoy, también la globalización del crimen organizado y de las violaciones a los derechos humanos, por lo que la comunidad internacional ha tenido que buscar respuestas comunes para enfrentar dichas situaciones. En este trabajo se abordan las características actuales de la trata de personas y sus implicaciones, así como los principales modelos legislativos que la regulan, con la intención de evaluar la efectividad de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, sobre todo en el ámbito de protección a las víctimas del delito

**ABSTRACT:** *Despite the abolition of slavery more than 200 years ago many current practices, which are grouped and described as human trafficking, remind us of some traits of that infamous practice. Globalization means today the globalization of organized crime and human rights violations, forcing the international community to seek common answers to address these problems and issues. This article analyzes the contemporary characteristics of human trafficking and their implications, as well as the main legislative models that regulate it. The purpose is to evaluate the effectiveness of the Mexican Law for the Prevention and Punishment of Trafficking of Persons, especially in the protection of crime victims.*

**SUMARIO:** Introducción. I. Regulación del delito de trata de personas en el ámbito internacional. II. Prácticas constitutivas de trata de personas. 1. Explotación laboral. 2. Participación de niños y niñas en conflictos armados. 3. Venta de niños, niñas y mujeres. 4. Servidumbre. 5. Explotación sexual. 6. Trata de personas derivado del tráfico de personas. III. Causas, aspectos y consecuencias de la trata de personas. IV. Modelos legislativos en materia de trata de personas. 1. Modelo con perspectiva penal. 2. Modelo con perspectiva de derechos humanos. 3. Modelo mixto. 4. El modelo mexicano: propuestas para complementarlo. V. Bibliografía

---

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

## Introducción

**A**un cuando en el 2008 se haya conmemorado el bicentenario de la abolición del comercio de esclavos<sup>1</sup> y en esta época no sea dado hablar de la esclavitud, ni se le conciba como sistema de trabajo, diversas actividades, bajo el concepto de trata de personas, han sido consideradas como las formas de esclavitud del siglo en que vivimos.

Formalmente, la esclavitud es parte del pasado. El reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, encabezado por el derecho a la libertad, la deslegitimaron hace muchos años. Sin embargo, en la práctica es posible identificar diversas actividades ilícitas mediante las que personas en lo individual, o en grupos delictuosos organizados, coartan la libertad y minan el desarrollo de otras personas, en su mayoría mujeres, niños y niñas que, en virtud de su situación de vulnerabilidad, son sometidos a realizar trabajos forzados y otras prácticas ilícitas y repugnantes, por medio de engaños, amenazas y coacciones. Mediante este tipo de sometimiento se niegan los derechos y la dignidad de las víctimas, quienes son prácticamente reducidas a la condición de esclavos.

El término de trata de personas, utilizado actualmente de manera genérica para referir diferentes conductas y actividades delictuosas con características esclavistas, es relativamente nuevo. El término “trata” se utilizaba en el ámbito del comercio de esclavos, pero una vez abolida la esclavitud, alrededor del año 1900, se usó para designar la movilidad y el comercio de mujeres predominantemente europeas, para servir como prostitutas o concubinas; la llamada trata de blancas.

Se dice que el uso del término comenzó a generalizarse a finales del siglo XIX y principios del XX, al comenzar a notarse que mujeres con ese origen continental y, por lo tanto, generalmente blancas, eran objeto de comercio con el fin de ser sometidas a la prostitución o al concubinato en países árabes, africanos o asiáticos especialmente;<sup>2</sup> el término fue ligado tanto a la esclavitud como a la prostitución.

El hecho de que mujeres de diversos orígenes y culturas comenzaran a ser sometidas a la misma práctica originó que el término fuera sustituido por el de “pros-

---

<sup>1</sup> En 1808, el gobierno de Estados Unidos prohibió formalmente el comercio de esclavos. Inglaterra lo había hecho antes, en 1807, mediante la *Slave Trade Act*, que no rindió los frutos deseados sino hasta 1833, con la *Slavery Abolition Act*. De manera paulatina todos los Estados fueron aboliendo esta práctica; el último de ellos fue Mauritania, por medio de un decreto emitido en 1981, aunque aún se acuse al gobierno de tolerar prácticas esclavistas. En México, por Decreto del 6 de diciembre de 1810, de don Miguel Hidalgo y Costilla, se abolió la esclavitud en plena guerra de independencia, y una vez que ésta fue consumada, la abolición se formalizó por Decreto del 15 de septiembre de 1829 y se confirmó con la Ley de 5 de abril de 1837.

<sup>2</sup> Véase Organización Internacional para las Migraciones, *Trata de personas. Aspectos básicos*, México, OIM, OEA, United States, Agency for International Development, INM, Segob, 2006, p. 9.

titución forzada”, pero al existir tantas actividades ilícitas y relacionadas entre sí, cuyo fin no tenía necesariamente carácter sexual, y habiéndose diversificado el origen europeo de las víctimas, se llegó —apenas en los últimos años— a un consenso sobre la utilización del término “trata de personas” para designar prácticas ilegales que atentan contra la libertad en general.

A principios del siglo pasado se dieron los primeros intentos por regular este tipo de prácticas en el ámbito internacional mediante la adopción de algunos tratados. Las regulaciones iniciales separaron cuestiones relacionadas con la trata de blancas o la prostitución forzada y situaciones relativas a las prácticas análogas a la esclavitud; se estableció una diferencia entre las actividades que tuvieran fines sexuales y otras situaciones de abuso y restricción de la libertad, aunque muchas veces la línea divisoria entre las mismas sea excesivamente delgada y difícil de apreciar.

El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de esclavitud,<sup>3</sup> cuyas funciones se dirigen a supervisar la aplicación de convenios relacionados con ella, estudiar la situación de las prácticas esclavistas en el mundo, así como a emitir recomendaciones al respecto, ha referido la inexistencia de una distinción precisa entre las diversas formas de esclavitud vigentes; incluso advierte que las personas y grupos sometidos a estos flagelos pueden ser víctimas de distintas prácticas simultáneas.<sup>4</sup>

En los últimos años se han catalogado diversas actividades entre las formas de esclavitud contemporánea como el trabajo infantil; el trabajo forzado; la servidumbre por deudas; la participación de niños en conflictos armados; la explotación sexual, especialmente de mujeres, niñas y niños (dentro de la que se contemplan diversas modalidades como la prostitución forzada, la pornografía o el turismo sexual); los matrimonios por deudas o entre menores de edad; la venta de mujeres y menores con diversos fines; la venta de órganos humanos, e incluso ciertos usos derivados de regímenes coloniales y del *apartheid*.

Todas las actividades mencionadas pueden ser comprendidas bajo el rubro de trata de personas, pero en la práctica no siempre hay elementos visibles que permitan diferenciar una actividad de otras. La característica común se encuentra en la privación de la libertad de las víctimas y en una relación de dominio del hombre por otro u otros hombres, en la que el dominado no puede disponer libremente de sí mismo para escapar del flagelo impuesto; de ahí que la trata de personas sea conocida como la esclavitud del siglo XXI.

---

<sup>3</sup> Creado en 1975, bajo el nombre de “Grupo sobre la esclavitud”, fue designado como “Grupo sobre las formas contemporáneas de esclavitud” en 1988.

<sup>4</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Derechos humanos. Formas contemporáneas de la esclavitud*. Folleto informativo número 14, p. 3.

Las prácticas esclavistas han sido desarrolladas por todos los grupos humanos en las distintas épocas, sin embargo, las características de las formas modernas de sometimiento requieren del planteamiento de nuevas soluciones que, con un mayor grado de determinación, se dirijan a combatirlas; para ello es necesario el estudio del fenómeno en sí mismo.

La comunidad internacional ha intentado frenar esta plaga desde el inicio del siglo pasado; no obstante, ante las nuevas circunstancias creadas por el entorno globalizante, se ha llegado a la conclusión de que las medidas para enfrentar el delito deben de ser nuevamente configuradas, con objeto de que respondan también, de manera homogénea y global, a los fenómenos criminales actuales.

En el presente trabajo se hará un breve recorrido por las regulaciones internacionales de la materia, hasta el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a partir de cuya adopción se han desarrollado importantes disposiciones estatales contra la trata de personas. Se explicará en qué consisten las formas de esclavitud moderna que normalmente constituyen el delito de trata de personas, señalándose casos reales en algunos de ellos, con la intención de identificar conductas que en ocasiones no son consideradas trata de personas pero que, sin embargo, forman parte del delito; asimismo, se analizarán los modelos más frecuentes de las legislaciones de la materia con objeto de determinar los pros y contras del modelo adoptado en México.

## **I. Regulación del delito de trata de personas en el ámbito internacional**

A lo largo de la historia moderna han existido diversas prácticas ilícitas de privación de la libertad —sobre todo de las mujeres— catalogadas bajo distintas denominaciones o con títulos similares. Si bien la servidumbre o la esclavitud fueron prácticas justificadas por distintas filosofías y sistemas políticos, dejaron de ser aceptables desde principios del siglo XIX, al ser consideradas contrarias a la dignidad de las personas y, por lo tanto, ilegales.

A principios del siglo XX la comunidad internacional comenzó a realizar importantes esfuerzos con el fin de combatir la esclavitud y la trata de blancas, por lo que fueron emitidos el Convenio Internacional con el Objetivo de Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal, conocido bajo el nombre de Trata de Blancas (1904); la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Blancas (1910); bajo el auspicio de la Sociedad de las Naciones, la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores (1921); la Convención Relativa a la Escla-

vidud (1926), y la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad (1933).

Posteriormente, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las convenciones señaladas fueron reemplazadas, modificadas y completadas por el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1950), el Protocolo que Enmienda la Convención sobre la Esclavitud (1953) y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956).

Con los primeros tratados internacionales que abordaron este tipo de problemáticas se pretendió regular las prácticas señaladas mediante distintos instrumentos, pero no se logró adecuadamente, ya que fue muy difícil delinear las fronteras entre una actividad y otra. En muchas ocasiones, la división de las distintas actividades ilícitas en diversos tratados dificultó el tratamiento y la persecución de los delitos. Hasta la adopción de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Personas y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 fue que se agruparon prácticas de distintas denominaciones bajo un mismo documento.

El artículo primero de la Convención contempla la adopción a cargo de los Estados partes, de todas las medidas factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la brevedad posible la abolición o el abandono de la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba,<sup>5</sup> así como toda institución o práctica por medio de la que una mujer, sin el derecho de oponerse, fuera prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o especie; si cualquier miembro de su familia o su marido tuviera el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; o si a la muerte de su marido pudiera ser transmitida por herencia a otra persona; además de toda institución o práctica en virtud de la que menores de 18 años fueran entregados por sus padres o tutores a terceras personas con propósitos de explotación personal o laboral.

Respecto de la trata de esclavos específicamente, el artículo 3.1 establece que transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, la intención de hacerlo o la complicidad en la conducta deberá constituir un delito en las legislaciones de los Estados partes. No obstante, a pesar del detalle con el que se describen las diferentes prácticas, las figuras contempladas en la Convención no agotaron la totalidad de conductas y actividades que pueden constituir las formas

---

<sup>5</sup> Caracterizada como la condición de una persona obligada por la ley, la costumbre o un acuerdo a vivir y trabajar sobre una tierra que pertenece a otra, y a prestarle, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios sin libertad para cambiar su condición.

de esclavitud actuales, por lo que se buscó un concepto que pudiera abarcar dichas conductas, en términos generales.

El término de trata de personas fue utilizado formalmente por primera vez durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en 1993, en Viena, para la que se recopiló información de casos específicos de mujeres víctimas, a partir de cuyo estudio se evidenció y aceptó la violación de sus derechos humanos. Ya en la cuarta Conferencia Internacional de las Mujeres en Beijing, el año siguiente, se estudiaron casos de mujeres sometidas a explotación sexual, y dentro del capítulo IV, del informe de la Conferencia, relativo a sus objetivos estratégicos, se mencionó que la proliferación de la trata de mujeres y niñas era un problema internacional urgente, por lo que se establecieron objetivos para eliminarla y prestar asistencia a las víctimas.<sup>6</sup>

En 1996 se realizó el primer diagnóstico de trata de mujeres en el marco de la ONU, cuyos resultados llevaron a diversos miembros de la comunidad internacional a tomar el asunto con mayor seriedad. Bajo esa perspectiva, en el año 2000 se adoptó el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.<sup>7</sup>

Si bien fue difícil llegar a una definición de trata de personas en la que se pudieran encuadrar tantas conductas, el concepto establecido dentro del Protocolo ha constituido uno de los mayores avances en el combate a este delito, ya que por primera vez se cuenta con una definición que abarca un conjunto de conductas ilícitas análogas a la esclavitud, mismas que pueden ser atacadas desde un mismo frente y con un mismo instrumento.

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

En el artículo 3o. se define la trata de personas como:

La captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como

---

<sup>6</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Informe de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer*, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995, Doc A/CONF.177/20/Rev, párrafos. 122 y 130.

<sup>7</sup> La Convención cuenta con otros dos Protocolos, contra el tráfico de migrantes y el tráfico de armas, respectivamente.

mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En virtud de la definición es factible que la trata de personas implique cualquiera de las prácticas referidas en la introducción de este trabajo;<sup>8</sup> la mención de “otras formas de explotación sexual y prácticas análogas a la esclavitud” otorga un amplio rango para designar actividades no especificadas en el artículo que pueden encuadrar dentro de dicha tipificación, como la venta de menores o su participación en conflictos armados.

Los incisos b) y c) del mismo artículo establecen que el consentimiento dado por la víctima del delito a toda forma de explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquier medio enunciado en la definición; es decir, a la amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o a una situación de vulnerabilidad, ya que se trataría de un vicio del consentimiento, de una voluntad presionada para hacer algo. Tampoco se tendrá en cuenta el consentimiento de la víctima cuando se haya recurrido a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de quien tenga autoridad sobre la víctima, para explotarla.

La captación, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación será considerada trata de personas, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios comisivos enunciados. Con la disposición se pretende otorgar un rango mayor de protección a las niñas, niños y adolescentes, por su situación de vulnerabilidad.

El Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en virtud de que el fenómeno de la trata de personas, en los últimos años, ha llegado a colocarse como uno de los negocios más lucrativos de la delincuencia organizada alrededor del mundo, siendo incluso considerada como el tercer negocio más prolífico en cuanto a la producción de ganancias ilícitas, sólo por debajo del tráfico de armas y el de drogas.

En este sentido, las acciones de combate al delito no tendrían muchos efectos si fueran establecidas sólo por alguno o algunos Estados; un fenómeno delictivo de esta naturaleza debe ser enfrentado desde una perspectiva global, en los países de origen, tránsito y destino de las víctimas del delito.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Trabajo infantil, trabajos forzados, servidumbre por deudas, explotación sexual, matrimonio por deudas o entre menores, etcétera.

<sup>9</sup> Véase Preámbulo del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, párrafo primero.

El Protocolo establece que los Estados partes deben adoptar medidas para tipificar el delito, la tentativa de cometerlo, la complicidad en su comisión y su autoría intelectual. En cuanto a las víctimas debe protegerse su privacidad e identidad; proporcionarles información sobre los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; asistencia jurídica y medidas dirigidas a su recuperación física, psicológica y social. Para ello será necesario suministrarles alojamiento; asesoría en su idioma; asistencia médica, psicológica y material; oportunidades de empleo, educación y capacitación; velar por su seguridad, así como por la posibilidad de que obtengan una indemnización por los daños sufridos.

En él se asientan algunas bases para enfrentar a la delincuencia organizada transnacional en el ámbito de la trata de personas, y a partir de su adopción diversos Estados han implementado programas y leyes con la intención de combatirla.<sup>10</sup> No obstante, hablamos de un delito que ha aumentado en los últimos años, no sólo por la globalización del crimen, sino por inercias burocráticas y falta de voluntad política; aspectos que generan que el delito, en muchas ocasiones, no sea sancionado como debería serlo, por lo que los esfuerzos en el combate al mismo deben fortalecerse y evaluarse constantemente.

## II. Prácticas constitutivas de trata de personas

La trata de personas puede presentar distintas modalidades de comisión, por lo que, con la intención de que este fenómeno sea comprendido de la manera más completa posible, a continuación se abordan algunas de las prácticas susceptibles de constituir el delito. La mayoría de las víctimas de trata de personas son mujeres y niñas, no obstante, cualquier persona puede serlo; el porcentaje de hombres adultos sujetos a este delito lo demuestra.

Datos recientes indican que de las víctimas del delito, 66 % se encuentra constituido por mujeres, 13 % por niñas, 12 % por hombres y 9 % por niños;<sup>11</sup> contrario a lo que podría pensarse, es mayor el porcentaje de hombres víctimas de trata que el de niños; sin embargo, el porcentaje de menores de ambos sexos representa 22 %, lo que no deja de ser alarmante.

---

<sup>10</sup> En el Informe de las Naciones Unidas sobre la Trata de Personas se establece que 63 % de los 155 países tomados en cuenta para la realización del informe cuentan con disposiciones legales en las que se contemplan la mayoría de las modalidades de la trata de personas; mientras que en el año 2003 el porcentaje era sólo de 35 % en esos mismos Estados. Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Report on Trafficking in Persons*, febrero de 2009, p. 8, en [http://www.unodc.org/documents/Global\\_Report\\_TIP.PDF](http://www.unodc.org/documents/Global_Report_TIP.PDF)

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 11.



## 1. Explotación laboral

La demanda de trabajo infantil se explica porque el trabajo de los niños es más barato que el realizado por adultos, y porque explota sus facilidades manuales en tareas que sólo ellos pueden realizar debido a la forma pequeña y delgada de sus extremidades, o que por la misma razón se les facilita, como la elaboración de alfombras. A ello se puede añadir que los infantes, por su situación de vulnerabilidad, son generalmente más dóciles y fáciles de someter que los adultos.

A pesar de las leyes nacionales y los tratados internacionales que en materia laboral tienden a proteger a los niños en dicho ámbito, como los Convenios 138 y 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la edad mínima de admisión al empleo y sobre las peores formas del trabajo infantil, respectivamente; en este tipo de trabajo, la mayoría de las veces se incumplen las disposiciones legales.

Las jornadas laborales de los niños deben durar menos que las de los adultos, sin embargo, a falta de supervisión adecuada, suelen ser más largas; el sueldo es menor que el devengado por mayores de edad, y el trabajo puede constituir servidumbre, trabajo forzado, no apto o peligroso para niños, niñas y adolescentes, independientemente del riesgo de que sean víctimas de abusos físicos y sexuales.<sup>12</sup> La cantidad de niños que en la actualidad se encuentran sometidos a explotación laboral se ha calculado en alrededor de 165 millones en el mundo, conforme a datos recientes de la OIT.<sup>13</sup>

En la explotación laboral de adultos, los empleadores suelen aprovechar circunstancias relacionadas generalmente con la pobreza de los trabajadores, y en consecuencia les otorgan empleos que se realizan bajo condiciones indignas, con salarios sumamente bajos. Emblemático resulta el caso de los campesinos guatemaltecos que acuden a las plantaciones chiapanecas de plátano, cacao o caña de azúcar, a quienes los patrones les otorgan techo y alimentos, pero no les permiten salir de las plantaciones, les retienen sus documentos migratorios y les pagan por producto recolectado; sólo les dan dos comidas al día, y en caso de que deseen acceder a alimentos distintos deben adquirirlos en las tiendas de las fincas, contra descuento en sus salarios.<sup>14</sup>

Es en este ámbito de la explotación laboral que se puede encontrar una mayor cantidad de hombres adultos sometidos a la trata de personas. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM), por ejemplo, reporta haber asistido a 685

---

<sup>12</sup> ONU, *op. cit.*, nota 4, p. 3.

<sup>13</sup> En <http://www.ilo.org/ipec/Campaignandadvocacy/WDA/2008/lang-es/index.htm>

<sup>14</sup> Véase Carolina Rocha, "Con aroma a esclavitud", *El Universal*, martes 19 de febrero de 2008, en <http://www.el-universal.com.mx/notas/483324.html>

hombres provenientes de Bielorrusia y Ucrania, sometidos a trabajo forzado en Rusia y sin derecho a pago alguno, entre 2004 y 2006.<sup>15</sup>

Otro caso documentado es el de los 65 migrantes mexicanos contratados para trabajar en las islas Bimini, en las Bahamas, quienes durante su estancia en el Caribe trabajaron largas jornadas, no podían salir de las instalaciones de la construcción y no recibieron el salario pactado; caso por el que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) dirigió una recomendación a los titulares de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), así como a la titular del Instituto Nacional de Migración (INM) y al presidente municipal de Escobedo, Querétaro, por la violación de los derechos al trato digno, a la legalidad y a la seguridad jurídica de los nacionales; señalándose específicamente la acreditación del delito de trata de personas.<sup>16</sup>

Los casos de explotación laboral bajo características similares a las del trabajo forzado o en condiciones deplorables e injustas como las señaladas se dan en todo el mundo al amparo de las autoridades laborales de los gobiernos, y en múltiples ocasiones al interior de grandes empresas transnacionales. Si bien el trabajo en las grandes corporaciones no puede ser considerado estrictamente forzado u obligatorio, las condiciones laborales pueden llegar a ser inhumanas,<sup>17</sup> al abusarse de la necesidad de los trabajadores.

## ***2. Participación de niños y niñas en conflictos armados***

La utilización de niños en conflictos armados es otra vertiente de la explotación de infantes que puede constituir trata de personas, ya que además de ser una situación cuyas condiciones no son aptas para la edad de los niños, generalmente se da bajo circunstancias de reclutamiento forzoso u obligatorio y sin retribución alguna.

Las experiencias de los niños que viven situaciones de este tipo se encuentran marcadas por la tragedia; pueden ser arrancados del núcleo familiar, sufrir el deceso de sus parientes más cercanos durante el conflicto o perder el contacto con ellos debido a circunstancias de desplazamiento, refugio o exilio, aparte de las heridas psi-

---

<sup>15</sup> Véase "Trafficking of Men –A Trend Less Considered", *Global Eye on Human Trafficking*, núm. 1, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, diciembre de 2007, pp. 1-2.

<sup>16</sup> Véase Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación 1/2009, en <http://www.cndh.org.mx/recomen/2009/001.html>

<sup>17</sup> Para mayor información, véase Klaus Werner y Hans Weiss, *El libro negro de las marcas. El lado oscuro de las empresas globales*, México, Random House Mondadori, 2007, pp. 157-291.

cológicas y físicas que la experiencia de la guerra conlleva, por lo que los niños suelen ser víctimas “antes, durante y después de las hostilidades”.<sup>18</sup>

La participación de los niños y niñas en este tipo de conflictos es recurrente a pesar de diversos instrumentos internacionales que la regulan y prohíben, mediante el establecimiento de límites de edad, etcétera, como los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales y No Internacionales, respectivamente, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.

### **3. Venta de niños, niñas y mujeres**

La venta de niños es también, por desgracia, una situación recurrente. Se les vende —en el caso menos trágico— para formar parte de familias acomodadas, nacionales o extranjeras que desean adoptar un niño o una niña; pero su venta también puede ser realizada de manera directa o mediante una falsa adopción, con fines de explotación sexual (pornografía, prostitución o turismo infantil), comercial (mendicidad, entre otras) laboral (trabajo forzado), militar y hasta para la venta de órganos.

Al respecto, a nivel internacional se cuenta con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, con el que se pretende frenar todos los factores que contribuyen a generar dichas actividades y proteger a los niños. Las mujeres, por su parte, también suelen ser sujetas a este tipo de ventas con fines de trata de personas y para el mercado matrimonial.

### **4. Servidumbre**

Las situaciones de servidumbre pueden ser motivadas por circunstancias de distinta naturaleza, sin embargo tratándose de niñas, niños y adolescentes, las causas suelen generarse en razón de matrimonios entre menores de edad o debido a deudas familiares.

---

<sup>18</sup> Luis Aguilar Esponda, “Los niños soldados y los mecanismos de protección”, *Memoria del seminario La infancia en situación de explotación. La negación de sus derechos*, México, CNDH, 2005, p. 31.

Se establece que una situación de servidumbre por deudas puede someter a familias completas a años de explotación desmedida por trampas en la contabilización de los pagos realizados, altas tasas de interés impuestas por los acreedores y otros recursos similares, mediante los que los acreedores elevan las deudas a cantidades inalcanzables, llegando a prolongar la servidumbre casi de por vida; aunque las sumas adeudadas inicialmente fueran relativamente modestas.<sup>19</sup>

Si bien podría pensarse que las situaciones de servidumbre por deudas afectan en mayor medida a los adultos, los niños no se encuentran ajenos a este tipo de situaciones; se dice que actualmente alrededor de 15 millones de niños se encuentran sujetos a este tipo de servidumbre,<sup>20</sup> sólo en India.

Los matrimonios entre menores de edad también son fuente de diversos riesgos, por ello, el segundo párrafo del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que no tendrán efectos jurídicos los matrimonios entre niños. En la mayoría de los casos, un matrimonio de esa naturaleza es considerado forzado, ya que legitima el abuso sexual y la violación marital;<sup>21</sup> sucesivamente, un matrimonio forzado, en su forma más extrema, puede entrañar comportamientos amenazadores, raptos, encarcelamientos, violaciones y hasta homicidios.<sup>22</sup>

Independientemente de que los contrayentes sean niños o no, los matrimonios forzados suelen constituir una fuente de servidumbre y explotación. Estas uniones suelen celebrarse debido a múltiples motivos, como el pago de deudas; el cobro de dotes; la promoción de intereses culturales y económicos, con objeto de que extranjeros obtengan la residencia en algún país; para denotar cierta categoría u obtener cierta jerarquía; para cubrir la “honra” de una mujer embarazada; para proteger su virginidad; para combatir la promiscuidad o como compensación por algún daño ocasionado.<sup>23</sup> Sin embargo, el destino de las mujeres sometidas a matrimonios forzosos es incierto; no es extraño que este tipo de uniones den lugar al abuso, la servidumbre y la explotación sexual, entre otras cuestiones.

El trabajo doméstico es una actividad directamente ligada con la servidumbre; aunque este tipo de labor es normalmente considerado un trabajo asalariado, las condiciones en las que generalmente se realiza pueden asimilarse a la figura de la

---

<sup>19</sup> Joel Quirk, “The Ani-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, *Human Rights Quarterly*, vol. 28, núm. 3, Baltimore, agosto de 2006, p. 575.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> Informe de la señora Sigma Huda, relatora especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *El matrimonio forzado en el contexto de la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Doc. A/HRC/4/23, 24 de enero de 2007, párrafo 22.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párrafo 24.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párrafo 28.

servidumbre, al no contar con la supervisión y protección de las autoridades laborales. Fácilmente pueden presentarse situaciones de abuso, bajos salarios y horas extras sin compensación, entre otras condiciones desfavorables para las trabajadoras.

Un ejemplo extremo en este sentido, que además incluye otro tipo de elementos, es el caso de Thonglim Khamphiranon, joven tailandesa para quien la promesa de un empleo de 240 dólares mensuales en un restaurante tailandés en Los Ángeles, California, se transformó en una situación de explotación que la mantuvo seis años cautiva, sirviendo hasta por 18 horas diarias en la casa de su empleadora;<sup>24</sup> ejemplos como este abundan, y no son exclusivos de un país en particular.

### 5. Explotación sexual

Este tipo de explotación constituye una de las formas más degradantes conocidas del abuso sobre seres humanos. Lo que antes era una actividad cuyos sujetos pasivos eran generalmente mujeres, ha engrosado la lista de víctimas, incluyendo entre ellas a niñas, niños y adolescentes. Aunque la explotación sexual se identifique generalmente con la prostitución forzada, puede implicar actividades como la pornografía y el turismo sexual, entre otras.<sup>25</sup>

La comisión de delitos relacionados con la explotación sexual de niños y niñas ha tenido un grave repunte en años recientes; en el Distrito Federal, por ejemplo, se ha reportado que dichas actividades se ejercen a la luz pública y en lugares plenamente localizados,<sup>26</sup> por lo que es necesario fortalecer las funciones del Estado en la investigación y persecución de este tipo de delitos.

En el ámbito de la explotación sexual abundan los casos en los que mujeres atraídas por supuestos contratos rentables de trabajo terminan siendo sometidas a trabajar en burdeles, centros nocturnos y *table dance* en países distintos a los de su origen, en los que son retenidas ilegalmente; situaciones como la descrita ocurren en prácticamente todo el mundo.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Véase Tony Castro y Harrison Shepard, "Prospera la esclavitud en EU", *Excélsior*, domingo 23 de marzo de 2008.

<sup>25</sup> Incluyendo la pornografía y prostitución infantil, así como el turismo sexual de menores.

<sup>26</sup> 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, párrafos 39, 40 y 41.

<sup>27</sup> En México últimamente se han documentado casos de mujeres provenientes de Argentina, Hungría, República Checa y Rusia. Véase Rodrigo Vera, "La prostitución globalizada", *Proceso*, núm. 1647, México, 25 de mayo de 2008, pp. 6-11.

## 6. Trata de personas derivado del tráfico de personas

Aun cuando la trata de personas se diferencie del tráfico de individuos (migrantes) en las motivaciones, medios comisivos y consecuencias para las víctimas, ambos fenómenos se vinculan estrechamente. La trata de personas practicada por miembros de la delincuencia organizada transnacional suele implicar cada vez más el tráfico de personas a través de distintas fronteras y territorios; aunque no todo caso de tráfico de personas involucra necesariamente uno de trata.

En ocasiones ocurre que quien se ofrece a trasladar a alguien de un país a otro, una vez realizado el traslado, sujeta a la persona transportada a la trata de personas, argumentando que con motivo del viaje realizó erogaciones diversas, y con el pretexto de saldarlas la obliga a trabajar para él, con el fin de explotarla sexual o laboralmente, e incluso con el fin de cometer actos delictivos.<sup>28</sup>

En nuestro país, un reciente estudio ha evidenciado el estado de vulnerabilidad de los migrantes, sobre todo centroamericanos, que ingresan al territorio nacional con la intención de llegar a Estados Unidos, y que en el transcurso de la travesía han sido víctimas de secuestro; las mujeres refieren que, además del cautiverio impuesto, fueron amenazadas con ser prostituidas o vendidas a los tratantes de personas.<sup>29</sup>

Las actividades consideradas análogas a la esclavitud no se agotan con los ejemplos aquí mencionados, existen casos que sobrepasan la imaginación y constituyen verdaderas situaciones esclavistas, en que las víctimas son abusadas y maltratadas, con el fin de evitar que escapen, y cuando son extranjeras, generalmente les son retirados sus documentos con el mismo objeto. Dichas situaciones ejemplifican los peores abusos y muestran tanto la vulnerabilidad de las personas como la miseria humana. Ejemplos hay muchos, desde mujeres transportadas contra su voluntad e instaladas cerca de bases militares para el entrenamiento y uso sexual de oficiales y soldados, hasta mujeres ofrecidas como esclavas en sitios de internet, en los que se les promociona explicando su capacidad y resistencia al dolor y a la tortura.<sup>30</sup>

La mayoría de las víctimas de este tipo de prácticas se encuentran sujetas a estas circunstancias debido a necesidades extremas, engaños y coacciones. Las actividades brevemente señaladas poseen características similares a la esclavitud, lo que cambia es que no se reconocen abiertamente ciertos aspectos que se ocultan

---

<sup>28</sup> Ana Isabel Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada, Colmenares, 2004, p. 39.

<sup>29</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe Especial sobre los casos de secuestro en contra de migrantes*, 2009, p. 5, en <http://www.cndh.org.mx/INFORMES/infEspSecMigra.pdf>

<sup>30</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Trata de personas. Aspectos básicos*, México, OIM, OEA, United Agency for International Development, INM, Segob, 2007, p. 24.

y disfrazan al exterior, lo que hace más difícil su identificación y en ocasiones el conocimiento preciso de las autoridades respecto a la existencia del delito y la consecuente investigación al respecto.

Si bien las modalidades de la trata de personas pueden ser muchas, al final pueden resumirse en dos grupos principales, la explotación sexual y la laboral; en el informe de la ONU sobre la trata de personas de este año se establece que la explotación sexual es la forma comúnmente identificada de trata de personas, con 79 % de los casos, mientras que el trabajo forzado representa 18 %.<sup>31</sup> No obstante, en ocasiones el delito de trata de personas se configura con ambos tipos de explotación.

### III. Aspectos, causas y consecuencias de la trata de personas

A lo largo de la historia de la humanidad han existido diferentes actividades que han propendido a negar y menoscabar la libertad de los individuos, como la esclavitud y las prácticas análogas a la misma. En lo general se tiende a establecer diferencias entre una esclavitud “antigua” o “clásica” y una nueva esclavitud, pero algunos autores recomiendan no hacer divisiones tajantes entre los tipos de la esclavitud en el tiempo, debido a que diversas prácticas actuales como el trabajo forzado, el matrimonio servil y los trabajos forzados para el Estado poseen profundas raíces históricas y no se reducen a desarrollos modernos diferentes.<sup>32</sup>

En la antigüedad la esclavitud era considerada una institución de derecho natural,<sup>33</sup> incluso en su momento los movimientos antiesclavistas fueron duramente juzgados.<sup>34</sup> Abolir la trata de esclavos implicó una lucha de más de tres siglos contra los representantes de un comercio altamente redituable, que de alguna manera se reproduce en la actualidad bajo distintas modalidades y con tintes eminentemente ilícitos. Con el fin de ejemplificar las diferencias existentes entre la esclavitud “clásica” y los fenómenos criminales de la actualidad, considerados prácticas análogas, nos referiremos a lo establecido por Kevin Bales.<sup>35</sup>

El autor considera que la esclavitud en épocas anteriores se caracterizaba por ser una práctica que entrañaba una titularidad legal sobre los esclavos, cuya adquisición era económicamente elevada; las ganancias no eran muy altas y podía haber escasez de esclavos, pero la relación del esclavo con su dueño solía ser de larga du-

---

<sup>31</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *op. cit.*, nota 10, p. 6.

<sup>32</sup> Véase Joel Quirk, *op. cit.*, nota 19, p. 579.

<sup>33</sup> José Antonio Marina y María del Carmen Válgoma, *La lucha por la dignidad*, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 76.

<sup>34</sup> Joel Quirk, *op. cit.*, nota 19, p. 581.

<sup>35</sup> Kevin Bales, “Disposable People in the Global Economy”, en Joel Quirk, *op. cit.*, nota 19, p. 578.

ración; el amo o dueño mantenía al esclavo, y existía, generalmente, una fuerte carga étnica en la elección de las personas destinadas a vivir en cautiverio. Actualmente, en cambio, no existe ningún título que legalmente ampare la propiedad de otra persona; los costos de adquisición de las personas sometidas son bajos;<sup>36</sup> las ganancias son extraordinariamente elevadas; existen millones de esclavos o víctimas potenciales y su pertenencia a un determinado grupo étnico es irrelevante.

Por su parte, Quirk considera que las formas de esclavitud actuales no se diferencian del todo con la esclavitud practicada en épocas anteriores, sino que ésta se ha desarrollado bajo distintas modalidades, haciéndola distinta respecto de las circunstancias actuales de la globalización,<sup>37</sup> por lo que una vez abolida la esclavitud y ante el cambio de las condiciones bajo las que se dan ahora las prácticas análogas a la misma, es que se genera el fenómeno de la trata de personas, el cual —se dice— se ha llegado a colocar como el tercer negocio ilícito más lucrativo a nivel internacional, sólo detrás del tráfico de drogas y armas, con ganancias anuales por alrededor de 9,500 millones de dólares, estimándose que un aproximado de 27 millones de personas en el mundo han sido víctimas del delito durante los últimos 25 años.<sup>38</sup>

Atendiendo estrictamente a la teoría de los derechos humanos, la trata de personas sería simplemente un delito, dado que el Estado no produce directamente las situaciones de esclavitud, abuso y explotación de las personas. No obstante, fue en las reuniones internacionales en materia de derechos humanos donde se comenzó a realizar un seguimiento serio del fenómeno, hasta incluirlo dentro de la agenda; la vinculación de la trata de personas con los derechos humanos puede entenderse a partir de las siguientes perspectivas:

- a) Por la similitud de la trata de personas con las prácticas esclavistas y la cantidad de derechos que su comisión vulnera, a saber: el derecho a la libertad, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la integridad corporal, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a una vida digna, el derecho a la salud y, en ocasiones, hasta el derecho a la vida.
- b) Debido a la creciente cantidad de víctimas de trata de personas, en su mayoría niñas y mujeres.
- c) Por la categorización del delito como fenómeno global, vinculado con las redes internacionales del crimen organizado.

---

<sup>36</sup> Porque son apropiaciones ilícitas, generalmente se hacen por la fuerza y de manera oculta.

<sup>37</sup> Joel Quirk, *op. cit.*, nota 19, p. 567.

<sup>38</sup> Alfredo Méndez, "La trata de personas, entre los delitos más rentables, documentan expertos", *La Jornada*, viernes 8 de junio de 2007, en <http://www.jornada.unam.mx/2007/06/08/index.php?section=politica&article=016n1pol>



- d) Porque hasta hace poco la mayoría de las políticas estatales para combatir la trata de personas e incluso los tratados internacionales se enfocaban en el aspecto de combate al crimen, dejando de lado la protección de los derechos humanos de las víctimas.
- e) Debido a que la incidencia del delito de trata de personas implica fallas y omisiones en el deber de los Estados de brindar seguridad y protección a los individuos, tareas propias de la seguridad pública y la persecución del delito.

Derivado de lo anterior —como ya se estableció—, durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, en Viena, se afirmó que la trata de personas constituía una violación a los derechos humanos. Del mismo tenor es el preámbulo de la Convención Europea contra la Trata de Seres Humanos, en el que se le considera violación a los derechos humanos y ofensa a la dignidad e integridad de las personas.<sup>39</sup>

Entre los factores que han contribuido tanto a propiciar como a agudizar este delito se encuentran el crecimiento demográfico, la violencia social, la desigualdad de género, la inestabilidad política, los conflictos de carácter étnico o religioso, el ejercicio autoritario del poder, la tecnificación de la agricultura y, muy especialmente, la desigualdad y la pobreza.

En principio es el factor pobreza el que acompañado de algún o algunos otros motivan a las persona a salir de sus lugares de origen en busca de mejores oportunidades de vida; pero es la globalización internacional el aspecto determinante en el crecimiento, desarrollo y movilidad del delito por todo el mundo; globalización que no puede reducirse al ámbito económico, pues se han globalizado también los medios de comunicación y las organizaciones criminales.

Desde esta perspectiva, se dice que la lógica utilitarista y acumulativa del capitalismo global repercute económicamente sobre los niveles de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, o de los derechos colectivos en general, lo que perjudica a los estratos sociales más desprotegidos económica, social y culturalmente. Consecuentemente, el retroceso de los derechos redistributivos provoca un creciente empobrecimiento, así como la marginación y la estigmatización de amplios sectores sociales que van siendo excluidos del mercado social del trabajo y de consumo,<sup>40</sup> quedando en terribles situaciones de vulnerabilidad que, en muchas ocasiones, los convierte en víctimas de la trata de personas; actividad que, se dice,

---

<sup>39</sup> Véase Consejo de Europa, Preámbulo de la Convención contra la Trata de Seres Humanos, párrafo 3o.

<sup>40</sup> Ana Isabel Pérez Cepeda, *op. cit.*, nota 28, p. 2.

de representar formas culturalmente específicas y localizadas, está pasando a conformar un fenómeno emergente, estandarizado y globalizado.<sup>41</sup>

En este sentido, se ha considerado que la debilidad de las barreras comerciales, informáticas y geográficas son globales, lo que ha traído como resultado que prosperen negocios lícitos como ilícitos; la delincuencia organizada ha tenido un alto despunte en los últimos años, debido, entre otras cosas, a su estructura clientelar, que le permite crecer en la medida que lo hace el mercado.<sup>42</sup> Para la doctora Lima, los cambios generados con la globalización han modificado los conceptos tradicionales del crimen, y la disminución de las barreras comerciales entre los países ha contribuido a configurar una nueva manera de delinquir; el gran problema frente a esta nueva cara del crimen es la dificultad de las autoridades para detectar estructuras móviles e intercambiables, esparcidas a través de los territorios de distintos países.

Mientras tanto, el peor daño lo sufren individuos que se encuentran en las condiciones más profundas de vulnerabilidad en las sociedades contemporáneas; no es coincidencia que la mayor parte de las víctimas sean mujeres y niñas en situación de pobreza. En Europa, por ejemplo, la mayoría de las víctimas continentales del delito son originarias de los países más pobres de la región, como Albania, Bulgaria y Estados en los que los habitantes se encontraron prácticamente aislados y pobres tras la caída del comunismo.<sup>43</sup>

Otro grupo afectado por la práctica de la trata de personas es el de los migrantes, en cuyo caso, al verse en la necesidad de salir de sus países de origen en busca de mejores condiciones de vida y trabajo, suelen caer como víctimas de este delito. Al respecto, se ha establecido que las limitaciones normativas del principio de igualdad jurídica pueden llegar a institucionalizar la exclusión, ya que para los migrantes, algunos de los derechos de los que gozan la mayor parte de los nacionales de un país determinado representan concesiones que nunca les serán atribuidas,<sup>44</sup> lo que puede aproximarse a las condiciones de muchos nacionales en condiciones de pobreza.

La práctica de la trata de personas no sólo implica un delito aberrante en sí mismo, es una actividad que nulifica la personalidad jurídica de las víctimas, suprime su voluntad y, por ende, su libertad; niega incluso su condición humana, al instrumen-

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>42</sup> María de la Luz Lima Malvido, "Víctimas de la delincuencia organizada, trata y tráfico ilícito de personas", *Revista Mexicana de Justicia*, México, 2002, p. 101.

<sup>43</sup> UNICEF, *Aprovecharse del abuso. Una investigación sobre la explotación sexual de nuestros niños y niñas*, Nueva York, UNICEF, 2001, p. 6.

<sup>44</sup> Ana Isabel Pérez Cepeda, *op. cit.*, nota 28, p. 312.

talizarla con objeto de conseguir ciertos fines materiales y económicos a costa de su dignidad, libertad, salud física y psicológica, y en ocasiones, de su vida.

A través de este delito puede apreciarse tanto la descomposición social de nuestras sociedades como la incapacidad de los Estados o, al menos, su falta de voluntad para enfrentar a las redes del delito que se encuentran tras su comisión.

Las consecuencias para las víctimas, en términos generales, pueden resumirse en la violación a sus derechos humanos, abusos físicos, sexuales y/o psicológicos, daños físicos o psicológicos prolongados o permanentes, dificultades para readaptarse a la sociedad, estigmatización<sup>45</sup> y hasta riesgo de muerte; por ello, los programas y legislaciones tendentes a combatirla no deben descuidar los mecanismos para proteger a las víctimas; más aún, deben comprometerse a fortalecerlos ampliamente.

#### **IV. Modelos legislativos en materia de trata de personas**

Un estudio académico sobre los modelos legislativos en materia de trata de personas, basado en los objetivos perseguidos por los Estados mediante la adopción de dichas medidas y en las consecuencias que éstos generan en las víctimas, establece la existencia de dos modelos predominantes en la materia.<sup>46</sup> El primero de ellos tiene como fin principal procesar a los responsables de la comisión del delito, y el segundo proteger a las víctimas. Para efectos de este trabajo los llamaremos modelos con perspectiva penal y con perspectiva de derechos humanos, respectivamente.

##### **1. Modelo con perspectiva penal**

Representado por las legislaciones de los Estados cuya prioridad es procesar a los criminales, este modelo condiciona la protección de las víctimas a su participación dentro de las averiguaciones policíacas o procedimientos penales, con objeto de obtener datos o pruebas que conduzcan al enjuiciamiento de los presuntos delinquentes.

Los defensores de este tipo de legislaciones consideran que el condicionar la asistencia debida a las víctimas las hará rendir un testimonio útil para la persecución

---

<sup>45</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *op. cit.*, nota 30, p. 27.

<sup>46</sup> Véase Diana Francesca Haynes, "Used, Abused, Arrested and Deported: Extending Immigration Benefits to Protect the Victims of Trafficking and to Secure the Prosecution of Traffickers", *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 2, Baltimore, mayo de 2004, pp. 221-272.

y sanción del delito. No obstante, Haynes considera que la imposición de condiciones puede dar lugar a actitudes amenazantes por parte de las autoridades, ante las que las víctimas preferirán no participar en las averiguaciones o juicios contra sus captores, lo que propiciaría perder la oportunidad de sancionar a los responsables del delito y otorgar a las víctimas los medios de asistencia que requieran.

Se menciona que este tipo de legislaciones no han dado los resultados esperados debido a que, en muchos casos, los cuerpos policíacos no detienen a los criminales, sino a las víctimas del delito, imputándoles conductas ilícitas como la violación a las leyes de inmigración, posesión de documentos falsos o prostitución, entre otras, con lo que sólo las someten a una doble victimización. Esto suele ocurrir cuando el objetivo de las autoridades es combatir la inmigración ilegal, o cuando no se comprometen a atacar las raíces de las conductas ilícitas. No obstante, se considera que las legislaciones de este modelo, desarrolladas y ejecutadas adecuadamente, podrían tener efectos disuasivos en la comisión del delito de trata de personas.

## ***2. Modelo con perspectiva de derechos humanos***

Las leyes de este modelo, por su parte, no condicionan la protección que se debe otorgar a las víctimas del delito, a cambio de que rindan algún tipo de testimonio; la protección comprende, por lo general, asistencia médica, psicológica y de servicio social; empleo temporal; servicios legales y lugares de alojamiento seguros mientras dure el proceso de los tratantes. Con la adopción de este tipo de disposiciones se pretende capturar, procesar y sancionar a los presuntos delincuentes y proveer a las víctimas del delito la asistencia que necesiten.

La ventaja de este tipo de legislaciones radica en la posibilidad de enjuiciar a los delincuentes y que las víctimas, a su vez, se liberen del ciclo de explotación a la que se encontraban sometidas, mediante la recuperación paulatina del control personal sobre sus vidas.<sup>47</sup> Sin embargo, se ha considerado que este modelo, a pesar de tener —en principio— una perspectiva de derechos humanos, no protege suficientemente a las víctimas extranjeras del delito, a quienes normalmente les condiciona el otorgamiento de facilidades migratorias para permanecer en el país, a cambio de que rindan su testimonio durante los procedimientos judiciales que tengan lugar, lo que paradójicamente podría vulnerar los derechos humanos de las víctimas del delito con nacionalidad extranjera.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 253.

### 3. Modelo mixto

Un modelo mixto en las legislaciones tendentes a combatir la trata de personas tendría que incluir como objetivos principales tanto la persecución y sanción de los delincuentes, como la protección de las víctimas sin condición —mejor dicho— sin discriminación de ninguna clase.

Las víctimas de trata de personas se enfrentan a situaciones tan traumáticas que se ha establecido la necesidad de otorgarles el tiempo suficiente para decidir sobre su colaboración en el proceso seguido a los criminales. Se considera que si una víctima no cuenta con suficiente tiempo y tranquilidad para reflexionar al respecto, lo más seguro es que no colabore en el procedimiento, obstruyendo con ello su acceso a medios de asistencia que le ayuden a recuperarse,<sup>48</sup> además de hacer más difícil el camino de las autoridades para hacer justicia.

Al respecto, cabe mencionar que la nueva legislación europea contra la trata de personas establece la necesidad de que los Estados contemplen en sus legislaciones internas, periodos de recuperación y reflexión para las víctimas, de cuando menos 30 días, para que puedan decidir tranquilamente sobre su participación en el proceso penal.<sup>49</sup>

Para Haynes, éste representaría al modelo ideal, constituido con los mejores aspectos de los dos anteriores, además de incluir soluciones migratorias, ya que —menciona— la falta de éstas lleva a las víctimas de trata de personas a temer la deportación y, por ende, facilita que permanezcan bajo condiciones de explotación; en cambio, si las personas contaran con la posibilidad de emigrar legalmente hacia otros países o de no ser enjuiciadas en los países de tránsito o destino en los que se encuentran, no verían en los tratantes su única posibilidad para emigrar;<sup>50</sup> en este sentido, el modelo mixto sería el verdadero representante de la protección de los derechos humanos de todas las víctimas.

Considera que la ausencia de facilidades migratorias para las víctimas menoscaba la efectividad de ambos sistemas, en la medida de que, por una parte, las personas abusadas por los tratantes suelen ser renuentes a buscar ayuda en los Estados donde se encuentran, ante el temor de ser arrestadas; y por otro, las leyes migratorias, generalmente restrictivas, contribuyen a incrementar la comisión del delito,

---

<sup>48</sup> Theodora Suter, "Experiencias nacionales en Europa y Asia", en Secretaría de Relaciones Exteriores, *Trata de seres humanos. Definición, experiencias mundiales y la cooperación internacional en el marco del protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, México, SRE, UNIFEM, PNUD, 2004, p. 68.

<sup>49</sup> Artículo 13 del Convenio Europeo contra la Trata de Seres Humanos.

<sup>50</sup> Dina Francesca Haynes, *op. cit.*, nota 46, p. 257.

pues los tratantes aprovechan dichas circunstancias, engañando a la gente y ofreciéndole trabajo en el exterior que nunca resulta ser lo prometido; una vez ahí, las víctimas no tienen muchas posibilidades de escapar, pues denunciar los hechos puede traer como consecuencia su detención y deportación.

La mayoría de las leyes protectoras de las víctimas les dan la posibilidad de ser repatriadas, sin embargo, la existencia de dicha figura no siempre significa una solución para ellas; en otras palabras, no representa una vía auténtica de protección ni es suficientemente adecuada. La repatriación puede generar que de vuelta a su país de origen las personas sean objeto de represalias por parte de los tratantes, e incluso nuevamente sometidas al delito, o que sean estigmatizadas o excluidas socialmente en sus comunidades. Por otra parte, deportar a una víctima de manera inmediata a su país de origen o residencia imposibilita contar con ella como testigo en el juicio contra el tratante.

Cuestiones como las descritas suceden también cuando en los países de tránsito o destino se otorgan a las víctimas permisos temporales de residencia, en caso de que testifiquen contra sus agresores, ya que dichos permisos no evitan que las personas sean explotadas nuevamente en el futuro. Por ello, Haynes considera que opciones como el asilo o la estadía en un tercer Estado representan mejores alternativas de vida para las víctimas del delito. De forma similar lo establece el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), al señalar que la repatriación debe ser segura y, en lo posible, voluntaria, además de que en caso de que existan riesgos en virtud de su adopción debe buscarse la posibilidad de otorgar la residencia en el país de destino o en un tercer Estado.<sup>51</sup>

Incluso, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha establecido que algunas mujeres víctimas de trata podrían ser consideradas como candidatas para solicitar el asilo en el Estado en que se encuentren, si se reúnen ciertas circunstancias.

La solución del hospedaje o estancia en un tercer Estado se ha contemplado últimamente, al vislumbrarse posibles riesgos para la víctima ante la repatriación, y cuando la opción de permanecer en el Estado en el que se encuentre también presente peligro para su vida en virtud de circunstancias similares o en caso de que en él no se cuente con programas para las víctimas de trata de personas; sin embargo, esta nueva solución apenas ha comenzado a utilizarse y para que opere de manera adecuada hace falta la voluntad y el compromiso de los gobiernos de los terce-

---

<sup>51</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, Doc. E/2002/68/Add.1, lineamiento 6, numeral 7.

ros Estados de colaborar desinteresadamente, así como la creación de programas internacionales en ese sentido.

#### **4. El modelo mexicano: propuestas para complementarlo**

Con la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus tres protocolos adicionales, específicamente del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños<sup>52</sup> en 2003, se derivaron las obligaciones del Gobierno mexicano de tipificar este delito e implementar un sistema de protección para las víctimas, así como adoptar políticas públicas preventivas al respecto.

En ese tiempo, a pesar de que el capítulo III, del Libro Segundo del Código Penal Federal (CPF), tenía por título “Lenocinio y Trata de Personas”, el delito no se encontraba tipificado. Fue hasta marzo de 2007, cuando se publicaron diversas reformas a algunos ordenamientos en materia de explotación sexual infantil, que se incluyó la tipificación de la trata de menores de 18 años de edad, de quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho o para resistirlo, y el de trata de personas mayores de edad en los artículos 205 y 207 del Código Penal Federal, respectivamente.

No obstante, ocho meses después se publicó la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas,<sup>53</sup> cuyo decreto de expedición derogó los tipos penales recién incluidos en el CPF y contempló otras reformas, con objeto de incluir en la fracción VI del artículo 2o., de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el delito de trata de personas. Asimismo, se reformó el inciso 13) de la fracción I, del artículo 189 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), para incluir a la trata de personas como delito grave.

Cuando el delito de trata de personas se adecue a los supuestos establecidos en la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, deberá ser investigado y perseguido conforme a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, por la Subprocuraduría Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) de la Procuraduría General de la República (PGR), no obstante, en caso de que no se actualice el supuesto de delincuencia organizada, la competencia se surtirá a favor de la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas<sup>54</sup> (FEVIMTRA).

---

<sup>52</sup> Los otros dos protocolos se refieren al tráfico de migrantes y al tráfico de armas.

<sup>53</sup> Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 27 de noviembre de 2007.

<sup>54</sup> Así lo establece el Acuerdo A/024/08, del Procurador General de la República, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de enero de 2008, en virtud de que un gran porcentaje de las víctimas de este delito son mujeres y niños.

Además de las especificaciones del delito, la Ley contempla aspectos relativos a la política del Estado en materia de trata de personas y los elementos fundamentales del sistema de protección y asistencia a las víctimas del delito, que en principio se caracteriza por ser un modelo con perspectiva de derechos humanos y protección a las víctimas del delito; sin embargo, las disposiciones de su reglamento limitan ampliamente esta última cuestión, sobre todo tratándose de las víctimas extranjeras.

Conforme al artículo 5o. de la Ley, el tipo penal de la trata es el siguiente:

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

Asimismo, establece que, cuando alguna de las conductas señaladas se realice en contra de menores de 18 años de edad, de quienes no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o para resistirlo, no se requerirá acreditar los medios comisivos, al igual que en el Protocolo internacional de la materia.

Se previene sancionar la tentativa de comisión del delito, e incluso sancionar a las personas morales, cuyos miembros o representantes cometan el delito de trata de personas por medio de instrumentos de la asociación en cuestión. Otro de los asuntos que se pretende lograr con esta Ley es que los sentenciados por el delito reparen los daños causados a las víctimas; entre ellos, los costos de los tratamientos médicos, de terapia y de rehabilitación física y ocupacional, así como los ingresos perdidos. Las penas contempladas por la legislación van de seis a 12 años de prisión y de nueve a 18 años, tratándose de víctimas menores de edad o de quienes no tengan capacidad para comprender los hechos, lo que no parece proporcional a la gravedad del delito.

La Ley contempla la creación de un Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, que estará encabezado por una Comisión Intersecretarial, integrada por los titulares de diversas Secretarías de Estado y otros de sus órganos del gobierno. No obstante, el Programa Nacional se encuentra aún en construcción.

El artículo segundo transitorio de la Ley dispone la elaboración del Reglamento, que emitido recientemente<sup>55</sup> establece en sus artículos también transitorios plazos de 60 días hábiles para publicar el reglamento interno de la Comisión Inter-

---

<sup>55</sup> Publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 17 de febrero de 2009.



secretarial,<sup>56</sup> y de un año a partir de su instalación para publicar el Programa Nacional, respectivamente.

El primer aspecto que llama la atención de este marco jurídico es el reducido ámbito de aplicación de la Ley, ya que conforme a su artículos 1o. y 3o. será aplicable en la persecución, investigación y sanción del delito, tratándose de víctimas extranjeras residentes en el territorio nacional, de víctimas extranjeras que sin ser residentes se trasladen al territorio del país y de las nacionales que se encuentren en el extranjero y sean sometidas a la trata de personas, en los casos que el delito: a) se inicie, prepare o cometa en el extranjero, siempre y cuando produzca o se pretenda que tenga efectos dentro del territorio nacional; b) se inicie, prepare o cometa en territorio nacional, siempre y cuando produzca o se pretenda que tenga efectos en el extranjero, y c) se cometa en territorio mexicano y se actualice alguno de los supuestos del artículo 50, fracción I, incisos b) a j), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.<sup>57</sup> Es importante señalar que la jurisdicción federal se actualiza sólo en casos de delincuencia organizada y en los previamente mencionados, de no ser así, conocerán del delito las autoridades de las entidades federativas donde se realice.

Esta particular aplicación de la Ley se deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo artículo 3.2 contempla los supuestos en los que se considera que un delito es transnacional; a saber, cuando se comete en más de un Estado; cuando se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro; cuando se comete en un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado, o cuando se comete en un Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro.

Como consecuencia de las disposiciones anteriores, la competencia para conocer de la comisión del delito de trata de personas se encuentra fraccionada; no siempre operará la competencia de las autoridades federales, por lo que cada uno de los Estados de la República podrá legislar en la materia, lo que sin lugar a dudas pondrá en riesgo el combate a un delito tan complejo como éste. En ese sentido, se ha señalado la necesidad de armonizar las definiciones legales y los procedimientos de acuerdo con los estándares nacionales;<sup>58</sup> el problema en este caso no lo representa

---

<sup>56</sup> La Comisión Intersecretarial fue recién instalada el 16 de julio de 2009.

<sup>57</sup> Los incisos señalados del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación hacen referencia a los delitos federales de los que conocen los jueces penales federales; sin embargo, señalan una lista de supuestos que no se relacionan con las disposiciones de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; algunos incisos se refieren a delitos cometidos en el extranjero contra funcionarios del Estado mexicano, o contra la Federación o un servicio público. Por lo tanto, sólo son aplicables los incisos f) y g), que se refieren a delitos cometidos por servidores públicos o en su contra, respectivamente.

<sup>58</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 51, cuarta directriz.

la falta de armonización de la legislación federal con la internacional, sino la de las legislaciones locales con la federal, ya que esto puede representar profundos obstáculos en la persecución y sanción del delito, así como graves carencias en la protección de las víctimas.

En cuanto a la política criminal del Estado en materia de prevención y sanción de la trata de personas, se establece que la Comisión Intersecretarial ya mencionada se encargará de elaborar y poner en marcha el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; desarrollar campañas de prevención, protección y atención en la materia; promover convenios de colaboración y coordinación para proteger a las víctimas del delito; recopilar los datos estadísticos sobre la incidencia del mismo, así como diseñar y llevar a la práctica un programa de repatriación para las víctimas, entre otras funciones.

Sin intención de desacreditar la importancia o eficacia de la política criminal contemplada, se considera que la anterior no es en definitiva una política criminal, pues está enfocada hacia áreas generales y no a ámbitos específicos de política social para la protección de los sectores más débiles de la sociedad, ni de seguridad pública y persecución del delito.

Entre las tareas a cubrir por parte de la Comisión Intersecretarial para la conformación del Programa Nacional, en cuanto al sistema de protección a las víctimas, se contempla proporcionarles orientación jurídica (incluida la migratoria), asistencia social, educativa y laboral; garantizarles asistencia material, médica y psicológica en todo momento; fomentar para ellas las oportunidades de empleo, educación y capacitación para el trabajo; desarrollar y ejecutar planes para construir albergues para su alojamiento, así como garantizar que su estancia en ellos sea voluntaria y puedan salir libremente; evitar que sean alojadas en centros preventivos penitenciarios y estaciones migratorias, y proporcionarles protección y seguridad para salvaguardar su integridad y la de sus familiares ante amenazas, agresiones, intimidaciones o venganzas de los responsables del delito.

Las autoridades federales deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección y asistencia a las víctimas, tomando en cuenta las recomendaciones de la Comisión Intersecretarial. Se contempla la elaboración de programas de asistencia inmediata, previos, durante y posteriores al proceso judicial en los que se incluya capacitación, orientación y ayuda para la búsqueda de empleo, sólo para las víctimas nacionales; tratándose de víctimas extranjeras, deberán otorgarles facilidades para permanecer en el país, sólo *mientras dure el proceso judicial* (artículo 18, fracción III).

Desde esta perspectiva, el sistema planteado en la Ley encuadraría en principio en el sistema de protección a las víctimas establecido por Haynes, dado que no condiciona su protección a la rendición de su testimonio dentro de un juicio, salvo

en el caso del otorgamiento de facilidades migratorias. Incluso el artículo 18 de la Ley indica que la protección a las víctimas, aparte de comprender lo previsto en el apartado B, del artículo 20 de la Constitución y de las disposiciones legales ya señaladas, debe proteger la identidad de la víctima y de su familia; brindarle información sobre sus derechos legales y el progreso de los trámites judiciales y administrativos, según proceda, y sobre los procedimientos para el retorno a su país de origen o para residir permanentemente en territorio mexicano.

No obstante, el Reglamento es completamente limitante al respecto; la fracción XV, de su artículo 2o., señala como víctimas a “los *sujetos pasivos*<sup>59</sup> de la conducta descrita en el delito de trata de personas, *en cualquier procedimiento penal*, incluyendo a aquellos que se encuentren en el exterior del país”. Por tanto, la consideración de sujeto pasivo o víctima del delito se encuentra limitada, o bien, condicionada a su participación en un procedimiento judicial; postulado inaceptable para el modelo de protección a las víctimas e incompatible con los derechos de las víctimas del delito, consagrados en el actual apartado C, del artículo 20 constitucional, pues de conformidad con ellos las víctimas deberán recibir atención médica y psicológica de urgencia y en ningún lugar se limita esta calidad.

Condicionado el otorgamiento de la calidad de víctima del delito de trata de personas y habiéndose mencionado que las facilidades migratorias en favor de las víctimas extranjeras para permanecer en el país se otorgarán, conforme a la fracción III del artículo 18, sólo mientras dure el proceso judicial, procede inferir que dichas facilidades se confieran solamente a quienes participen en el proceso penal respectivo y las víctimas que no cooperen en dichos procedimientos serán repatriadas.

No obstante, conforme a las directrices 1.6, 2.7, 4.6 y 6.7, de las Directrices y Principios Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, las víctimas no deben ser deportadas de manera sumaria ni repatriadas a su país de origen o residencia cuando haya motivos para concluir que la ejecución de dichos procedimientos constituyan un riesgo para su persona; es más, la repatriación debe ser voluntaria, pudiéndose estudiar alternativas jurídicas a ésta, en función de su seguridad, sin afectarse su derecho a solicitar asilo.

Si bien los artículos 38 y 40 del Reglamento aluden brevemente a la voluntad de las víctimas para ser repatriadas, las consideraciones se mencionan sólo en función de las víctimas que cooperan en los procedimientos penales, de lo que se desprende que su voluntad para ser repatriadas sólo se tomará en cuenta si cooperan con los procedimientos y si su voluntad es, en efecto, regresar a su país. No se contempla beneficio alterno alguno si las víctimas no desearan regresar a su país de origen o residencia; en ese caso no es relevante su voluntad. La figura de la repatria-

---

<sup>59</sup> Las cursivas son de quien escribe.

ción es considerada como un beneficio para las víctimas, cuando en ocasiones ésta puede representarles un riesgo mayor, como se mencionó en el apartado anterior.

Las directrices y principios señalados establecen que las legislaciones contra la trata de personas deberán comprender disposiciones para proteger a las víctimas cuando haya motivos razonables para concluir que su deportación o repatriación constituye un riesgo para su seguridad. Al respecto, el artículo 20 de la Ley señala que se deberá velar porque las víctimas tengan un retorno protegido a su país de origen o residencia. No obstante, el precepto es poco claro y no se alcanza a advertir si se refiere al proceso de retorno (el camino de regreso a su país) o al retorno mismo (la permanencia en su lugar de origen o residencia).

Lamentablemente, el Reglamento sólo contempla dicha protección tratándose de víctimas menores de edad o de quienes no tengan capacidad para comprender el significado de los hechos delictivos, dejando desamparadas, en ese sentido, a las víctimas adultas. Dicha protección consiste en sustituir el consentimiento para la repatriación por una investigación en la que se determine su probable revictimización derivada del regreso a su país; sin embargo, se omite mencionar el principio del interés superior del niño y aspectos fundamentales y específicos de la investigación señalada.

Por otra parte, la “política criminal” parece no estar completamente construida, es preciso tener presente que a pesar de que diversos Estados últimamente han firmado tratados de carácter internacional para erradicar el fenómeno, la trata de personas no está disminuyendo ni ha habido avances en su persecución como delito.<sup>60</sup> Los casos de trata de personas en los que intervienen mafias internacionales del crimen organizado son difíciles de ubicar, perseguir, detener y juzgar; ante los medios utilizados por las redes criminales, las autoridades y las normas nacionales son cada vez menos eficaces.

Debe tenerse en cuenta que dichas organizaciones llegan a operar también en complicidad con autoridades; en México, específicamente, se han publicitado diversos casos en los que se relaciona a distintos servidores públicos con este delito; incluso, la lucha contra la complicidad de funcionarios en la trata de personas ha sido una de las recomendaciones realizadas al país, por parte del Departamento de Estado de Estados Unidos.<sup>61</sup>

Aunque en principio la ley mexicana parece seguir los lineamientos del modelo que protege a las víctimas, el condicionamiento de otorgar esta calidad a quienes colaboren en los procedimientos penales correspondientes, establecida en el Re-

---

<sup>60</sup> Dina Francesca Haynes, *op. cit.*, nota 46, p. 227.

<sup>61</sup> Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, *Trafficking in Persons Report 2008*, p. 181, en <http://www.state.gov/documents/organization/105501.pdf>

glamento, imposibilita catalogarla dentro de esta clasificación. El aspecto persecutor contra los agentes delictivos tampoco se observa como una gran fortaleza del modelo nacional; hace falta tomar en cuenta, y en serio, algunas de las recomendaciones internacionales en las materias de protección a derechos humanos y trata de personas.

Del informe del relator especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, habría que considerar las sugerencias respecto de permitir las denuncias de los niños sin necesidad del consentimiento de los padres; crear una base única de datos sobre menores desaparecidos para evitar dificultades operativas generadas en torno a su búsqueda; implementar más programas de rehabilitación y reintegración social para evitar su revictimización; establecer un sistema de protección de testigos en casos de tráfico y trata de personas; otorgar más apoyo y recursos a la policía cibernética; implementar una línea gratuita a nivel nacional para informar y denunciar casos de tráfico de niños o su desaparición; ofrecer asistencia urgente a aquellos que hayan sido víctimas de explotación comercial o sexual, así como de reforzar las relaciones con la OIT y el Programa Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil (IPEC, por sus siglas en inglés).

También hay que considerar las apreciaciones de la relatora especial sobre derechos humanos de las víctimas de la trata de personas de la ONU, quien en su informe de 2007 sobre los matrimonios forzados advirtió de casos suscitados en territorio nacional, que han dado lugar a trata de personas con fines de explotación sexual y comercial: muchachas menores de 18 años de edad que han sido entregadas por sus familias para contraer matrimonio con hombres mayores y con más recursos económicos; mujeres que no tienen la edad legal para dar su consentimiento respecto del matrimonio, es suplido por el de sus padres o tutores.<sup>62</sup>

En este ámbito, la relatora advierte la necesidad de tipificar el matrimonio forzado en el contexto de la trata de personas y de adoptar leyes para fijar los 18 años como edad mínima para contraer matrimonio, además de someter a un control de antecedentes penales a todos aquellos hombres que soliciten visas para esposas extranjeras.<sup>63</sup>

Aunque en México por lo general la edad mínima para contraer matrimonio es la de los 18 años para hombres y mujeres, los códigos civiles suelen contemplar la posibilidad de otorgar una dispensa bajo ciertas circunstancias, cuando la mujer tenga 14 años y el hombre 16. Esta disposición ha sido siempre contemplada como una vía para resolver problemas y no para generarlos, por lo que modificarla podría

---

<sup>62</sup> Informe de la señora Sigma Huda, relatora especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *op. cit.*, nota 22, párrafo 35.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párrafo 62.

originar una fuerte polémica, y argumentos en contra de la libertad e incluso de los usos y costumbres podrían esgrimirse en su contra. No contamos con información o datos certeros respecto de la incidencia de trata de personas en casos de matrimonios entre niños o adolescentes, pero la venta de mujeres es una realidad en muchas partes del país y estas actividades generalmente desembocan en situaciones de servidumbre y explotación, lo cual debe ser suficiente razón para ejercer una mayor vigilancia en este ámbito.

México ha sido catalogado como país de importante origen, tránsito y destino de personas sujetas a la trata de seres humanos,<sup>64</sup> cuyo número de víctimas asciende aproximadamente a las veinte mil al año, por lo que es no sólo necesario sino urgente adoptar todas las medidas que tiendan a revertir esta tendencia y protejan a las víctimas. Entre estas medidas deben de incluirse las recomendaciones de los organismos internacionales y considerarse algunos cambios en la naciente legislación.

Un punto fundamental al respecto consiste en no limitar la calidad de víctimas del delito ni las facilidades migratorias a las víctimas extranjeras. Según los informes, a pesar de que en el 2008 se siguieron 24 indagatorias respecto del delito de la trata de personas, en ninguna de ellas llegó a emitirse una condena durante ese año, por lo que un sistema en el que no se condicione la calidad de las víctimas del delito a su testimonio dentro de un proceso, pero que otorgue mayores medidas de protección, posibilitará contar con víctimas más fuertes, mejor preparadas y dispuestas a declarar en los procedimientos judiciales; además de ayudarles a romper el ciclo del abuso que supone la trata de personas. Entre menos oportunidades se brinden a las víctimas, mayor será el grado de impunidad del delito.

Por último, no obstante las medidas contempladas en la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas y en su Reglamento, no deben olvidarse las causas más profundas que propician este fenómeno criminal, independientemente del crecimiento de la delincuencia organizada transnacional y el reconocimiento de la globalización, que son la desigualdad y la pobreza. En la medida en que estos factores permanezcan en su estado actual crearemos cada día más víctimas de este terrible flagelo. No basta con tipificar delitos e instaurar políticas criminales, hace falta también un compromiso mucho mayor para generar mejores condiciones de vida y oportunidades iguales para todos.

---

<sup>64</sup> Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, *op. cit.*, nota 54, p. 180.

## V. Bibliografía

- CASILLAS, Rodolfo, *La trata de mujeres, adolescentes, niñas y niños en México. Un estudio exploratorio en Tapachula, Chiapas*. México, Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos, Organización Internacional para las Migraciones, Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto Nacional de Migración, 2006.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Memoria del Seminario La infancia en situación de explotación: la negación de sus derechos*. México, CNDH, 2005.
- MARINA, José Antonio y María del Carmen Válgoma, *La lucha por la dignidad*. Barcelona, Anagrama, 2000.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Trata de personas. Aspectos básicos*. México, OIM, OEA, United States Agency for International Development, INM, Segob, 2006.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Formas contemporáneas de esclavitud*. Campaña Mundial Pro Derechos Humanos, folleto informativo núm. 14.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada, Editorial Comares, 2004.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Trata de seres humanos. Definición, experiencias mundiales y la cooperación internacional en el marco del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. México, SRE, UNIFEM, PNUD, 2004.
- UNICEF, *Aprovecharse del abuso. Una investigación sobre la explotación sexual de nuestros niños y niñas*. Nueva York, UNICEF, 2001.
- WERNER, Klaus y Hans Weiss, *El libro negro de las marcas. El lado oscuro de las empresas globales*. México, Random House Mondadori, 2007.

### Hemerografía

- HAYNES, Dina Francesca, "Used, Abused, Arrested and Deported: Extending Immigration Benefits to Protect the Victims of Trafficking and to Secure the Prosecution of Traffickers", *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 2, Baltimore, mayo de 2004, pp. 221-272.
- LIMA, María de la Luz, "Víctimas de la delincuencia organizada, trata y tráfico de personas", *Revista Mexicana de Justicia*, sexta época, núm. 4, México, 2002, pp. 99-141.
- QUIRK, Joel, "The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary", *Human Rights Quarterly*, vol. 28, núm. 3, Baltimore, agosto de 2006, pp. 566-598.

### Informes

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, Doc. E/2002/68/Add.1.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *Trafficking in Persons Report 2008*, en <http://www.state.gov/documents/organization/105501.pdf>

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *Trafficking in Persons Report 2009*, en <http://www.state.gov/documents/organization/123357.pdf>

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.

Informe de la señora Sigma Huda, relatora especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *El matrimonio forzado en el contexto de la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Doc. A/HRC/4/23, 24 de enero de 2007.

Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los Casos de Secuestro en contra de Migrantes, en <http://www.cndh.org.mx/INFORMES/Especiales/infEspSecMigra.pdf>

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Global Report on Trafficking in Persons*, febrero 2009, en [http://www.unodc.org/documents/Global\\_Report\\_on\\_TIP.pdf](http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf)

### Notas periodísticas

CASTRO, Tony y Harrison Shepard, "Prospera la esclavitud en EU", *Excélsior*, domingo 23 de marzo de 2008.

MÉNDEZ, Alfredo, "La trata de personas, entre los delitos más rentables, documentan expertos", *La Jornada*, viernes 8 de junio de 2007.

ROCHA, Carolina, "Con aroma a esclavitud", *El Universal*, martes 19 de febrero de 2008.

VERA, Rodrigo, "La prostitución globalizada", *Proceso*, núm. 1647, México, 25 de mayo de 2008, pp. 6-11.



*Legislación nacional e internacional*

Acuerdo A/024/08, del Procurador General de la República.

Código Civil Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

Convenio Europeo contra la Trata de Seres Humanos.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

Recomendación 1/2009, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Reglamento de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

*Páginas electrónicas*

Organización Internacional del Trabajo, El trabajo infantil – Un obstáculo para la educación, en <http://www.ilo.org/ippec/Campaignadvocacy/WDAACL/2008/lang--es/index.htm>



## La ponderación entre el derecho a la vida y la libertad de la mujer

Alfredo Islas Colín\*

**RESUMEN:** En el presente artículo se expone a la luz del método de la ponderación de Robert Alexy el balance que se utiliza entre diversos derechos, como el derecho a la vida y la libertad de la mujer. Esto se hace mediante el estudio de los casos de aborto en las resoluciones jurisdiccionales en tres tradiciones jurídicas. Se comienza por los criterios sostenidos desde el Derecho Romano, pasando a través de los dos principales modelos interpretativos. Por una parte, por el caso *Roe versus Wade* dictado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica; y, por otra parte, por la resolución del Tribunal Constitucional alemán respecto de la constitucionalidad de la reforma al Código Penal en relación con el aborto. Se elabora sobre esta base un análisis de las resoluciones jurisdiccionales de otros tribunales nacionales e internacionales sobre este equilibrio.

**ABSTRACT:** *This article presents, based on Robert Alexy's ponderation method, the balance that is used between different rights, such as the right to life and women's rights. This is done through the study of jurisdictional resolutions in three legal traditions. It begins by presenting the criteria upheld since Roman Law, passing through the two main interpretative models. These are represented by two cases, *Roe vs. Wade*, a ruling passed by the Supreme Court of the United States, and by the resolution of the German Constitutional Court as to the constitutionality of the reform of the Penal Code regarding abortion. From this starting point the jurisdictional resolutions and sentences of other national and international courts are analyzed in light of this balance.*

**SUMARIO:** Introducción. Parte I. Criterios jurisprudenciales sobre el aborto. 1. El aborto en la tradición jurídica romano canónica de Europa. 2. En la tradición jurídica angloamericana. 3. En la tradición jurídica latinoamericana. Parte II. Resoluciones de tribunales y comisiones internacionales. 1. La Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos. 2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

---

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

## Introducción

El debate sobre el aborto inició desde hace muchos años, y como consecuencia las posiciones sobre su permisión o prohibición se fueron desarrollando. En diversas tradiciones jurídicas se fueron resolviendo, por ejemplo, adelante veremos cómo fue resuelto por diversas autoridades, ya sea mediante reformas legales o con resoluciones de tribunales que interpretan la Constitución Política. En este caso, los jueces muchas veces evaluaron mediante el método de la ponderación diversos derechos, como el derecho a la vida y la libertad de la mujer. A continuación se observan dichas ponderaciones.

En el presente artículo se pretende conocer los argumentos esgrimidos por dichos tribunales y las diversas disposiciones sobre el tema. Por lo que proponemos un estudio del aborto en tres tradiciones jurídicas.

En la primera parte, numeral 1, se estudia la tradición jurídica romano canónica de Europa, de manera aunque sea breve, el tratamiento del aborto en el derecho romano y después se analizan, en la época actual, los criterios jurisdiccionales de Alemania, Francia y España. A continuación, en el numeral 2, se estudian los criterios jurisdiccionales la tradición jurídica angloamericana. En dicha sección se aborda el tratamiento del aborto en el Reino Unido y en los Estados Unidos de Norteamérica. En la última sección, numeral 3, se analiza la tradición jurídica latinoamericana, de manera breve, también se estudia la tradición jurídica en el derecho azteca, y de manera específica el aborto en Colombia y Argentina. En la Parte II, exponemos los criterios emitidos por tribunales u organismos internacionales sobre el tema del aborto: de Europa en el numeral 1; de América Latina, en el numeral 2.

Todo ello para conocer a la luz del método de la ponderación de Robert Alexy<sup>1</sup> los criterios emitidos sobre el tema. En este sentido, el profesor Alexy afirma que la protección de los derechos fundamentales debe tomar en consideración el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación, señala el profesor Alexy, también conocida como “principio de proporcionalidad” tiene tres subprincipios que permitirán llegar a la optimización en las resoluciones: 1) balanceo; 2) necesidad, y 3) proporcionalidad. Entre mejor se cumplan dichos subprincipios se podrá dictar resoluciones racionales y con menor subjetivismo. La llamada “ley de la ponderación” balancea entre los grados de insatisfacción o detrimento del derecho; la importancia de satisfacción del principio opuesto; y si la importancia de satisfacción del segundo principio justifica el detrimento o insatisfacción del primer principio.

---

<sup>1</sup> Robert Alexy, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, IIJ, 2006, pp. 1-18.

En este sentido, afirma Robert de Alexy, qué es importante tomar en consideración la “fórmula del peso”, la cual permite medir las interferencias graves, moderadas y leves para poder adecuadamente balancear en uno u otro sentido. La interferencia puede ser leve, moderada o grave con lo que permite decidir de manera racional y objetiva frente a la colisión de principios mediante el balanceo.

Al final el lector podrá observar en las conclusiones las diversas posturas de “balanceo” de manera comparada utilizadas por los tribunales constitucionales e internacionales sobre el tema del aborto.

## **Parte I. Criterios jurisprudenciales sobre el aborto**

A continuación se exponen la legislación y los criterios jurisdiccionales de tres tradiciones jurídicas sobre el aborto: la tradición jurídica romano canónica de Europa; la tradición jurídica angloamericana; y, la tradición jurídica latinoamericana. En la primera tradición jurídica, se seleccionaron las resoluciones jurisdiccionales de Alemania, Francia y España. En la segunda tradición jurídica, exponemos las sentencias de los tribunales del Reino Unido y de los Estados Unidos de Norteamérica. En la tercera, la tradición jurídica latinoamericana, se analizan las sentencias de los tribunales supremos de Colombia y Argentina.

### **1. El aborto en la tradición jurídica romano canónica de Europa**

La primer familia del derecho contemporáneo es la familia romano canónica. Los antecedentes se encuentran en Roma. Para poder valorar la importancia del derecho romano debemos citar a uno de los comparatistas más sobresalientes del mundo, René David, quien dice: “La mayor aportación del mundo romano a las ciencias sociales es el Derecho”. Asimismo, señala el profesor René David, que el derecho romano es la continuidad del derecho actual, no es una copia pero sí tiene su fundamento en el derecho romano. La difusión del derecho romano se realiza, en principio, por la colonización y por la importancia de la recepción de la técnica jurídica de la codificación, adoptada por los romanistas en el siglo XIX. Esta tradición jurídica se formó en Europa continental y se expandió a diversas partes del mundo, a toda América Latina, a una amplia parte de África, a los Países del Próximo Oriente, a Japón e Indonesia.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> René David y Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 25 y ss.

Los periodos de desarrollo de influencia del derecho romano son los siguientes:<sup>3</sup> el llamado periodo del derecho arcaico, el cual se desarrolla desde los orígenes de Roma hasta el siglo III a. de C.; a continuación, el llamado periodo del derecho republicano que inicia a partir de la segunda guerra púnica (218-201 a. de C.) que da principio a la expansión de Roma en la cuenca mediterránea, en dicho periodo el derecho romano va enriqueciéndose y renovándose; después, el periodo del derecho clásico, que se extiende desde el final de la República y los albores del principado de Augusto hasta la época de Diocleciano, finales del siglo III d. de C.; luego, el periodo del derecho justiniano, el cual dura hasta la muerte de Justiniano, año 565 d. de C.; finalmente, se dio la llamada “recepción del derecho romano” en los siglos siguientes:

- a) En el siglo XI en el año 1050 se presenta el descubrimiento en Pisa de un manuscrito del Digesto llamado hoy Littera Florentina;
- b) En los siglos XI-XII, entre los años 1055-1130 Irnerio es el fundador de la Escuela de los Glosadores (Azón, Acursio, etcétera);
- c) En el siglo XIII, por el año 1227 se elabora la Glosa ordinaria de Acursio; posiblemente en el año 1265 las Partidas de Alfonso X el Sabio;
- d) En el siglo XIV por los años 1314-1357 inician Bártolo de Sassoferrato como Posglosadores o Comentaristas;
- e) En siglo XVI, en los años 1522-1590 Jacques Cuyas, el denominado Cujacius creo el Humanismo jurídico;
- f) En el siglo XVIII aparece en 1794 el Código civil para los Estados prusos (ALR.: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten);
- g) En el siglo XIX, en 1804 aparece bajo la influencia muy grande del derecho romano, el *Code civil des Français*, llamado Code de Napoleón desde 1807. Es importante resaltar todos nuestros jurisconsultos, a través de la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros del XX, tuvieron como fuente de conocimiento tanto para la aplicación del derecho como para la confección de las leyes, a los tratadistas franceses, quienes en un gran número, se ocuparon de comentar y explicar el Código de Napoleón, el que, se inspira en su mayor parte en la legislación romana; en 1811 se promulga el Código austriaco (ABGB: *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*); en 1840 aparece la obra extraordinaria de Savigny denominada *Sistema del derecho romano actual* (Sys-

---

<sup>3</sup> Álvaro D’Ors, *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pamplona, Eunsa, 2004, pp. 31-46; Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (desde los orígenes hasta la Alta Edad Media)*, 13a. ed., México, Porrúa, 1981, pp. 51-57, y Alfredo Islas Colín, “Importancia del derecho romano en la época actual”, en *Amicus Curiae*, año 1, núm. 4, artículo 25, México, Facultad de Derecho de la UNAM, SUA, marzo de 2009.

*tem des heutigen Römischen Rechts*); en 1851 se publica el Proyecto de Código civil español de García Goyena; en 1867 se promulga el Código civil portugués; en el año 1889 se expide el Código civil español.

- h) En el siglo XX, después de un periodo muy amplio de resistencia, publican en 1900 el Código civil alemán (BGB.: *Bürgerliches Gesetzbuch*); en 1912 el Código civil suizo (*Zivilgesetzbuch*); en 1942 el nuevo Código civil italiano; en 1992 el nuevo Código civil holandés (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*), promulgado parcialmente desde 1970. En el siglo XXI se da a conocer, en 2004, el Proyecto de Constitución de la Unión Europea, en el cual, el derecho romano es la base cultural de la Europa comunitaria y su común denominador para la unificación de los derechos europeos.
- i) En Iberoamérica es importante resaltar que el derecho romano renace mediante los estudios y tratados de los glosadores y posglosadores, primero en España se hizo sentir también esta nueva influencia y como demostración de ella se expidieron las famosas leyes conocidas como las Siete Partidas, cuerpo legal eminentemente romanista. Las Siete Partidas dejaron sentir la influencia del derecho romano no sólo en la jurisprudencia, sino en la confección de nuevas leyes, como la Nueva y Novísima Recopilación. Algunos preceptos que aparecen en las Leyes de Indias acusan también la inspiración del origen romano.
- j) En México, después de la Independencia se siguieron aplicando las leyes españolas y las Siete Partidas mismas, que fueron el texto principal de las leyes en vigor, hasta la promulgación del Código Civil de 1870. La influencia del derecho romano en la legislación mexicana a través de la francesa, debe tenerse en cuenta que el Código Civil francés o Código de Napoleón, fue el modelo de todas las codificaciones del derecho civil a través del siglo XIX y que nuestro Código de 1870 no fue una excepción. El Código de Napoleón, aun cuando tuvo por origen diversas fuentes tales como las costumbres francesas, las ordenanzas reales de donde fueron tomados todos los preceptos que el citado código encierra, son netamente romanas. Nuestro Código civil de 1884 siguió los mismos lineamientos que el anterior, inspirado en fuentes romanas, y el Código Civil vigente, a pesar de las diversas modificaciones introducidas a los que le precedieron, predomina en él el derecho romano. El primer Estado de la República Mexicana que promulgó un Código Civil, fue el Estado de Oaxaca en 1826.

La influencia del derecho romano en el derecho actual es tan importante, como se expuso de manera muy breve en los párrafos anteriores, pero hay que distinguir y analizar, las instituciones romanas y las relaciones entre el *nasciturus* y el *natus*. El

primero, el *nasciturus*, se refiere al “que ha de nacer; aplicase al ser humano por nacer”, esto es, al concebido; el segundo, el *natus* es el “nacido; el ser humano ya nacido”.<sup>4</sup>

Existen opiniones encontradas respecto de la titularidad de derechos del *nasciturus* y del *natus*. Las interpretaciones son las dos siguientes sobre los derechos del concebido:

1) Por una parte, se sabe que en Roma para que el hombre fuera considerado como que existente y capaz de derechos, era preciso que estuviera totalmente separado del claustro materno, en el mismo sentido, el embrión no es considerado todavía ser humano, sino parte de la entraña materna;<sup>5</sup> y que el que nace no sea un aborto.<sup>6</sup> El tiempo mínimo para el parto perfecto es desde los seis meses cumplidos.<sup>7</sup>

En los mismos términos, afirma el profesor Pietro Bonfante, que el verdadero principio es el siguiente: el concebido no es actualmente persona; siendo, empero, siempre una persona eventual, *in fieri*, se le reservan y se le tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido, y además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento. Pablo, dice: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*.<sup>8</sup> Se afirma, que “el que está por nacer no es ser humano”, por la misma razón que no puede actualmente adquirir a quien pudiese conseguirlos por su nacimiento. Si su existencia lo hiciese sujeto a un tutor, no se procede al nombramiento de éste hasta que el que está para nacer no venga a la luz.

En cuanto a la reserva de los derechos que le serían transmitidos, desde el momento de la concepción, esto tiene importancia sobre todo, para las sucesiones a causa de muerte, las cuáles son suspendidas, nombrando mientras tanto para tutelar los intereses del que está por nacer, un curador.

Las siguientes locuciones latinas jurídicas nos ilustran sobre este tipo de interpretación de las fuentes romanas. Dos interpretaciones respecto de los derechos del concebido:

---

<sup>4</sup> José Luis Soberanes, Florence Lézé y Alfredo Islas Colín, *Locuciones latinas jurídicas*, México, Porrúa, 2008, 160 pp.

<sup>5</sup> Papiniano, L.9,&1 D. Ad leg. Falc, 35, 2; *Partus nondum editus homo non recte fuiste dicitur*; y Ulpiano, más enérgicamente, L. 1,& 1 D. De insp. V 25, 4: *Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*. En Pietro Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, 1925, pp. 38-39, y Rudolph Sohm, *Instituciones de derecho privado romano, historia y sistema*, edición facsimilar, México, 2006, pp. 90-91.

<sup>6</sup> Paulus, Rec Sent. 4,9,6. Bonfante, *ibidem*.

<sup>7</sup> Bonfante, *ibidem*.

<sup>8</sup> L. 7 D. De st. Hom. 1,5. Cf. también L. 231 D. De v. s. 50. 16.



a) Se condicionan los derechos:

<i>Partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum</i> <sup>9</sup>	Antes del parto, el feto es una parte de la mujer o de las vísceras
<i>Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur</i> <sup>10</sup>	No se llama hombre elevado al que todavía no ha nacido
<i>Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur</i> <sup>11</sup>	Los que nacen muertos, no se consideran ni nacidos, ni procreados

2) Por otra parte, señala el mismo profesor Bonfante, que en algunos pasajes de nuestras fuentes legales parece que los concebidos son plenamente puestos a la par con los nacidos. Juliano, dice: *Qui in sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*, y conforme a esto suena un proverbio vulgar: *Conceptus o nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodo ejus agitur*.<sup>12</sup> Asimismo, se afirma que el *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, esto es, que el hijo simplemente concebido está considerado nacido todas las veces que eso le puede traer ventaja.<sup>13</sup>

Las siguientes locuciones latinas jurídicas nos ilustran sobre este tipo de interpretación de las fuentes romanas:

b) Derechos del concebido

<i>Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset, cusditur, quotiens de commodis ipsius partus quaritur, quamquam alli, antequam nascatur nequaquam prosit</i> . <sup>14</sup>	Quien está en el útero se considera como si fuese humano, todas las veces que sea en provecho del feto mismo; y de ninguna manera se puede beneficiar a otro, antes de que nazca
<i>Missio in possessionem ventris nomine</i> . <sup>15</sup>	Envío (misión) en posesión en nombre del ser que está en el vientre

<sup>9</sup> I.1 & 1 D. de insp. Vent. (25, 4) (Ulpiano). Antes del parto, el feto es aún parte de la mujer o de las vísceras.

<sup>10</sup> Papiniano, L. 9, & 1 D. Ad leg. Falc. 35, 2; no se llama hombre elevado al que todavía no ha nacido.

<sup>11</sup> Pablo, L. 129 D. de v. s. 50, 16; los que nacen muertos no se consideran ni nacidos ni procreados.

<sup>12</sup> El que ha de nacer se considera como ya nacido, cuando se trata de su beneficio.

<sup>13</sup> José Luis Soberanes, Florence Lézé y Alfredo Islas Colín, *Locuciones latinas jurídicas, op. cit.*

<sup>14</sup> 1. 7 D. de statu hom. (1, 5) (Paulo): Quien está en el útero se considera como si fuese humano, todas las veces que sea en provecho del feto mismo; y de ninguna manera se puede beneficiar a otro, antes de que nazca.

<sup>15</sup> Envío (misión) en posesión en nombre del ser que está en el vientre.

<i>Qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.</i> <sup>16</sup>	Los que están en el útero son considerados “existentes”, por casi todas las leyes civiles
<i>Conceptus o nasciturus pro iam nato habetur.</i> <sup>17</sup>	El que ha de nacer se considera como ya nacido

Se considera, que el ser humano lo es desde la concepción, en lo concerniente a la capacidad jurídica del que está por nacer, si la madre, después de la concepción, pero antes del parto, pierde la libertad o la ciudadanía, el hijo, a pesar de esto, viene a luz libre y ciudadano.<sup>18</sup> Además, los privilegios derivados del orden senatorial, pasan intactos al hijo, aunque el padre los haya perdido antes de su nacimiento, siempre y cuando los conserve todavía durante el periodo de la concepción.<sup>19</sup>

Una vez expuesta la influencia del derecho romano en el derecho actual, procederemos al análisis de criterios jurisprudenciales de algunos países europeos: primero, del Tribunal Constitucional alemán; luego, del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado de Francia, y, finalmente, del Tribunal Constitucional español.

#### A. Las sentencias del Tribunal Constitucional alemán respecto del aborto. Criterios jurisdiccionales

El Tribunal Constitucional alemán resolvió en la sentencia del 25 de febrero de 1975 lo que a continuación exponemos sobre el aborto.<sup>20</sup> Asimismo, presentamos aspectos generales posteriores a la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional citado.<sup>21</sup>

Es importante resaltar que analizaremos las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional que se consideran relevantes para el tema del aborto:

<sup>16</sup> L. 26 D. De st. Hom. 1,5. Los que están en el útero son considerados “existentes”, por casi todas las leyes civiles.

<sup>17</sup> El que ha de nacer se considera como ya nacido.

<sup>18</sup> L. 18; L. 26 D. De st. Hom. 1,5.

<sup>19</sup> L. 7, & 1 D. De sen. 1,9.

<sup>20</sup> Donalld Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1989, pp. 347-363; Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*. París, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 745-757, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*. Document d'études, núm. 1.15, Francia, 34-36.

<sup>21</sup> Anónimo (15/04/08), “Situación legal del aborto en el mundo”. Reproductive Rights. Disponible en: [http://www.reproductiverights.org/esp\\_pub\\_fac\\_legal.html](http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac_legal.html); Óscar Garate (13/04/08), “Dos leyes sobre aborto”, *El Siglo de Torreón*. Disponible en: [http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/272726\\_alemania-sin-unificacion-dos-leyes-sobre-el-a.html](http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/272726_alemania-sin-unificacion-dos-leyes-sobre-el-a.html), y las direcciones de internet siguientes: [www.reproductiverights.org/esp\\_pub\\_fac](http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac); [www.germany.info/relaunch/info](http://www.germany.info/relaunch/info); [www.alemaniaparatip.diplo.de/...](http://www.alemaniaparatip.diplo.de/)

a. El Tribunal Constitucional alemán dictó la sentencia del 25 de febrero de 1975

El caso que se comenta fue convocado por varios legisladores y gobernadores de los Länder. La sentencia declaró que es inconstitucional la ley que suprime la sanción penal por aborto durante las 12 primeras semanas, por ser contraria al artículo 2, párrafo segundo, de la Ley Fundamental que consagra el derecho a la vida por lo que como consecuencia, anula la citada ley.

La presente sentencia tiene la originalidad siguiente: de ser la única de Occidente de haber declarado la inconstitucionalidad de la ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo y de haberle señalado al legislador qué debe hacer. El artículo que se declara inconstitucional es el *inciso a) del artículo 218 de la Quinta Ley para la reforma del Código Penal*, bajo los siguientes argumentos:

1. El artículo 2 de la Carta Fundamental alemana, protege no solamente la vida humana de los ya nacidos o de aquellos no nacidos, que sean viables, y con posibilidad de lograr la independencia respecto de la madre.
2. La Constitución protege a “todos” a “cada uno”, por lo que no es posible hacer distinción entre las diferentes etapas de gestación o entre la vida prenatal y la posnatal. La protección es igual en cualquiera de todas estas variantes.
3. El Estado tiene la obligación de proteger toda forma o etapa de la vida humana, pues ésta es la base vital de la dignidad humana y el prerrequisito de todos los derechos fundamentales.
4. Esta obligación del Estado, de protección de la vida en desarrollo existente, es inclusive, a pesar de la voluntad de la madre.
5. Los derechos de la mujer no son derechos absolutos, no es posible que se permita afectar la esfera de un tercero o peor aún, que se destruya la vida de ese tercero.
6. El Tribunal Constitucional utiliza una ponderación entre los derechos de la mujer, por una parte; del feto, por otra parte; el centro del sistema constitucional, es la dignidad humana. Por lo que se consideran constitucionales las disposiciones citadas, sobre la base del mismo criterio de ponderación; solamente se permite el aborto en supuestos médicos, eugenésicos, por violación o incesto y por situaciones sociales extremas para la madre.
7. Se declaró inconstitucional la citada disposición penal, porque no establecía una distinción clara entre abortos válidos de los inválidos.
8. El objetivo de la consulta médica previa al aborto tenía como finalidad informar a la mujer sobre el aborto y no disuadir a la mujer de optar por el procedimiento del aborto.

Es necesario señalar que, por una parte, el Código Penal de Alemania, artículo 218, señala que el “aborto inducido” es ilegal, sin embargo, existen excepciones:

1. El caso cuando la mujer embarazada solicita el aborto, y cuando pueda demostrar que acudió a un centro de orientación en caso de embarazos conflictivos “Schwangerschaftskonfliktberatung”. Estos centros son de organizaciones civiles (seglares o religiosas), reconocidas en cuanto a su seriedad por los ministerios de Asuntos Sociales de cada Estado confederado.

La consulta en los centros comprende, entre otros asuntos, los aspectos jurídicos, los emocionales y los planes de vida de la pareja, que conllevan la paternidad o el aborto. También se informa en los centros acerca de las prestaciones sociales que se ofrecen tanto a las familias como a las madres solteras. Además aclaran cómo se haría una intervención abortiva por los procedimientos quirúrgicos o químicos, y cuánto costaría y cómo se podría financiar la intervención. La constancia que documenta la participación en una consulta de orientación, resulta que el aborto inducido se considera legal, siempre y cuando se practique dentro de las primeras 12 semanas de embarazo —contadas a partir del primer día de la última menstruación.

2. El caso cuando el embarazo es consecuencia de violencia sexual contra la mujer (también en estos casos el aborto sólo es legal durante las primeras 12 semanas de embarazo).
3. El caso cuando sólo por medio del aborto es posible salvar la vida o la salud física o mental de la embarazada. En estos casos no se estipulan plazos para la intervención.

Por otra parte, en sentido opuesto, el artículo 159 del Código Penal de la RDA (República Democrática Alemana), que legalizó el aborto, fue rápidamente utilizado como una eficaz arma de batalla por las mujeres de la RFA (República Federal de Alemania). “Mi vientre me pertenece”, fue el lema que comenzó a sonar en la Alemania capitalista donde las mujeres, que estaban obligadas a abortar en forma clandestina, exigieron la abolición del “odiado” artículo 218.

Por un lado tenemos que en el texto se dice defendiendo al feto que “Todos tenemos derecho a la vida y ese derecho es inviolable para cualquier persona”.

El doctor Albin Eser, director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional,<sup>22</sup> señala que la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto de 1973, fue de mucha importancia, lo cual expone en los términos siguientes:

---

<sup>22</sup> Albin Eser, “Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán. Evolución y primeras experiencias”, en José Luis de la Cuesta *et al.*, eds., *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*:

## El veto del Tribunal Constitucional

Sin embargo, los demócrata-cristianos recurrieron —con éxito 26— ante el Tribunal Constitucional antes de que la ley pudiera entrar en vigor, alegando que la autorización de la interrupción del embarazo durante los tres primeros meses del mismo era incompatible con el derecho a la vida del feto garantizado en la Constitución.

A diferencia de lo sucedido en Austria y Estados Unidos, donde los correspondientes tribunales vigías de la Constitución resolvieron primero, que no se podía inferir ninguna garantía para la vida en gestación y segundo que el “*right of privacy*” de la embarazada tenía de todos modos un rango preferente durante la fase inicial del embarazo; en opinión del Tribunal Constitucional alemán, la vida del feto está protegida por la Constitución. En efecto, ésta establece que “todos” tienen derecho a la vida y en ese “todos” también está incluido el feto”. El deber protector del Estado, resultado de este criterio, no sólo impide cualquier intromisión estatal directa, sino que obliga también al Estado a proteger y a alentar esa vida, incluso frente a la madre.

Según el criterio del Tribunal, la protección de la vida del feto goza por principio, de un rango superior al derecho de autodeterminación de la embarazada durante todo el periodo de gestación. Por todo ello, la desaprobación de la interrupción del embarazo debe estar claramente expresada en el ordenamiento jurídico. Si bien debe admitirse, que el legislador pueda manifestar su desaprobación de la interrupción del embarazo por una vía distinta que la de la amenaza penal. Lo determinante debería ser sin embargo, que a través de la totalidad de las normas jurídicas pertinentes, la vida en gestación encuentre la protección que le es debida.

A juicio del Tribunal, el “modelo de plazos” recogido por la ley es insuficiente para cumplir con el deber de protección estatal, pues al admitirse la impunidad general de la interrupción del embarazo durante las primeras 12 semanas, falta la reprobación jurídica que la Constitución exige, sin que esta supresión de la protección penal se encuentre convenientemente compensada por disposiciones de otra naturaleza. Por ello, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de la regulación de los plazos —aunque con una escasa mayoría de cinco contra tres votos— en la medida en “que ésta también excluye de la punibilidad a la interrupción del embarazo, cuando no existan motivos que correspondan al orden de valores de la Ley Fundamental”. Bajo esta formulación poco precisa, subyace la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias existentes, la vida en gestación sólo resultaría adecuadamente protegida siguiendo un “modelo de indicaciones”.

Con todo, el Tribunal manifestó al mismo tiempo, que más allá de la indicación médica, una interrupción del embarazo también puede ser justificada basándose en “otra situación general de necesidad”, quedando con ello abierta la puerta también para una “indicación social”.

---

libro homenaje al profesor Antonio Beristáin, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 719–739.

Este sistema legal ha colocado a la Iglesia ante lo que los propios obispos califican de “dilema”. Los 264 consultorios de la Iglesia (en Alemania existen 1,685) pretenden ayudar a las mujeres embarazadas en el sentido positivo de defensa de la vida naciente. Pero aunque el certificado sólo testifica que se ha llevado a cabo la consulta, es también la condición necesaria para realizar el aborto. Hay que tener en cuenta que, por el mero hecho de acudir a la consulta, la mujer adquiere el derecho a recibir el certificado, sin que esté obligada a cooperar en el coloquio. También puede conservar el anonimato, si lo desea. Sólo en Baviera se ha hecho una ley —con gran polémica— que exige a la mujer manifestar las razones que aduce para abortar.

La Iglesia católica, al igual que la evangélica, admitió colaborar en este sistema, pero pronto empezaron las protestas de católicos que consideraban el certificado como una “licencia para matar”. Por presiones de políticos democristianos y de los mismos consultorios, de hecho sólo el arzobispo de Fulda, monseñor Johannes Dyba, prohibió en su diócesis expedir el certificado, sin dejar de ofrecer asesoramiento a toda mujer que lo pidiese.

Entre los obispos había división de opiniones, no en el rechazo del aborto, sino en las medidas prácticas más eficaces para la defensa de la vida. Los partidarios de extender el certificado mantenían que, en caso contrario, no acudirían a los consultorios católicos las mujeres que desean abortar y se perderían posibilidades de salvar vidas. Los contrarios a colaborar en este sistema mantenían que la expedición del certificado hacía a la Iglesia cómplice en un mecanismo que lleva al homicidio de inocentes.

Apoyado en una coalición de los demócratas libres y sociales hay un estatuto que dice que el aborto no va a ser castigado si se tiene una licencia psicológica con el consentimiento de la mujer embarazada; y debe de ser dentro de las 12 primeras semanas del embarazo, ya que después será castigado por el derecho penal a menos que sea por razones médicas.

El Tribunal Constitucional señaló que cualquier falta de protección de la vida del nonato a partir del catorceavo día después de la concepción podría poner la seguridad de la existencia humana generalmente en peligro.

El primer senado recordó la historia original de la cláusula del derecho a la vida.

**Posiciones respecto del aborto**

<i>En favor del aborto</i>	<i>En contra del aborto</i>
<p>El embarazo pertenece a la esfera íntima de la mujer que constitucionalmente se protege. El punto radicaba en mirar al embrión solamente como parte del organismo maternal que seguiría hasta la terminación del embarazo dentro de la esfera de la vida privada de una mujer en la cual el legislador no puede imponer.</p>	<p>La protección del neonato ya que se considera protegido con derechos desde su concepción.</p>

Las posiciones de los grupos parlamentarios fueron las siguientes:

1. Algunos senadores piensan que la obligación del Estado es la de salvaguardar la protección del *nasciturus*, ya que es vida humana, comprensiva y representa un valor supremo dentro del orden constitucional que no necesita ninguna otra justificación. Es la base vital de esta dignidad humana y del requisito previo del resto del derecho base.
2. En Alemania, el aborto es libre, gratuito y no está penalizado en las 12 primeras semanas de embarazo, siempre que la paciente se haya sometido a lo que se denomina "striptease psicológico". Es decir, que debe haber pasado por dos centros de asesoría, en su mayoría tutelados por las iglesias católica o protestante, que teóricamente deben ejercer un papel disuasorio.
3. También nos encontramos con que en la instancia que se celebró en 1985, los miembros de Bundestag, en su mayoría cristianos y cinco gobernantes de Estado solicitaron a la Corte que se revisara la sección relacionada con la reforma del aborto, ya que se estaban violando demasiados puntos de la Ley Fundamental, incluyendo la dignidad humana y el derecho a la vida; sin embargo.
4. La Ley Fundamental dice que protege tanto la vida de la madre como la que se está formando en ella de manera independiente.
5. Los legisladores, tal como lo exigió el Tratado de Unificación, intentaron poner fin al inédito limbo jurídico, el 26 de junio de 1992 en Bonn. Ese día, el Parlamento Federal, pudo aprobar después de un apasionado debate que duró 16 horas, una nueva reforma al más famoso de los párrafos del Código Penal alemán: el artículo 218.
6. Parlamentarios democristianos presentaron una nueva querrela ante el Tribunal Constitucional que emitió, un año más tarde una sentencia en su fa-

vor, al considerar que la nueva legislación violaba la garantía constitucional del respeto a la vida.

7. El acuerdo señala que el aborto sigue siendo ilegal en el país, pero una mujer no será perseguida por la Ley, si aborta en los tres primeros meses del embarazo y si presenta un certificado médico que testifique que se dejó aconsejar, por lo menos tres días antes de que un médico realice el aborto.
8. En Alemania occidental, el aborto había sido ilegal excepto en ciertas condiciones, esto es que tenían el "sistema de indicaciones", durante la mayor parte del periodo de posguerra. Por otro lado, la República Democrática Alemana legalizó en 1972 el aborto durante el primer trimestre y una generación completa en Alemania oriental creció viendo el aborto como un derecho, esto es que tenían el "sistema de plazos". Por ser éste un asunto tan sensible, el Tratado de Unificación entre los dos Estados alemanes simplemente lo excluyó y especificó que una "nueva ley" para todo el país debería adoptarse antes de concluir el año de 1992.

#### b. La sentencia del 28 de mayo de 1993

Decíamos que se había acordado por lo grupos parlamentarios de Alemania, que antes de 1992 debería escogerse, en relación con la permisión del aborto, entre el "sistema de indicadores" utilizado en Alemania occidental; y el "sistema de plazos", utilizado en Alemania oriental. Una vez que ese momento llegó, el *Bundestag* aprobó una ley que, en efecto, "despenalizaba el aborto".

Un grupo de parlamentarios se opuso inmediatamente a la ley, y en 1993, la Corte Constitucional emitió una sentencia en su favor. Declaró la inconstitucionalidad del sistema de "libertad del aborto" "condicionado al consejo" de tres días de reflexión, a que se practique durante las primeras 12 semanas del embarazo.

De acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional alemán, el aborto permanecería siendo ilegal, pero en un esfuerzo por alcanzar un compromiso, también especificó que si una mujer decide abortar después de ver a un consejero, no debe ser perseguida. La ley vigente se basa en esta decisión del Tribunal Constitucional. Este tribunal declaró inconstitucional en 1993, la nueva redacción del artículo 218, parágrafo 1, del Código Penal alemán, por considerar que atenta contra la Constitución, declarar "no ilegal", es decir "legal", la interrupción voluntaria del embarazo solicitada por una mujer, pasando los tres días desde que haya tenido lugar el correspondiente "asesoramiento obligatorio", siempre que sea realizado por un médico en las 12 primeras semanas del embarazo.

En esta sentencia, de 1993, se establece que quien se realice el aborto, comete un acto ilegal, pero no debe castigarse necesariamente con una sanción penal, esto



es, que en este caso debe preferirse el principio “ayuda en lugar de penas”; conflicto de los bienes jurídicos, por una parte, del *nasciturus* como el de su “vida” podrían entrar en conflicto, por otra parte, con los bienes protegidos de vida, dignidad y personalidad de la embarazada.

Se continuó en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en 1975 ahora en la sentencia de 1993 en lo relativo a que se protege al no nacido, su dignidad, que se adquiere no con el nacimiento, sino en cualquier momento de la gestación. Asimismo, se prevé en la sentencia de 1993, el criterio de “exigibilidad de sacrificio” a la mujer de llevar su embarazo en termino.

Dicha tesis del “conflicto de bienes jurídicos” es reduccionista al extremo, lo que impide ver con claridad los problemas como en delitos contra las personas, como el aborto. El profesor Rafael Domingo lo dice en los términos siguientes:

reducir a bienes todos aquellos valores sociales que deben ser protegidos por el derecho penal impide captar los diversos planos en los que estos valores se encuentran, tan entitativamente distintos, que imposibilitan un tratamiento comparativo. Llevada hasta sus últimas consecuencias, la teoría del bien jurídico acaba con la más tradicional división del derecho en “personas” y “cosas” pues el ámbito penal, incluso la persona en cuanto tal es reducida a bien, es decir a cosa, y puede, ella misma, entrar en conflicto con otros bienes.<sup>23</sup>

Después de muchos años de conflictos en el tema del aborto, en junio de 1995, el Parlamento alemán aprobó una legislación que regula la interrupción del embarazo. El *Bundestag* aprobó una ley que, en efecto, despenalizaba el aborto. Un grupo de parlamentarios se opuso inmediatamente a la ley, y en 1993, la Corte Constitucional emitió una sentencia en su favor. De acuerdo con la decisión de la Corte, el aborto permanecería ilegal, pero en un esfuerzo por alcanzar un compromiso, también especificó que si una mujer decide abortar después de ver a un consejero, no debe ser perseguida. La ley vigente se basa en esta decisión de la Corte.

*Estadísticas.* El 2006, se registró un 3,5 % menos de abortos que el 2005. Un 72 % de las mujeres que “hicieron abortar” (es lo correcto, pues el aborto lo realiza un médico) tenían entre 18 y 34 años. El 15 %, entre 35 y 39 años y 8 %, más de 40. Las menores de 18 años (casi un 5 %) correspondió cerca de un 10 % menos o 166 abortos menos. El 41 % de las embarazadas no habían, antes del aborto, dado a luz a ningún niño. En otras palabras, no habían sido madres antes.

---

<sup>23</sup> Rafael Domingo, “El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán, sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, núm. 2, Santiago de Chile, 1994, pp. 273-281.

Casi un 98 % de los abortos se llevaron a cabo de acuerdo con las normas de los consultorios o consejerías sobre el aborto. Debido a indicación médica o criminológica, abortaron casi un 2 %. Un 76 % de los abortos se realizó mediante el método de aspiración, llamado "*Vakuumaspiration*".

Un 10 % de los abortos se efectuó mediante el consumo del medio "Mifegyne®". Esto es, lo que, en Alemania se denomina, en lenguaje común, "RU 486". La mayoría de las operaciones (97 %) se realizaron en forma ambulante, esto es, sin que la mujer haya tenido que quedarse varios días en el hospital o la clínica (es la tendencia actual en Alemania, para bajar los costos). De ellas, un 78 % en consultas (clínicas) de ginecología y un 19 %, en hospitales.

## B. Los criterios jurisdiccionales emitidos por la Corte de Casación y el Consejo Constitucional francés sobre el aborto

La legalización del aborto se implementa a partir de la ley 75-17 del 17 de enero de 1975, sobre interrupción voluntaria del embarazo. Actualmente, estas disposiciones legislativas fueron codificadas e integran el Código de la Salud Pública. Estas disposiciones fueron reglamentadas detalladamente.

Una mujer, en situación de riesgo debido a su embarazo, puede solicitar que le sea practicado un aborto, antes de concluir la duodécima semana de embarazo. La misma mujer es la única que puede juzgar esta situación y su libertad de decisión es respetada por la legislación. La interrupción voluntaria del embarazo (IVE), debe ser practicada obligatoriamente por un médico y en un establecimiento de salud, público o privado.

Asimismo, la legislación contempla la interrupción voluntaria del embarazo, "en todo momento", si un equipo pluridisciplinario certifica que el embarazo pone en peligro grave la salud de la mujer o que exista la probabilidad de que el niño al nacer padezca una afección particularmente grave e incurable al momento del diagnóstico.

La normativa determina una serie de pasos a seguir. La mujer debe realizar una primera consulta con un médico quien, además de realizar un examen clínico, le informa los riesgos que corre, los efectos secundarios potenciales y le entrega documentación-guía.

El contenido de esta última está relacionado esencialmente con la normativa legal aplicable, el listado de establecimientos autorizados a practicar la IVE y sus direcciones, y el listado de establecimientos de información, de consulta y de consejo familiar, de planificación y educación familiar, servicios sociales y demás organismos autorizados.

El médico también tiene por objetivo conversar sobre las causas del fracaso del método anticonceptivo utilizado y proponer la detección de enfermedades sexuales transmisibles y prescribir un futuro método anticonceptivo. Este médico no está obligado a tomar a cargo la solicitud de la IVE, pero debe informar y orientar a la mujer respecto de los colegas que puedan realizarla.

Se le otorga el plazo de una semana de reflexión a fin de confirmar su solicitud. Durante ese término puede entrevistarse con un consejero familiar o conyugal, o con una asistente social. Esta entrevista se propone a las mujeres mayores o menores emancipadas, pero es facultativa. Por el contrario, es obligatoria para las menores no emancipadas quienes deberán obtener un certificado de esta entrevista que se desarrollará en algún establecimiento indicado en la guía.

Durante la segunda consulta médica, alejada en un plazo mínimo de siete días respecto de la primera (periodo que podría reducirse en caso de exceder las 12 semanas), debe entregar al médico la certificación de la realización de la entrevista y la confirmación escrita de su solicitud de interrupción voluntaria del embarazo. Esta segunda consulta no debe realizarse, bajo ningún concepto, antes de los cuarenta y ocho horas siguientes a la entrevista. Si el médico estuviese habilitado a practicar la IVE, está autorizado a realizarla desde ese momento. Pero si la paciente decidiera hacerse la intervención con otro médico, aquél debe otorgarle un certificado donde conste que la mujer realizó las consultas previas. Finalmente, se contempla una consulta de control y verificación de la IVE a realizarse entre el decimocuarto y el vigésimo primer día siguiente a la intervención.

La Agencia Nacional de Acreditación y Evaluación en Salud (ANAES), encargada de elaborar y dar validez a las recomendaciones de buenas prácticas clínicas, indica que la paciente elija el método y el tipo de anestesia. Esta elección se limita cuando el estado del embarazo es avanzado. Los métodos son el instrumental o quirúrgico o el médico o medicamentoso.

Una resolución publicada en el *Journal Officiel* establece detalladamente los topes para el costo de una IVE que además es reembolsado por la seguridad social entre un 70 y 100 %. En el caso de las menores no emancipadas sin consentimiento paterno, la cobertura de la seguridad social es integral.

En un primer momento exponemos aspectos generales de las leyes sobre el aborto. La Ley relativa a la interrupción del embarazo y la contracepción (Francia)

- Adoptada definitivamente el 30 de mayo de 2001, en Francia.
- Se considera que el artículo 2 de ésta ley, que modifica al artículo L2212-1 del código de salubridad pública, permite la voluntaria interrupción del embarazo dentro de las 10 y 12 semanas de éste.

Requerimientos para dicha disposición:

1. Conocer el principio de salvaguarda de la dignidad humana contra toda forma de degradación, después de esto la posibilidad de interrumpir, en ese estado el crecimiento del feto.
2. Teniendo en cuenta, según los requerimientos, el principio de respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida.
3. Conocer el principio de precaución que constituye un valor constitucional, resultante del artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
4. Medir riesgos hacia la mujer.
5. El médico está obligado a practicar el aborto, según el artículo L 2212-8 del código de salubridad pública.
6. Lo anterior, viola el principio de libertad de consciencia y el principio de independencia de profesores de universidad.
7. Considerando que en términos del *artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, "nadie puede ser inquietado por sus opiniones religiosas", si el médico no puede realizarlo, tendrá que ejercitarlo por medio de otros médicos donde preste su servicio.
8. Considerando que el resultado de todo lo precedido en las disposiciones del artículo L 2212-8 del código de salubridad pública, éste no tiene ningún principio ni valor constitucional.
9. Son declarados conformes a la Constitución los artículos 2, 4 y 8 y la fracción V del artículo 19 de la ley relativa a la interrupción del embarazo, y aceptados en Francia, excepto por Polinesia.
10. Pero el aspecto más controvertido es la ampliación del plazo a 12 semanas. Y en esta ocasión, a diferencia de los apasionados debates de hace 25 años, desde la derecha no se invocan tanto las creencias religiosas sino el peligro de que se trivialice el aborto o el riesgo de una deriva hacia la eugenesia.
11. La reforma ha sido adoptada con los votos en favor de la izquierda y el firme rechazo de la oposición del centro-derecha, al término de un controvertido debate.
12. El presidente del Movimiento por Francia, Philippe de Villiers, ha asegurado que el proyecto de reforma de la ley del aborto es inconstitucional y ha denunciado durante el debate parlamentario que supone la negación del "primero de los derechos humanos, el derecho a nacer".
13. La reforma de la ley del aborto ha sido elaborada principalmente por la ex ministra de Empleo y Asuntos Sociales, la socialista Martine Aubry.

14. El Gobierno de coalición de izquierdas ha contado con el apoyo de los diputados socialistas, comunistas, verdes y radicales de izquierda para sacar adelante el texto sobre la prolongación del plazo legal de aborto.

Entre las enmiendas aprobadas figura además la legalización de la esterilización voluntaria como método anticonceptivo, a condición de que lo pida una persona adulta, sea practicada en un centro sanitario y transcurran dos meses de plazo desde que se solicita la intervención hasta que se practica. Hasta ahora, según la legislación francesa, toda intervención de las capacidades reproductivas de una persona era ilegal, a no ser que estuviera justificada por una necesidad terapéutica.

a. El Consejo Constitucional francés resolvió el 15 de enero de 1975 y el 27 de junio de 2001 sobre la interrupción voluntaria de embarazo<sup>24</sup>

A continuación exponemos la sentencia emitida por dicho Consejo Constitucional relativa a la Ley de Interrupción del Embarazo y la Contracepción. El sistema de defensa de la Constitución Política en Francia, que realiza el Consejo Constitucional es del tipo de control previo, de disposiciones que antes de ser ley, podrían ser revizadas para analizar su constitucionalidad, esto es, una vez votadas por el Parlamento (Asamblea Legislativa) el proyecto de ley, pero antes de su promulgación, podría solicitarse su adecuación a la Constitución Política. Así se solicitó por 60 diputados ante Consejo Constitucional la revisión de la constitucionalidad de la "Ley sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo" que establecía 10 semanas como plazo; en 2001, se modificó dicha y el plazo se amplió a 12 semanas.

Se impugnó la violación a la Constitución Política de 1958, la llamada Constitución Política de la V República, a su Preámbulo, que contiene el llamado "bloque constitucional", que significa, lo siguiente:<sup>25</sup>

[...] el conjunto de principios y reglas de valor constitucional que se impone al Poder Legislativo su respeto, como al Poder Ejecutivo, y de una manera general a todas las autoridades administrativas, jurisdiccionales y los particulares, lo que corresponde a que los actos jurídicos deben ser "conforme a la Constitución".

El Consejo Constitucional determinó que el "bloc de constitutionnalité", es un concepto dinámico, que comprende el Preámbulo de la misma Constitución, el Preámbulo de la Constitución Política de la IV República de 1946, y la Declaración

---

<sup>24</sup> Louis Favoreu y Loic Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., París, Dalloz, 2003, pp. 299-326, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*. Document d'études, núm. 1.15, Francia.

<sup>25</sup> Louis Favoreu, "Bloc de constitutionnalité", en *Dictionnaire constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 87-89.

de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (1974); después comprendió además, los tratados internacionales aprobados y las leyes orgánicas (1982); se le agregaron, los principios generales de derecho de valor constitucional (1987).

Dicha impugnación al *Preámbulo*, es porque consideran los actores, que la Constitución garantiza al niño la protección de la salud y el artículo 2 de la citada Declaración dice lo siguiente: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

En éste sentido el Consejo Constitucional resolvió que debe tomarse en consideración el artículo 1 de la Ley que se impugna, que dice lo siguiente:<sup>26</sup> “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe toda violación a la dignidad de la persona y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”.

Se respeta dice el Consejo Constitucional, con la Ley que se impugna, de conformidad con el artículo primero citado, a todo ser humano, desde el inicio de la vida, admitiendo excepciones, siendo esto lo que estudia el Consejo Constitucional, la constitucionalidad de las excepciones, para respetar la libertad de las personas que tienen necesidad de recurrir a la interrupción del embarazo, por encontrarse en una situación de angustia o motivo terapéutico. Es con esta resolución que el Consejo Constitucional, admite que la vida comienza desde la concepción, que la misma ley que se impugna respeta, pero que dicho derecho a la vida, no es absoluto, por lo que dichas excepciones son las que estudia dicho Consejo Constitucional, para permitir por la afectación a la salud que provoca a la madre o por motivo terapéutico, que justifica, la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que las declara constitucionales.

b. La Corte de Casación resolvió la demanda 96-80-223, en la sala penal, el 27 de noviembre de 1996

La resolución trata de un grupo de personas, ocho, que en una manifestación que realizaron en un hospital donde se practican los abortos, se encadenaron en la sala

---

<sup>26</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr> Consulta realizada en marzo de 2008.

CODE DE LA SANTE PUBLIQUE (Nouvelle partie Législative)

Deuxième partie Santé de la famille, de la mère et de l'enfant.

Livre II Interruption volontaire de grossesse.

Titre Ier Dispositions générales.

Chapitre Ier : Principe général. Article L2211-1

Comme il est dit à l'article 16 du code civil ci-après reproduit: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie”.

en la cual se realizan dichos abortos, para protestar por su práctica. La policía los detiene y les impone una multa de cuatro mil francos y en el caso de reincidencia, privación de su libertad.

Los acusados impugnan esta resolución, sosteniendo que dicha resolución se funda en la *Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, la cual es contraria a diversos instrumentos internacionales. Pues existe el criterio sostenido por el Consejo Constitucional que los Tratados tiene jerarquía superior a las leyes, en los términos siguientes.

[...] presenta un carácter a la vez relativo y contingente... por estar sometido a un campo de aplicación del tratado, y subordinado a una condición de reciprocidad donde la realización puede variar según el comportamiento del o de los Estados firmantes de un tratado, y el momento en que debe apreciarse el respeto de esa condición (Decisión núm. 74-54, del 15 de enero de 1975, relativa a la constitucionalidad de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo).

La Corte de Casación de Francia proclamó también, sin ambigüedades la superioridad de los tratados sobre las leyes posteriores: [...] instituye un orden jurídico propio e integrado al de los Estados miembros (Decisión del 24 de mayo de 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*).

Los actores sostuvieron que los instrumentos internacionales que se consideraron violados son:

i) La Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 2:

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena.
2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:
  - a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
  - b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
  - c) Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección.

ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6, que dice lo siguiente:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

iii) La Convención de los Derechos de los Niños, artículo 6, que dice lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Los actores sostuvieron que dichos instrumentos internacionales protegen la vida de cualquier persona humana, sin distinciones, y que protegen a los niños, sin distinción alguna.

La Corte de Casación, rechazó los argumentos de los actores, sosteniendo que la Ley de Interrupción del Voluntaria del Embarazo, no permitía que la vida humana fuera violada, pues inclusive protege la vida desde la concepción, como lo sostiene en su primer artículo dicha ley; que existen casos dentro de la disposición impugnada en que en casos de “necesidad” y con las condiciones señaladas en la misma “ley”, la vida se limita, como cualquier otro derecho humano. Por lo que existe compatibilidad entre la ley impugnada y los tratados internacionales en los cuales se cumplen dichos compromisos internacionales.

## C. Las sentencias del Tribunal Constitucional español

La Ley Orgánica del 5 de julio de 1985, modificatoria del artículo 417 bis del antiguo Código Penal, determina las condiciones en que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye un delito. El artículo 417 bis del Código Penal, quedó redactado de la siguiente manera:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento



expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas ser centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

El artículo 417 bis establece que la IVE no es punible si es solicitada por una mujer y si un médico especialista, distinto al que va a practicar la intervención, "certifica que la continuación del embarazo ocasionará un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer"<sup>27</sup> En caso de urgencia, la certificación del médico y el consentimiento expreso de la mujer no son necesarios. No existe plazo establecido para esta intervención.

Si el embarazo fuere consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación y la mujer lo hubiese denunciado, la interrupción puede practicarse antes de finalizar la duodécima semana de gestación.

En el caso en que sea previsible que el feto nazca con importantes malformaciones o corriera el riesgo de ser pasible de una afección mental grave, dos especialistas, distintos al médico que practicará la intervención, deben otorgar a la mujer una certificación que le permitirá solicitar la interrupción de su embarazo dentro del plazo de veintidós semanas.

La legislación no menciona la edad de la mujer. El Ministerio de Salud y de Consumo considera que se aplica en este caso el artículo 154 del Código Civil, relativo a la patria potestad sobre menores no emancipados. Por lo tanto, se requiere el con-

---

<sup>27</sup> La Ley Orgánica del 5 de julio de 1985, modificatoria del artículo 417 bis del antiguo Código Penal español.

sentimiento paterno para que esta intervención sea practicada en una menor, como así también que los centros donde sean practicadas estas intervenciones estén acreditados. Existen diferentes exigencias para las IVE de bajo riesgo (menos de 12 semanas de gestación).

#### a. Los criterios jurisdiccionales

El Tribunal Constitucional español resolvió el Recurso Previo de Inconstitucionalidad en contra el "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Art. 417 Bis del Código Penal", 53/1985 el día 11 de abril de 1985.

El recurso previo fue interpuesto por 54 diputados en contra el "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Art. 417 Bis del Código Penal". Dicho proyecto despenaliza el aborto mediante el sistema de indicadores. Se solicitó la inconstitucionalidad total del proyecto, y con carácter subsidiario las circunstancias b) y c) del artículo impugnado.

#### b. Fundamentos de la Sentencia

El derecho a la vida, reconocido y garantizado por el ordenamiento jurídico constitucional, es un supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible, siendo la vida del *nasciturus* un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución Política española, que dice así: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

De la disposición anterior, señala la sentencia, derivan dos obligaciones para el Estado: abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer una regulación jurídica que defina la vida, como las normas penales.

Se determina lo siguiente: la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación; y la gestación genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre.

La protección del *nasciturus* como un bien protegido por el Estado no es absoluta. En caso de conflicto entre dos vidas, se ha ido resolviendo el problema mediante la aplicación de las causas de justificación; y en caso de conflicto con la salud, la libertad o la intimidad, debe ceder aquel de los derechos que sea limitable, pues la alternativa es la supresión absoluta de uno de los derechos en conflicto. Precisan, finalmente los recurrentes que, en el supuesto de que la protección de los derechos a la vida del no nacido sólo pudiera fundamentarse en los derechos de la madre, es

cierto que con esta protección se excluirían los ataques del Estado o de terceros, vedándose así la constitucionalidad del aborto no voluntario o impuesto, pero ocurriría lo mismo con los provenientes de la madre, cuando lo cierto a juicio de los recurrentes, es que no puede encontrarse fundamento constitucional que permita a la madre atentar voluntariamente contra la vida del *nasciturus*, pues; por una parte, sus derechos fundamentales, en cuanto limitables y regulables, deben ceder frente al derecho absoluto a la vida del ser en gestación, y, por otra parte, si el único mecanismo constitucional de proteger a la vida al no nacido fuere mediación de la madre, ésta se constituiría en depositaria de unos derechos de naturaleza constitucional de los que no podría disponer.

En el caso de aborto por violación, el obligar a la madre a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible, por lo que la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

La solución relativa al consentimiento en los supuestos de aborto eugenésico y aborto terapéutico, no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

El Tribunal Constitucional resolvió respecto del aborto terapéutico inconstitucional la disposición que lo regula, debido a que debió haber previsto la legislación, por falta de medidas de seguridad, como indispensable previamente el dictamen médico que comprobase el supuesto de hecho para poder posteriormente practicarse le aborto. En el caso sí previsto, en la legislación, el aborto eugenésico, debió haberse previsto el mismo requisito.

## **2. En la tradición jurídica angloamericana**

La influencia del derecho romano en la formación del derecho inglés fue escasa, la dominación romana data del año 43 al 407 (300 años). Son los británicos del sureste los que más se asimilaron a la cultura de Roma, pero las ciudades celtas son las que menos influencia recibieron de los romanos. Los romanos colonizaron Inglaterra, sometieron a Gales, pero sin romanizarla. Por lo que entendemos el derecho inglés como una "continuidad histórica", una evolución ininterrumpida: del *Common Law* y de la *Equity*.<sup>28</sup>

En los orígenes del derecho inglés, no hubo un derecho anglosajón único ni una unidad jurídica: territorio dividido en regiones con pueblos bárbaros de origen germánico, sajones, anglos, jutos y daneses.

---

<sup>28</sup> René David y Camille Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, pp. 225 y ss., y Pierre Legrand, *Le droit comparé*, París, Presses Universitaires de France, 2006. Que sais-je? núm. 3478.

En relación con el derecho inglés, solamente queremos resaltar que una de las fuentes del derecho inglés la constituye la jurisprudencia, las decisiones emitidas por los jueces “*case law*”; las “*Stare decisis*” que consisten en la obligación de los tribunales de respetar las decisiones dictadas anteriormente por los jueces; y las colecciones de reportes judiciales como “*Year Books*” formados por manuscritos; y en 1870 los “*Law Raports*”.

El Poder Judicial inglés se compone de la siguiente manera, por los Tribunales Superiores (la Suprema Corte de Justicia, las Cortes de la Corona y las Cortes Reales de Justicia); los Tribunales Inferiores (las Cortes de Condado y las Cortes de los Magistrados); la Cámara Alta y los Tribunales Especializados. El “*Queen’s Bench Division at Liverpool*” es una de las tres secciones de los tribunales superiores.

En relación con la tradición jurídica norteamericana, tenemos que los Estados Unidos es una república constitucional y federal; que tiene tres niveles de gobierno: el nivel federal, el nivel estatal, y el nivel local. Y el país está integrado por 50 Estados autónomos en su régimen interno.

El gobierno federal estadounidense está dividido en tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cada uno elegido de manera distinta y cada uno capaz de supervisar y regular a los otros.

El Poder Judicial está compuesto por dos sistemas judiciales: a) el sistema judicial federal, y b) el sistema judicial estatal. El primero está compuesto por los tribunales federales de distrito (al menos uno en cada Estado), 13 tribunales federales de apelación, y, la Corte Suprema. El segundo, está integrado en forma distinta en cada Estado, sin embargo existe un patrón general en el sentido de establecer Juzgados de Primera Instancia, Juzgados o Tribunales de Apelación, y la Corte Suprema del Estado.

El tribunal de más alta jerarquía es la Corte Suprema de Justicia, le siguen los Tribunales de Circuito de Apelación y luego, los Juzgados de Distrito. En el caso de los Tribunales Especiales, tienen el Tribunal de Reclamaciones, el Tribunal de Aduanas y el Tribunal de Apelaciones en Materia Aduanal y Patentes.

En el presente apartado exponemos la legislación del Reino Unido y los criterios jurisprudenciales del *Queen’s Bench Division at Liverpool*, del Reino Unido; y la legislación y sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

#### A. La Resolución del *Queen’s Bench Division at Liverpool* (Reino Unido) sobre el aborto

Según la legislación, la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), debe reunir los siguientes requisitos para no configurar un delito: la solicitud debe presentarse antes de finalizar la vigésima cuarta semana de embarazo y la presentación de un certifi-

cado extendido por dos médicos que exprese que la salud física o mental de la mujer o sus hijos corre peligro en caso de que continúe el embarazo (situación económica, vivienda, etcétera) o que estudios médicos prueben que el niño corre el riesgo de nacer con importantes malformaciones o con una afección mental grave.

En lo que se refiere a las menores, la Ley de Reforma del Derecho de Familia (*Family Law Reform Act*) de 1969 determina que un menor puede consentir, sin autorización de sus padres o su tutor, para la realización de actos médicos, a la edad de dieciséis años.

#### a. Criterio jurisdiccional

El *Queen's Bench Division at Liverpool* resolvió el asunto sobre el aborto, denominado, *Paton versus British Pregnancy Advisory Service*, relativo a que una mujer que estaba embarazada, misma que había recibido dos opiniones de médicos sobre la continuidad de su embarazo, debido a que constituía un riesgo físico o mental para la mujer embarazada. De conformidad con la *The Abortion Act of 1967*, podía en dichas circunstancias, optar por el procedimiento del aborto.

*The Abortion Act of 1967*, la sección 1, dice lo siguiente:

Una persona no será culpable de una ofensa bajo la ley relativa al aborto cuando un embarazo sea interrumpido por un practicante médico registrado, si dos practicantes médicos registrados sean de la opinión tomada de buena fe, de que la continuación del embarazo implicase un riesgo de daño a la salud física o mental de la mujer.

La mujer embarazada estaba de acuerdo con el procedimiento del aborto, pero el esposo, quien no fue consultado, por la mujer ni por los médicos, quería optar por la continuación del embarazo. El padre sostenía que tenía derecho a decidir sobre el destino del niño en gestación, por lo que solicitó un "requerimiento restrictivo" en contra del *British Pregnancy Advisory Service*, para evitar que su esposa pudiera abortar sin su consentimiento.

El Tribunal *Queen's Bench Division at Liverpool* resolvió que el requerimiento restrictivo, carecía de fundamento, de conformidad con las siguientes consideraciones:

1. De conformidad con la *The Abortion Act of 1967* no existe en dicha disposición, un derecho del feto, por sí mismo, sino que hasta que nace y tiene una existencia independiente de la madre.
2. En relación con el derecho del padre de intervenir en el destino del niño en gestación, señaló, que los requerimientos judiciales, no pueden ser parte de

las conductas del matrimonio, como relaciones sexuales o medidas anticonceptivas, la esterilización o vasectomía, los cuales la autoridad no puede intervenir en las relaciones familiares. En este sentido, el esposo no puede intervenir, mediante requerimiento judicial, para impedir que su esposa se practique el aborto.

3. En la *The Abortion Act of 1967* se establece un listado de requisitos para realizar el procedimiento de aborto, como la opinión técnica de los médicos, pero no existe disposición alguna de donde se derive el derecho del padre para opinar respecto de la terminación del embarazo.

Al serle adversa al esposo de la mujer embarazada, la sentencia dictada por el Tribunal Superior inglés, el *Queen's Bench Division at Liverpool* consideró que era infundado el "requerimiento restrictivo", el esposo acudió a las instancias internacionales, para impugnar ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, lo que consideró que a su derecho procedía, como adelante se explica en la sección correspondiente.

## B. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica sobre el aborto

Al analizar el derecho norteamericano y su punto de vista respecto del aborto, debemos tomar en cuenta que este derecho se basa en los precedentes emitidos por los juzgadores, que es un derecho de los denominados judiciales, es decir, el principal creador del derecho es el juez y no el legislador, como ocurre en México, el papel del legislador en el derecho común es secundario.

Existen diversas sentencias de mucha importancia para el tema del aborto. La Corte Superior de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica dictó diversas sentencias como las siguientes:

- a) *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113; 13 de diciembre;
- b) *Planned parenthood versus Casey*, 91-744 y 91-902, del 29 de junio de 1992;
- c) *Stenberg versus Carthart*, no. 99-830, del 28 junio 2000;
- d) *Gonzalez versus Carthart*, no. 05-380, del 18 de abril de 2007.

Nosotros solamente analizaremos las dos primeras resoluciones.

a. La sentencia del caso: *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113; 13 de diciembre de 1973

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica emitió la sentencia denominada *Roe and al. Versus Wade, District of Dallas County, 1973*,<sup>29</sup> la cual analizaremos a continuación. La famosa sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, *Roe et al. vs. Wade* de 1973, se trata de la señora Jane Roe, soletera, residente del Estado de Tejas, estaba embarazada pero quería abortar. Pero la legislación, se lo prohíbe, por lo que solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1191 a 1194 y 1196 del Código Penal del Estado de Texas. La sentencia dictada dio inicio a la permisión del aborto, con base en el derecho a la intimidad (*right to privacy*), derecho implícito y derivado —afirmó esa Corte— en la Constitución norteamericana, del concepto de libertad personal, y de que los derechos no enumerados específicamente en la Constitución fueron conservados por el pueblo (*the people*). No obstante, el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo no es absoluto, y debe compaginarse con el legítimo interés de protección a la potencialidad de una vida humana.

En la citada resolución, la Suprema Corte norteamericana dividió el embarazo en tres periodos de tres meses cada uno. En el primero, la mujer posee la facultad para abortar libremente, después de obtener la aprobación de un médico. En el segundo periodo, los Estados están facultados para regular la materia del aborto, pero lo deben permitir si la salud de la madre corre algún peligro. En el tercero, es decir, en los últimos tres meses, los Estados deben proteger la potencial vida humana y, en consecuencia, prohibir el aborto a menos que la vida de la madre corra peligro. El cuadro siguiente nos puede mostrar de manera clara el sentido de dicha sentencia:

Duración del embarazo		
Primer trimestre	Segundo Trimestre	Tercer Trimestre
Concepción		Viabilidad
El Estado no tiene derecho de regular el embarazo.	El Estado tiene derecho de regular el procedimiento del aborto con el fin de proteger la salud de la mujer, pero no la oportunidad del aborto.	El Estado tiene derecho a regular el procedimiento del aborto (para proteger la salud de la mujer embarazada) y puede prohibir el aborto (para proteger la potencial vida humana) excepto en el caso de peligro para la vida de la madre.

\* Cuadro elaborado por la SCJN, página de la SCJN, microsistema sobre el Aborto. Consultada el 20 de septiembre de 2008.

<sup>29</sup> Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, op. cit., pp. 745-757, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*, op. cit., pp. 34-36.

La sentencia denominada *Roe and al. Versus Wade, District of Dallas County, 1973* declaró inconstitucionales las disposiciones del Código Penal tejano que no autoriza el aborto para salvar la vida de la madre. En dicha sentencia se reconoce que en virtud de la libertad individual, asentada en las enmiendas IX y XIV, el derecho de interrumpir el embarazo por razones físicas, económicas o psicológicas.

Las enmiendas IX y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establecen lo siguiente:

Enmienda IX

"No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo".

Enmienda XIV (9 de julio de 1868)

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen.

Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; *tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

Asimismo, se reitera el interés de conciliar este derecho con intereses como la "salvaguarda de la vida potencial", en donde el Estado está legitimado para ocuparse de dicha protección. En este sentido, existe "libertad de toda injerencia del Estado" durante los primeros tres meses del embarazo. Pero el Estado puede reglamentar los seis últimos meses del embarazo, para limitar los riesgos, como prohibir el aborto, salvo que se quiera salvaguardar la salud o la vida de la madre.

Aborto en el Estado de Texas *Roe vs. Wade*. A continuación exponemos las características siguientes:

1. Motivo: Apelación de la señora Roe contra la decisión del juzgado de Texas donde se le negó el aborto;
2. Argumento de la señora Roe: la negación de la libertad a su privacidad;
3. Problema: que la libertad a la privacidad no está bien definida en la Constitución de Estados Unidos (Bill of Rights) lo que genera confusiones;
4. La Corte reconoció que el derecho a la privacidad no se encuentra definido en la Constitución; pero esta decisión aclaró que sólo los derechos personales se encuentran implícitos en el concepto de "libertad" y que son tomados como "fundamentales".



5. La corte fundamentó que va en detrimento contra la mujer y sus derechos, el negarle la opción de elegir sobre su cuerpo.
6. "Existe el problema de traer un niño a una familia que no está habilitada psicológicamente para cuidarlo. Pero en otros casos, como en éste, las dificultades adicionales y un estigma continuo de una maternidad no deseada, podría tener repercusiones en la vida del niño".
7. La apelante argumenta que Texas no tiene un interés válido para regular la decisión del aborto, o no tiene un interés suficientemente fuerte que logre soportar alguna limitación a la decisión de la mujer. Pero este argumento dado por la señora Roe no es muy convincente.

#### Posturas:

1. Las cortes estatales que han decidido negar el derecho a la mujer para abortar se basan en que el Estado tiene el deber de proteger la vida y que este deber es mayor a cualquier otro; el nonato es una vida en potencia, por lo que las leyes prohibitivas son viables y no afectan el derecho de libertad de la mujer.
2. *Contrario sensu*, éstas han decidido permitir el aborto en su primer trimestre. Basándose en que el derecho a la libertad tiene supremacía frente a cualquier otro derecho, estableciendo que la libertad, en todas sus formas, es un fundamento sobre el que su Nación está formada.
  - El estado sólo tiene autoridad para regular la forma en que se llevará a cabo el aborto, para garantizar las condiciones de salud y seguridad.

#### Opinión del Juez Stewart

La Corte aceptó que el derecho de Jane Roe sobre su libertad personal está protegido en la "Due Process Clause of the Fourteenth Amendment"

Es evidente que la decisión tomada por la Corte sobre el aborto, infringe directamente este derecho.

Los intereses del Estado son proteger la salud y la seguridad de la mujer embarazada, además de proteger la futura vida.

No considera que están suficientemente protegidos dichos derechos, por lo que se transforma en una violación al *due process* contenido en la Enmienda XIV.

## Opinión del Juez Rehnquist

El juez Rehnquist no concuerda con la opinión de la Corte, al aseverar que el derecho a la privacidad no se involucra en este caso.

Se ha hecho un mal uso de la palabra privacidad.

La Corte ha determinado como privacidad, la facultad que tiene una persona de ser libre.

La privacidad no se debe entender como la no intervención del Estado en los asuntos personales de los ciudadanos, sino que el Estado únicamente tendrá la facultad de realizar intromisiones en la vida privada con un procedimiento establecido correctamente en la ley.

El núcleo de la decisión adoptada en 1973 por la Suprema Corte en el caso *Roe vs. Wade*, implicó que los abortos son permisibles en Estados Unidos por decisión de las mujeres, hasta el momento en el que el feto resulte viable fuera del útero materno. El tiempo es aquí bastante laxo. De acuerdo con esta resolución, durante *las primeras 12 semanas de embarazo* el Estado no puede restringir el derecho de las mujeres al aborto; *puede regularlo a partir de ese momento y permitirlo hasta la semana 24, cuando esté comprometida la salud de la mujer*; y puede restringirlo o prohibirlo en el *último trimestre*, cuando el feto es viable, excepto si el *aborto es necesario*, por medio de un juicio médico apropiado, por estar en peligro la vida o la salud de la gestante.

En 1995 y 1997 el Congreso de Estados Unidos, a instancias de representantes de los grupos pro-vida, emitió una ley que "*prohibía el aborto tardío*", se refiere al "procedimiento médico empleado para la interrupción del embarazo en etapas avanzadas de la gestación, pero fue vetada ese año por el entonces presidente William Clinton".<sup>30</sup> En 2003, el Congreso, con la votación mayoritaria de los republicanos, insistió en el tema, y el presidente George W. Bush firmó la ley correspondiente. Inmediatamente después, tres Cortes de Distrito en Estados Unidos, "declararon la medida como inconstitucional, por lo que pasó a la Suprema Corte de Justicia, que la aprobó en abril de 2007 por cinco votos contra cuatro".<sup>31</sup>

"El aborto tardío" no está definido con claridad en la nueva ley y se refiere al procedimiento médico, después del segundo trimestre de gestación, de dilatación del cerviz uterino y la extracción del feto, que no admite excepciones aun cuando esté

---

<sup>30</sup> Graciela Aebert, "Aborto legal, condiciones que permiten su práctica", Buenos Aires, Congreso de la Nación, Dirección de Información Parlamentaria.

<sup>31</sup> Karina Galarza Vásquez, "Legalización del aborto, ¿Solución o problema?" Consulta realizada en marzo de 2008.

en peligro la mujer gestante. La oposición de los demócratas se basa en que existen circunstancias en las que la vida y la salud de las mujeres corre un riesgo grave, "como en el caso de hemorragias o malformaciones congénitas".<sup>32</sup> Representa un retroceso respecto de la resolución sobre el *caso Roe vs. Wade* y expresa el nivel de la controversia sobre el aborto en Estados Unidos.

Asimismo, es importante analizar los efectos del *caso Roe vs. Wade* en la sociedad norteamericana, pues podemos observar que el número de abortos creció después de la emisión de dicha resolución, sobre todo en los años de 1973 y 1980:

### Evolución de los abortos en Estados Unidos de Norteamérica

Años	Abortos		
	Miles	Por 1,000 mujeres de 15-44 años	Por 1,000 embarazos
1973	745	17	193
1974	899	20	220
1975	1,034	22	249
1976	1,179	24	265
1977	1,317	27	286
1978	1,410	28	294
1979	1,498	29	297
1980	1,554	29	300

Fuente: Henshaw 82a.

La interpretación de las cifras anteriores, relativas al aumento del número de abortos, son expuestas por el especialista Amando de Miguel, quien señala lo siguiente:

La expansión en las cifras de abortos se debe, entre otras razones, a que se está pasando del aborto-remedio (decisión de última hora para evitar el alumbramiento no deseado) al aborto como un medio anticonceptivo. Así, el notable incremento en el número de abortos que tiene lugar en Estados Unidos a partir de su legalización en 1973 se debe interpretar junto al dato complementario del descenso en el número de mujeres que utilizan anticonceptivos orales (la "píldora") o el dispositivo intrauterino (DIU). Bien es verdad que también se acrece el recurso a otro medio anticonceptivo tan radical como es la esterilización. Junto a ello hay que hacer interve-

<sup>32</sup> Jorge Carpizo, "La interrupción del embarazo antes de las doce semanas es conforme a la Constitución y de acuerdo con los derechos humanos", p. 54.

nir también un factor de cambio de estilo de vida: la actividad sexual cada vez más generalizada de las mujeres no casadas (Henshaw 82a: 7).<sup>33</sup>

b. La sentencia del caso: *Planned Parenthood versus Casey*, 91-744 y 91-902, del 29 de junio de 1992

La Suprema Corte norteamericana ha dictado otras sentencias importantes sobre el aborto, entre las que se pueden citar el caso "*Planned Parenthood of Southeastern PA vs. Casey*" de 1992. En el presente caso se solicita por unos médicos la inconstitucionalidad de varias disposiciones de la Ley de Control del Aborto del Estado de Pensilvania de 1982, reformada en 1988 y 1989. La ley citada establecía que si una mujer que quería abortar, debía estar informada 24 horas antes de realizarse el aborto. Si la mujer que quería abortar era menor de edad, debería dar su autorización con consentimiento informado uno de los titulares de la autoridad parental. En caso que la menor se negara a informar a sus padres, el consentimiento debería provenir de la autoridad judicial. En el caso de una mujer casada, debía probar haber informado al padre de su intención de abortar.

La sentencia tiene los siguientes criterios relevantes: una mujer puede decidir sobre abortar antes de la viabilidad del feto. Pero el Estado puede limitar el aborto, después de la viabilidad del feto; y el Estado tiene interés legítimo para proteger la salud de la mujer y la vida del feto.

En el caso "*City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health Inc.*"<sup>34</sup> esa Suprema Corte decidió, en 1983, que en la hipótesis de las menores de edad que desean interrumpir el embarazo, si tienen razones suficientes para no desear la asistencia familiar, la intervención judicial y médica debe estar presidida por los principios de rapidez y confidencialidad.

No obstante, no se puede ignorar que en Estados Unidos, su Suprema Corte está adoptando, cada vez con mayor frecuencia, decisiones reaccionarias sobre el aborto.

Recientemente en abril de 2007, en Estados Unidos se tomó una decisión que condena el aborto tardío (*partial-birth abortion*).

A continuación y para facilitar la comprensión del lector respecto de lo anteriormente vertido, se presenta el siguiente cuadro comparativo, señalado las circunstancias en las cuales el aborto es permitido en los países europeos correspondientes:

---

<sup>33</sup> Amando de Miguel Rodríguez, "La polémica del aborto en Estados Unidos: lecciones de una experiencia", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 21, Madrid, 1983, p. 159.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 53-54.

### Cuadro comparativo sobre causas de legalización del aborto en el continente europeo<sup>35</sup>

<i>Causas de legalización</i>	<i>Riesgo de vida de la mujer</i>	<i>Riesgo físico</i>	<i>Riesgo psíquico</i>	<i>Violación o Incesto</i>	<i>Malformación Fetal</i>	<i>Razones socio-económicas</i>	<i>Viable a petición de la Mujer</i>
Alemania	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
España	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Francia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Italia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Países Bajos	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Reino Unido	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No

### 3. En la tradición jurídica latinoamericana

Antes de exponer la parte correspondiente a la tradición jurídica latinoamericana, mencionaremos, de manera muy rápida, el aborto en el derecho azteca, lo que nos permitirá entender la posible base del pensamiento actual sobre el aborto, sus reminiscencias en los pueblos indígenas.

En el derecho penal azteca, el aborto era castigado con la muerte que se aplicaba tanto a la mujer como al que la ayudaba.<sup>36</sup>

Josef Kohler en su libro sobre *El derecho de los aztecas* lo dice de la siguiente forma: "La que auxiliaba en el aborto, era castigada como la misma madre; lo mismo en el envenenamiento, pues al que proporcionaba el veneno se le castigaba como asesino".

Llama la atención que Kohler relaciona la sanción en el derecho azteca para los que auxilian en el aborto, como la que se aplica para el caso de aquellos que auxilien en el envenenamiento; de la misma manera como lo señala Álvaro d'Ors para los romanos.

Aquí es necesario señalar que en realidad Kohler realizó una interpretación que está muy lejos de lo que dicen sus fuentes, "Leyes de los indios de Anáhuac o Méxi-

<sup>35</sup> <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>. Consulta realizada en marzo de 2008.

<sup>36</sup> Josef Kohler, "El derecho penal de los aztecas.—Leyes de los indios de Anáhuac o México", en *Revista Americana de Buenos Aires*, Buenos Aires, febrero de 1938, pp. 6-47. Carlos H. Alba, *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1949, pp. 19 y 75-78.

co" y el "Texto del libro de oro" que a continuación transcribimos sobre el aborto, dice lo siguiente: "40. Mataban al médico o hechicera que daba bebedizos para echar la criatura de la mujer preñada, y asimismo a la que lo tal tomaba para este efecto".<sup>37</sup>

Carlos H. Alba en su *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano*, lo expone de la siguiente manera: "artículo 198. El aborto se castigará con la pena de muerte para la madre culpable y para los cómplices que hubieren proporcionado el abortivo o practicado las maniobras abortivas".<sup>38</sup>

Las fuentes consultadas permiten conjeturar que a diferencia del derecho romano, en el azteca el aborto era un delito que afectaba los intereses de la comunidad. La severa y única penalidad indicada, que corresponde a la crueldad y severidad penal azteca, a su vez expresión de la organización social de los aztecas, debe ser interpretada en relación con otros datos atinentes a dicha organización. Dichos datos, que confirman la conclusión indicada, son: a) el fuerte sentido de comunidad de la organización azteca visible incluso en las ciudades; b) el respeto que la mujer embarazada merecía, que se atestigua, entre otras cosas, por el hecho de que la que moría al dar a luz gozaba del favor de determinados dioses; c) la importancia que todo nacimiento tenía y gran ceremonial que se acompañaba; d) la aceptación del principio de restitución como sanción que prevalecía sobre el de castigo allí donde aquélla era posible. La aplicación de dicho principio atenuaba en muchos casos la brutal severidad de las penas. Parece posible deducir que éstas se aplicaban más frecuentemente cuando dicha restitución, como acontece en el aborto, no era posible.<sup>39</sup>

Las condiciones legales del aborto en los países latinoamericanos y caribeños, a pesar de la lucha de los grupos feministas, no han sufrido cambios relevantes, aunque se han producido algunas modificaciones como su despenalización en la capital de la República Mexicana, "aprobada en abril de 2007 por más de dos tercios de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal".<sup>40</sup>

En Colombia hay avance en la aplicación de las causales de aborto impune: en 2006 la Corte Constitucional despenalizó el aborto en tres casos especiales: cuando un embarazo amenaza la vida o la salud de la mujer, en casos de violación, y/o cuando se presenten malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina.

---

<sup>37</sup> Josef Kohler, *El derecho de los aztecas*, México, Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 1924, pp. 60 y 124-125.

<sup>38</sup> Carlos H. Alba, *op. cit.*, p. 19.

<sup>39</sup> George C. Vaillant, *The Aztecs of Mexico*, especialmente los capítulos VI, X y XI, 1951. Datos complementarios pueden hallarse en Bernal Díaz del Castillo, *Historia verdadera de la conquista de Nueva España*, introducción y notas de J. Ramírez Cabañas, México, D. P., 1944, tomo 3; Hernán Cortés, *Cartas de relación de la conquista de Méjico*, Madrid, Espasa-Calpe, 1942, tomos 1 y 2; *Mitos indígenas*, México, Imprenta Universitaria, 1942.

<sup>40</sup> <http://www.choike.org/nuevo/informes/4702.html> Consulta realizada en marzo de 2008.

También se han dado avances en Argentina. En otros países como Ecuador y Chile se han desarrollado debates interesantes sobre los derechos sexuales y reproductivos y el acceso a servicios para la población. En Chile, en enero de 2007 la presidenta Michelle Bachelet firmó un decreto aprobando el suministro de la píldora anticonceptiva “del día después”.

La ideología en América Latina sigue siendo moralista, con reminiscencias del pensamiento indígena, expuesto en relación con los aztecas; se tiene como principal argumento la vida del ser concebido no nacido, pero en países como Argentina y Brasil el aborto inducido está permitido siempre y cuando se realice con el consentimiento de la mujer embarazada y cuando la vida de ésta corra peligro. Esto es, el llamado aborto terapéutico, además de que debe de ser efectuado por un médico diplomado.

A continuación se enuncian los aspectos más relevantes de la legislación y los criterios jurisprudenciales correspondientes a Latinoamérica, tomando como base los siguientes países: Colombia y Argentina.

#### A. Las sentencias del Tribunal Constitucional de Colombia relativas al aborto. Los criterios jurisdiccionales

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre el tema del aborto como consecuencia de tres demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra diversos artículos del Código Penal; criterios establecidos en las sentencias C-133/94, y C-355/06, esta última del 10 de mayo del 2006.

##### a. La Corte Constitucional dictó la sentencia C-133/94

Primera decisión sobre el tema del aborto, la Corte declaró constitucional el artículo 343 del anterior Código Penal (Decreto 100 de 1980) que tipificaba el delito de aborto. Para la Corte, el reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad del derecho a la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente orientados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. Respecto de esta sentencia existe un salvamento de voto en el que se esgrimen diferentes argumentos para demostrar que la equiparación del no nacido con la persona humana, para efectos de hacerlo sujeto o titular de derechos fundamentales, es una tesis carente de fundamento constitucional. Asimismo, en este salvamento de voto se señala que la decisión de la Corte desconoce las libertades de conciencia, de religión y el derecho a la autonomía procreativa de la mujer.

b. La Corte Constitucional dictó la sentencia del 10 de mayo de 2006

En dicha sentencia se examinó la constitucionalidad de la reforma de los artículos 14 de la ley 890 de 2004 y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 del Código Penal.

La Corte Constitucional de Colombia analizó la prohibición absoluta del aborto. Dicho análisis requirió estudiar la “colisión” de derechos fundamentales, por una parte, el de la vida y, por otra, los de la mujer, como el derecho a la intimidad, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a un plan de vida entre otros.

La Corte Constitucional de Colombia consideró que la prohibición absoluta del aborto era inconstitucional, por las siguientes consideraciones:

1. Señaló que el derecho a la vida se tiene hasta que el titular nazca; y que se protege al no nacido, al *nasciturus*; pero con mayor intensidad al nacido, por lo que la regulación del aborto es desigual.
2. No se pronunció sobre el momento de inicio de la vida, por considerarlo no oportuno; además de que no existen derechos absolutos, es indispensable ponderarlos respecto de otros derechos o valores.
3. Que la ponderación de derechos humanos debe tomar en consideración la dignidad humana que entiende a la mujer no como mero instrumento de reproducción de la especie humana; y el derecho a la salud en relación con el derecho a la autonomía personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
4. Requirió despenalizar el aborto en los casos de incesto, si existe denuncia ante las autoridades competentes; riesgo de salud física o mental de la madre, se exige certificación médica; y acceso carnal abusivo o acto sexual sin consentimiento, así como la inseminación artificial o la transferencia del óvulo fecundado no consentidas, para lo cual se exige la denuncia ante las autoridades competentes y certificación médica.

B. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina respecto del aborto

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;



2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Incluso, en caso de que a consecuencia de actos violentos se causare el aborto sin tener el propósito de provocarlo, el sujeto activo será reprimido con prisión, si le constaré el estado de embarazo.

También será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. En caso de que la mujer no logre el aborto no será sancionada, esto es la tentativa de la mujer no es punible.

En Argentina existe una *Guía técnica para la atención de los abortos no punibles*,<sup>41</sup> la cual señala como puntos centrales los siguientes:

- La práctica de un aborto no punible se realizará previa constatación, por parte de un médico, de la existencia de algunas de las causales de no punibilidad previstas en el artículo 86 del Código Penal.
- Para la constatación de los casos de peligro para la salud o la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1o., del Código Penal), el médico tratante deberá fundar su diagnóstico mediante los estudios pertinentes y en interconsulta con otro médico o profesional de la psicología, según corresponda.
- Para la constatación de los casos de violación o de atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2o.), el médico tratante deberá pedir que se le exhiba constancia de la denuncia policial o judicial de la violación.
- En el caso de la constatación de un peligro para la salud psíquica de la mujer, la interconsulta podrá realizarse a un médico o a un profesional habilitado legalmente para la práctica profesional de la psicología.
- No se exigirá autorización judicial ni dictamen de un Comité de Bioética.

Además la *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación toma como base los derechos de la mujer, estableciendo que debe ser usada en los siguientes casos, previstos en el artículo 86 del Código Penal<sup>42</sup> de acuerdo con la interpretación de ese artículo y conforme con las normas nacionales e internacionales:

---

<sup>41</sup> <http://www.derechoalaborto.org.ar/legis.htm> Consulta realizada en marzo de 2008.

<sup>42</sup> <http://www.derechoalaborto.org.ar/legis.htm> Consulta realizada en marzo de 2008.

- En casos de peligro para la vida de la mujer.
- En los casos de peligro para la salud de la mujer.
- Cuando el embarazo sea producto de una violación.
- Cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

La Constitución argentina, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía Constitucional y las leyes vigentes reconocen y garantizan el derecho a la igualdad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad y a la no discriminación, todos ellos derechos directamente vinculados con el derecho de la mujer a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley, señala dicha Guía al definir el marco jurídico que la avala.

a. La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina resolvió en el amparo 421- XXXVI sobre el aborto “inducido”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina resolvió el 11 de enero del 2001, el caso siguiente sobre el embarazo, en el que una mujer embarazada conoció que el hijo que esperaba carecía de masa encefálica, y que era inevitable la muerte de su hijo al nacer; por lo que interpuso un amparo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para obtener la autorización de que un médico le realizara un parto inducido. Dicho Tribunal Superior otorgó la autorización para que se procediera al parto inducido. Pero el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpuso un recurso extraordinario, para la revisión de dicho amparo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que no se trataba de un aborto, sino de un nacimiento “prematureo”, por lo adelantado del embarazo, y que el adelantar el nacimiento, no evitaría la muerte del feto, por lo que no se justificaría alargar el estrés innecesario, por lo que “adelantar el nacimiento no beneficia, perjudica al *nasciturus*... la muerte del *nasciturus* no se provocaría por adelantar el nacimiento, sino la gravísima patología que lo afecta”.

## Parte II. Resoluciones de tribunales y comisiones internacionales

A continuación se van exponer primero las resoluciones sobre el aborto de la Comisión Europea de Derechos Humanos; y luego la resolución de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), el caso de la señora Vo versus Francia. En el segundo

apartado, exponemos la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso, Nicaragua: derogación del aborto terapéutico, 2006.

## **1. La Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos**

Los numerales asignados en la exposición son las siguientes:

- 1) La Comisión Europea de Derechos Humanos: el caso Paton versus Inglaterra.
- 2) La Corte Europea de Derechos Humanos: el caso de la señora Vo versus Francia.

### **A. Comisión Europea de Derechos Humanos**

El asunto que resolvió el Tribunal Superior inglés, Queen's Bench Division at Liverpool en el caso denominado Paton versus British Pregnancy Advisory Service, en el que el actor, esposo de una mujer embarazada, solicitó un "requerimiento judicial" para que la opción de interrupción del embarazo fuera detenida; pero dicho tribunal inglés, resolvió infundada la demanda del esposo de la mujer embarazada, pues el tribunal señaló que la mujer embarazada, de conformidad con la The Abortion Act of 1967, podía optar por dicho procedimiento de aborto. Por lo que el padre se inconformó en contra de la sentencia dictada por el Queen's Bench Division at Liverpool en el caso denominado Paton versus British Pregnancy Advisory Service, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, por considerar que The Abortion Act of 1967 viola el derecho a la vida, previsto en el artículo 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Asimismo, sostuvo el actor, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, el derecho que pretende tener, como padre, para intervenir en el futuro del niño no nacido.

La Comisión Europea de Derechos Humanos no aceptó las pretensiones del actor, por las consideraciones siguientes:

1. La *Convención Europea de Derechos Humanos* no define de manera expresa si el feto tiene protección del derecho a la vida; como a diferencia de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que de manera expresa, si lo determina, en los términos siguientes, en su artículo 4, que a la letra dice: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

2. Que en los países de la Unión Europea existe divergencia respecto del tema de la vida, para unos comienza la vida desde la concepción, para otros, después, otros la viabilidad del feto, por lo que en cada caso debe protegerse de conformidad a lo que sus leyes internas señalen.
3. Independientemente de la legislación interna de cada país de la Comunidad Europea, la Comisión Europea debe proteger la vida del no nacido, por una parte, y, por otra, los derechos de la mujer. Por lo que la Comisión debe realizar una ponderación de derechos entre estos derechos que entran en colisión.
4. Las limitaciones a la vida, que pongan en riesgo la salud o la vida de la madre, deben de prevalecer los derechos de la madre. Por lo que cualquier legislación sobre el aborto, debe considerar en primer termino, los derechos de la mujer embarazada, por ser la primeramente afectada con el estado y desarrollo del embarazo; por lo anterior, los derechos del padre no pueden ser interpretados de ninguna manera que limiten los derechos de la mujer embarazada.

#### B. Corte Europea de Derechos Humanos, con el caso de la señora Thi-Nho Vo versus Francia, del 8 de julio del 2004

El caso es el siguiente: el 27 de noviembre de 1991, los señores Thi-Nho Vo de origen vietnamita, que acudieron para el examen del sexto mes de embarazo al Hospital General Público en la ciudad de Lyon. En ese mismo día y hora acudieron los señores Thanh Van Vo para que le fuera removido el anticonceptivo. Al momento de llamar al médico a la segunda de las citadas, por su apellido, la señora Vo, se le presenta la primera de las mencionadas, el médico inició de manera errónea el procedimiento de "remoción" del dispositivo intrauterino, pero en su lugar, rompió el saco amniótico, por lo que fue hospitalizada y no pudo la paciente recuperar el líquido perdido. Días después, el médico le comunicó que el embarazo no podía continuar. Por lo que la gestación fue interrumpida.

El 11 de diciembre de 1991, los señores Thi-Nho Vo demandaron en la Sala Penal de la Corte Criminal de Lyon al médico que cometió el error, alegando daños al demandante, y por homicidio no intencional del niño no nacido.

El 16 de enero de 1992, un grupo de expertos concluyeron que el feto era de sexo femenino y que tenía entre 20 y 21 semanas. El 31 de agosto de 1995, la Corte Criminal analizó si era persona humana un feto de 20 a 21 semanas de edad. Al no encontrar fundamento legal alguno para resolver dicha cuestión, por medio de evidencia científica resolvió, que se tiene vida humana hasta que el feto es viable, lo que se da a partir del sexto mes del embarazo. Por lo que concluyó la Corte Criminal de Lyon que en el presente caso no era viable, toda vez que no era persona humana,

pues no tenía los seis meses cumplidos, sino únicamente 21 semanas, por lo que desechó la pretensión del actor, respecto del homicidio, aunque sí admitió los daños intencionales.

El 10 de junio la parte actora, impugnó la decisión de la Corte Criminal de Lyon del 31 de agosto de 1995, ante la Corte de Apelaciones de Lyon. Esta Corte de Apelaciones revocó la sentencia impugnada y encontró culpable al médico por homicidio intencional, por lo que le impuso una pena de seis meses de prisión y una multa.

El 30 de junio de 1999, la Corte de Casación desechó la sentencia de la Corte de Apelación de Lyon, debido a que las sanciones deben ser interpretadas de manera estricta, y como no existe sanción por muerte provocada a un feto no viable, no era posible aplicar la sanción por homicidio, pero sí admitió la sanción por daños.

El 20 de diciembre de 1999 los actores acudieron a la Corte Europea de Derechos Humanos para impugnar la sentencia de la Corte de Casación citada, por lo que el caso se admitió con la denominación *Vo versus Francia*, por violación al derecho a la vida, previsto en el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea de Derechos Humanos resolvió la confirmación de la sentencia de la Corte de Casación de Francia, y resaltó las siguientes consideraciones:

1. Que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida en términos legales ni científicos. Existen países en los que el feto no goza del mismo estatus moral que los seres humanos y, por lo tanto, de la misma protección;
2. Que la diversidad de posturas, respecto de cuando inicia la vida, no contradice al artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que se ha permitido a los Estados que regulen dicho tema sobre la base de su diversidad de culturas legales;
3. Que no existe consenso sobre el inicio de la vida ni sobre la protección del feto; que la legislación francesa tiene una laguna legal respecto de la calificación jurídica del feto y de su protección, pero eso no quiere decir que el feto carezca de cualquier tipo de protección, pues, por el contrario, la vida del feto intrínsecamente está relacionada con la madre, entonces su protección la adquiere a través de ella.

## **2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

### **A. Caso Nicaragua: derogación del aborto terapéutico, 2006**

La Comisión Interamericana de Derecho Humanos respondió el 10 de noviembre del 2006, a una consulta realizada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nica-

ragua respecto de que en su país se había derogado el 26 de octubre del 2006, el artículo 165 del Código Penal, que contenía la figura jurídica del aborto terapéutico.

Por lo que esta Comisión Interamericana de Derechos Humanos de conformidad con el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>43</sup> instó al gobierno de Nicaragua a considerar los principios de derechos humanos que a continuación se exponen, en su decisión de ratificar la derogación de dicho artículo 165 del Código Penal citado.

Los organismos internacionales han emitido las siguientes relatorías:

1. Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la CIDH señaló que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio especializado y necesario para las mujeres que tiene por finalidad salvar la vida de la madre cuando se encuentre en peligro como consecuencia del embarazo, como lo sostiene la Relatoría sobre Derechos de la Mujer de la CIDH. La negación de este servicio atenta contra la vida, integridad física y de salud de las mujeres. Asimismo, es un obstáculo al trabajo de los profesionales de salud, cuya labor es proteger la vida y el tratamiento adecuado de los pacientes.
2. El Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas señaló en su decisión *Karen Noelia Llantoy versus Perú* que un Estado causa sufrimiento físico, moral y psicológico cuando deniega a una mujer el beneficio del aborto terapéutico.
3. Existen pronunciamientos en el mismo sentido por los organismos siguientes:
  - a. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer;
  - b. El Comité de los Derechos del Niño;

---

<sup>43</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 41, que dice lo siguiente:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) [...]
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y [...]

- c. El Comité contra la Tortura;
- d. El Relator Especial de la Naciones Unidas sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel de Salud Física y Mental;
- e. La Organización Mundial de la Salud.

En el sentido siguiente: sobre el impacto negativo en las mujeres de las leyes que prohíben todo tipo de aborto, que resultan altos índices de mortalidad materna y, por consiguiente, un problema de salud pública.

### III. Conclusiones

#### Se protege o no al concebido

1. Existen tres posturas para proteger o no al feto: otorgarle protección desde el momento de la concepción; negarle cualquier protección hasta el momento en que es viable; o determinar dos grados diferentes de protección: una estricta, a partir de que es viable y, otra tenue, mientras su vida depende de la madre.

En efecto, la comunidad científica internacional ha considerado —aunque existen diferencias al respecto— oportuno colocar la viabilidad del feto entre las 24 y 28 semanas del embarazo, antes de la semana 24 es excepcional que sobreviva: el bebe más prematuro del mundo que ha sobrevivido se llama Amilia, nació el pasado 24 de octubre del 2006, en el Hospital Infantil Baptista de Miami, Florida, a las 21 semanas.

Esta línea biológica ha sido considerada en diversos países al momento de elaborar leyes o dictar sentencias respecto del aborto. Existen las posiciones siguientes:

2. Tal es el caso del precedente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: *Roe v. Wade* (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, *Roe v. Wade* (1973), 22 de enero de 1973, Suprema Corte de los Estados Unidos), cuya columna vertebral es el concepto de viabilidad. Y donde la Corte se basó en dicho concepto para legalizar el aborto en ciertas etapas del embarazo. Este criterio fue ratificado en el caso *Casey v. Planned Parenthood* (*Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 29 de junio de 1992 Suprema Corte de los Estados Unidos), donde la Corte estadounidense estableció que la libertad de la mujer no podía ser limitada si no a partir de un límite fijo y claro. Dicho límite fue, precisamente, la viabilidad del feto.

3. Por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha querido resolver la cuestión de la viabilidad del feto, debido a la enorme diversidad de posturas entre los países de la Comunidad Europea. La legislación es tan disímil entre un país y otro, que la Corte siempre ha optado por delegar el tema a cada Estado: *Vo v. France*, 8 de julio de 2004, Corte Europea de Derechos Humanos.
4. Sin entrar al tema, el Tribunal Constitucional de Colombia señaló que fijar de manera precisa cuándo inicia la vida humana es una tarea compleja y controvertida aun en el plano estrictamente científico. Y, por ello, no consideró oportuno debatir este aspecto en su resolución: Sentencia de Constitucionalidad Condicionada C-355-06 del 10 de mayo de 2006 Corte Constitucional de Colombia.
5. El Consejo Constitucional de Francia y el Tribunal Constitucional de Alemania han recurrido a una ficción jurídica para establecer la protección de la vida desde la concepción, señalando una serie de excepciones para resguardar los derechos de la mujer: Decisión núm. 74-54 del 15 de enero de 1975, Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo del Consejo Constitucional de Francia; y Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39,1 del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania.

Se penaliza o no el aborto.

Las posturas sobre la penalización o no del aborto fueron las siguientes:

1. La calificación del feto como ser humano, otorgándole personalidad jurídica, y, por ello, una rígida protección estatal fundada en el derecho a la vida. Tal es la posición del Tribunal Constitucional alemán, el cual resolvió que el ordenamiento jurídico alemán debía otorgarle al no nacido un derecho a la vida independiente del correspondiente a su madre: Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39,1 del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania.
2. La postura contraria: aquella que le niega al feto la condición de ser humano. En estos casos es frecuente encontrar que la protección al feto resulta, más bien, de la obligación del Estado de proteger la vida en gestación. Lo cual no significa que sea titular de algún derecho fundamental, ni que goce de personalidad jurídica. Por tanto, en estos casos la protección es de menor grado o intensidad. En esta línea, tenemos que la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que el ordenamiento jurídico estadounidense no le había



otorgado nunca al feto la calidad de persona: 410 U.S. 113, *Roe v. Wade* (1973), 22 de enero de 1973, Suprema Corte de los Estados Unidos.

### La autorización a menores de edad para abortar

Este aspecto surge por la diferencia que existe entre la edad legal que define la mayoría de edad y la edad biológica en que la mujer puede ya embarazarse. De tal manera que diversos tribunales constitucionales e internacionales se han encontrado con situaciones donde mujeres menores de edad embarazadas consideran la posibilidad de abortar. En este contexto, la pregunta a resolver es la siguiente: ¿qué fuerza jurídica imprimirle al consentimiento de la menor de edad? Es decir, si el consentimiento de la menor de edad es suficiente para que aborte o, además, se le debe exigir la autorización de los padres o tutores.

De las sentencias analizadas, ninguna le negó totalmente fuerza jurídica al consentimiento de la menor.

1. La Corte Constitucional de Colombia consideró inconstitucional la legislación que despojaba de relevancia jurídica el consentimiento de la menor con el argumento del libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de las menores: Sentencia C-355/06.
2. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad de la ley que exigía el consentimiento informado de uno de los padres en caso de que la menor embarazada quisiese abortar. Esta Corte justificó tal decisión debido a que la misma legislación permitía la posibilidad de evadir la autorización de los padres, al establecer la alternativa judicial: *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 1992.

### Derechos del padre

Es reiterada la petición de los padres, como lo demuestran los debates sobre el aborto, para intervenir en el destino del feto o del niño no nacido. Varias sentencias son resultado, precisamente, de la búsqueda de protección constitucional de los derechos del padre potencial. Aquí lo que se plantea es lo siguiente: ¿es suficiente el consentimiento de la mujer embarazada para proceder al aborto o es obligado considerar también la opinión del padre?

1. De los debates se desprende, el argumento en favor de los derechos del padre potencial, que se centra en la igualdad entre padre y madre. Es decir, se arguye que si el padre intervino necesariamente en la concepción del feto, entonces, también debe gozar de la posibilidad de influir en la decisión para interrumpir el embarazo. En este punto, el Tribunal Constitucional de España

consideró que el padre potencial carecía de derechos debido a la peculiar relación que existe entre la mujer embarazada y el *nasciturus*. Esta relación afecta directa y primordialmente a aquélla y, por tanto, el padre no tiene derecho a intervenir: Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985.

2. En términos similares, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos apuntó que el derecho a elegir de una mujer no se pierde al momento de casarse y, por ello, declaró inconstitucional la ley que obligaba a la mujer embarazada avisarle a su esposo su deseo de abortar: *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey* (1992).
3. En el caso del *Queen's Bench Division at Liverpool* (Reino Unido) su decisión fue un tanto más legalista. Es decir, al no contemplarse el consentimiento del padre dentro de los requisitos que exigía para abortar *The Abortion Act of 1967*, entonces, el tribunal señaló que carecía de fundamento la pretensión de otorgarle derechos al padre potencial: *Paton v. British Pregnancy Advisory Service* (1978).
4. Al analizar este mismo caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos agregó lo siguiente: los derechos del padre potencial no pueden ser interpretados de ninguna manera que limiten o afecten los derechos de la mujer embarazada. Esto debido a que ésta es la persona directamente afectada con el estado y desarrollo del embarazo: *Paton v. United Kingdom* (1980).

## Derecho internacional y derecho comparado

Se utilizó por los tribunales nacionales, Superiores de Justicia, Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales o Salas Constitucionales el derecho comparado de manera especial para conocer los alcances y límites de derechos humanos como el derecho a la vida, derechos de las mujeres entre otros. Asimismo, se reutilizaron los argumentos aplicados por otros tribunales. El aprovechamiento de tales herramientas, arguyeron varios tribunales, se justifica por la complejidad misma del tema, que para tener un panorama mucho más amplio de sus matices, exige conocer las decisiones y argumentaciones de otros tribunales con el propósito de enriquecer la discusión. En este contexto, destacan el Tribunal Constitucional de Colombia, la Corte de Casación de Francia; así como la Comisión de Derechos Humanos de Europa, entre otros: Sentencia C-355/06 (Colombia); Demanda 96-80223 (Francia), y *Paton v. United Kingdom*, 1980 (Comisión de Derechos Humanos de Europa).

## Nociones básicas sobre multiculturalismo y sus interacciones con los derechos humanos

*Karina A. Hernández García\**

**RESUMEN:** El multiculturalismo es una herramienta teórico práctica que busca dar solución al complejo tema de la incorporación de los derechos de las minorías culturales en los estados democrático-liberales. Postula que a partir de una política del reconocimiento y del reemplazo de una ciudadanía tradicional a una que incorpore el aspecto cultural, es que podrán atenderse las reivindicaciones en esta materia. Por su parte, las pautas y procedimientos tradicionales vinculados a los derechos humanos se han visto incapaces para tratar importantes y controvertidas cuestiones relativas a los grupos minoritarios; generalmente, la doctrina de los Derechos Humanos busca responder a las demandas más generales o tradicionales (libertad de expresión, de votar, de tránsito, entre otras), sin ofrecer soluciones a aspectos más específicos que afectan a este sector. De esta manera, los principios tradicionales de los Derechos Humanos deberían estar complementados con una teoría de los derechos de las minorías, ya que frente a las condiciones de pluralidad cada vez más extensas, es necesario que el Estado reconozca y proteja la diversidad cultural de los sujetos colectivos que así lo reclaman.

**ABSTRACT:** *Multiculturalism is a theoretical and practical tool that seeks providing a solution to the complex problem of incorporating the rights of cultural minorities inside democratic and liberal states. It postulates that both a policy of recognition of these rights, together with replacing a traditional citizenship with one that incorporates cultural aspects, that these claims can be met. On the other hand, rules and procedures traditionally linked to human rights have been unable to solve important controversial issues in regard to these minorities. Human rights doctrine commonly seeks to answer more general o traditional demands (such as freedom of speech or electoral rights, among others) without addressing more specific claims that affect this sector. Human rights principles should be complemented with a minority rights theory because in the face of increasing pluralist conditions it is necessary that the state recognizes and protects the cultural diversity that collective actors claim.*

**SUMARIO:** Introducción. I. El multiculturalismo: una alternativa teórica y política. II. Tipología de las minorías. III. Taxonomía de sociedades multiculturales. IV. Postulados principales. 1. Política del reconocimiento. 2. Ciudadanía multicultural. V. Multiculturalismo y liberalismo. VI. Evolución del debate multiculturalista y su interlocución con la doctrina de los derechos humanos. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

---

\* Asistente de investigación en el Centro Nacional de Derechos Humanos de la CHDH.

## Introducción

**E**n el presente, el reclamo de reconocimiento público por parte de las diversas identidades colectivas (nacionales, éticas, raciales, lingüísticas, etcétera) cobra relevancia en la actualidad, puesto que su negación por parte de los Estados y/o gobiernos deriva en nuevas formas de exclusión, marginación, rechazo y discriminación que se nutren y se ven mediadas por el peso histórico de los prejuicios de las sociedades y sus culturas dominantes. En este marco es que el multiculturalismo ha buscado ser una herramienta práctica y teórica que amplíe el horizonte político y busque dar solución al complejo tema de la incorporación de los derechos de las minorías culturales en los Estados democrático-liberales.

El presente artículo se inscribe en la preocupación por entender cuál ha sido la utilidad del multiculturalismo para responder a las demandas culturales de los grupos minoritarios. Asimismo, es una primera aproximación a un tema de suyo complejo que forma parte de un debate abierto e inconcluso, en que el que, a veces, se imponen las visiones extremas del asunto. El artículo presenta una visión general sobre el tema, en el que se subrayan sus definiciones, sujetos de acción, y principales postulados —política del reconocimiento y ciudadanía multicultural. Además, busca mostrar el núcleo duro de la discusión entre el multiculturalismo y el liberalismo; así como, la evolución del debate multicultural en la política contemporánea, poner de relieve cómo la cuestión multicultural ha sido problematizada desde la perspectiva de los derechos humanos.

### I. El multiculturalismo: una alternativa teórica y política

Durante las últimas décadas, hemos presenciado el surgimiento de movimientos sociales de distinto carácter por todo el planeta que han evidenciado la fragmentación de sociedades aparentemente homogéneas, que son, a su vez, expresiones de la crisis del consenso interno.

En otros términos, ese resquebrajamiento del mundo contemporáneo se desarrolla vía dos procesos paralelos: la integración de grandes bloques entre distintos Estados impulsados por los procesos globalizadores y, a la vez, la reafirmación de distintas identidades y demandas que se oponen a la forma en que se imponen esas relaciones.

En este marco del colapso de los proyectos homogeneizadores, existe un extensivo compromiso hacia el gobierno democrático, el cual se esfuerza por hacer compatible el derecho a la diferencia en su sentido liberal. Sin embargo, los emplazamientos de la diferencia cultural cuestionan profundamente este paradigma libe-

ral en dos de sus aspectos fundamentales: la neutralidad del Estado y las libertades individuales de ciudadanos iguales ante la ley.

Esta tensión, se ve acompañada por la denominada erosión de los universales en el pensamiento post-fundamento,<sup>1</sup> lo cual originó que conceptos como los derechos humanos fueran un punto de crítica en virtud del esquema uniforme y con pretensión homogeneizante al que pertenecen.

Es en este contexto que el multiculturalismo surge como una posibilidad política ante el ascenso de la diferencia y funge, en la actualidad, como el motor teórico y político de movimientos de variada naturaleza. Su definición no es ajena a diversas connotaciones de acuerdo con el contexto problemático al que se le pretenda describir, y por eso, es conveniente especificar la que será utilizada a lo largo del presente artículo.

El estudio del multiculturalismo posee dos vertientes principales en su significado, el normativo y el factual. En su vertiente factual, o mejor denominada, multiculturalidad, se explica como de o perteneciente a una sociedad que se compone de grupos culturales variados.<sup>2</sup> De esta forma, se exhibe un hecho empírico o una categoría descriptiva y se remite a una realidad social en donde coexisten diversas culturas, sin dar cuenta del aspecto que ha generado mayor polémica: el normativo.

Una de las conceptualizaciones mejor construidas es la de León Olivé, para quien el multiculturalismo normativo es un concepto que se refiere a modelos de sociedad que sirven como guías para las decisiones y acciones de los representantes de los Estados, de los miembros de las diversas culturas, de los partidos políticos, de los ciudadanos en general, de Organizaciones No Gubernamentales y de organismos internacionales en materia de políticas culturales. Estos modelos incluyen concepciones acerca de las culturas, sus funciones, sus derechos y obligaciones; así como, las relaciones entre culturas e individuos, y las relaciones entre éstas.<sup>3</sup>

Los diversos intentos por construir una definición de multiculturalismo han traído aparejado un abanico de términos relacionados, como la política de identidad, la política de la diferencia, la política del reconocimiento o, de forma más precisa, la política del reconocimiento de las diferencias identitarias, lo cual ha propiciado un desplazamiento en el lugar ocupado tradicionalmente por la categoría de análisis de la política de clases.

---

<sup>1</sup> Ver Benjamin Arditto, "La impureza de los universales" en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 10, Madrid, diciembre de 1997, y del mismo autor, "El debilitamiento de las certezas", en *Conceptos. Ensayos sobre teoría política, democracia y filosofía*, Asunción, CDE / RP Ediciones, 1992, especialmente pp. 160-178.

<sup>2</sup> Ver *Oxford English Dictionary*, y para una definición más exhaustiva, León Olivé, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, UNAM / Paidós, 1999, p. 58.

<sup>3</sup> León Olivé, *op. cit.*, p. 59.

## II. Tipología de las minorías

Es importante delimitar cuáles serán los grupos minoritarios que reivindican el derecho a la diferencia y a los que van a estar dirigidas las políticas multiculturales. Cuando se hace alusión al concepto de minoría se hace referencia a la relación existente entre mayoría y minoría al interior de determinadas fronteras como las de los Estados. Sin embargo, existen diversos tipos de minorías que han sido tema de preocupación del liberalismo, derivada de las exigencias en sus demandas especiales de representación institucional y de protección constitucional, como las minorías nacionales, las minorías políticas, los grupos étnicos, las de migrantes y las no étnicas.

El primer referente histórico que encontramos en el concepto de minoría son las de carácter político. Éstas, debido a su condición de inferioridad numérica con respecto a otros conjuntos de individuos en los cuerpos electorales, en las asambleas representativas, y en los órganos que éstas nombran, entre otros aparatos políticos,<sup>4</sup> reclaman condiciones más equitativas de representatividad. Aparecen como la primera preocupación del liberalismo y éste otorga estos espacios de reconocimiento como una manera de legitimarse y de enriquecer el sentido deliberativo igualitario, como parte primordial de su forma de operar.

No olvidemos que la democracia liberal fue, en cierta forma, una respuesta al modo como el feudalismo definía los derechos políticos y económicos, en función del grupo o de la filiación a la que pertenecían; de tal suerte, el reconocimiento de espacios a las minorías políticas se encamina como una nueva manera de incorporar a sectores históricamente excluidos.

Posteriormente, han surgido otras minorías ya no circunscritas a los espacios de representación política, sino que se congregan en esferas distintas a las oficiales y, desde ahí, impulsan movilizaciones y promueven la creación de políticas diferenciadas que toleren y reconozcan sus identidades, como es el caso de las minorías culturales y sus subdivisiones.

Paolo Comanducci se refiere a las minorías culturales como conjuntos de individuos que, aunque no sean menos numerosos que otros conjuntos de individuos, se encuentran —por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo— y dependiendo de sus características raciales, sexuales, étnicas o lingüísticas, en una condición de desventaja —de subalternidad o de menor poder— con respecto a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Cf. Miguel Carbonell, *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, México, Colección FUNDAP Derecho, Administración y Política, 2002, p. 25.

<sup>5</sup> Paolo Comanducci, "Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico-neo-ilustrado", en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez, comps., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, UNAM / Porrúa, 2001, pp.194-195.

Así también, encontramos a las minorías étnicas, definidas como un grupo de personas, diferenciadas a partir de características religiosas, lingüísticas y culturales que coexisten al interior de un Estado nación y que son resultado, principalmente, de la inmigración. En esta categorización, también se pueden incluir las minorías nacionales como aquellos grupos que formaban sociedades completas y operativas en su tierra natal histórica, antes de verse incorporadas a un Estado mayor. La categoría de las minorías nacionales incluye tanto a las naciones subestatales y a los pueblos indígenas.<sup>6</sup>

Las naciones subestatales no poseen un Estado en el cual pudieran ser ellas mismas una mayoría, porque perdieron la lucha en el proceso de formación de los Estados, aunque bien pudieron haberlo tenido o constituido.<sup>7</sup> Los pueblos indígenas, por su parte, son grupos que fueron aislados de este proceso y permanecieron fuera de este sistema de Estados principalmente europeos.

Por otro lado, las minorías no étnicas son consideradas como sectores en desventaja. Tal es el caso de los homosexuales, las personas con discapacidad, así como, otros grupos que se caracterizan por compartir un estilo de vida, metas comunes y buscan no ser discriminados al interior de sus sociedades. Pueden incluirse, aunque en un plano especial, las mujeres dadas sus condiciones de vulnerabilidad y marginación.

### III. Taxonomía de sociedades multiculturales

Uno de los retos del multiculturalismo es romper con la visión homogénea que se tiene de la sociedad. Al seguir esa línea de pensamiento, resulta imposible señalar la existencia de un solo modelo multicultural, ya que, por el contrario, somos testigos de la existencia de multiplicidad de modelos de sociedades que son plurales en términos culturales. Kymlicka aplica el término multicultural a partir de dos características o adjetivos, lo multinacional y lo poliétnico, y de esta forma, alude a las dos formas principales del pluralismo cultural.

Para tener un criterio en la diferenciación de las sociedades multiculturales, hay que remitirnos al concepto de nación. Will Kymlicka, quien usa como análogos los términos de cultura, nación y pueblo, enfatiza el sentido sociológico de nación, al afirmar que ésta significa una "comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que compar-

---

<sup>6</sup> Will Kymlicka, "El nuevo debate sobre el derecho de las minorías", en *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 33.

<sup>7</sup> *Ibid.*, nota 15, p. 33.

te una lengua y una cultura diferenciadas”<sup>8</sup>. De forma complementaria, Alain Touraine es contundente al afirmar que “la idea de nación es más política que cultural o comunitaria... por lo tanto, sólo existe por la asociación de una organización económica y una conciencia de identidad cultural”<sup>9</sup>. Cabe insistir que Estado y nación son conceptos distintos. El Estado es un poder político y administrativo unificado, soberano, sobre un territorio limitado que se reserva a sí mismo el monopolio de la violencia legítima,<sup>10</sup> mientras que la nación es un concepto más social que no se enlaza con la soberanía política y que incluso es anterior al Estado. Así, Luis Villoro,<sup>11</sup> señala cuatro condiciones para aplicar el concepto de nación a una asociación humana:

1. Comunidad de cultura como el ámbito cognoscitivo en sus esferas subjetivadas y objetivadas.
2. Conciencia de pertenencia. Asumir una forma de vida, incorporarse a una cultura, hacer propia una historia colectiva.
3. Proyecto común, pues una cultura es continuidad, es el peso de los acontecimientos pasados en el presente y es proyecto, elección de fines y valores que dan sentido a la acción colectiva, es adhesión a fines colectivos comunes.
4. Relación con el territorio.

Estos supuestos pueden presentarse en distintas formas e intensidades y algunas naciones presentan una condición con más fuerza que otras.

La distinción entre Estado, organismo político, y el de nación, símbolo de unidad social, resulta útil para explicar como la coexistencia en un mismo territorio de diversos pueblos es fuente de diversidad cultural. La relación entre el Estado y las naciones que lo componen se ha establecido de forma tanto involuntaria como voluntaria. La primera, formada a través de distintos mecanismos normativos como la anexión, la invasión, la asimilación y la conquista de un territorio por otro, (Canadá, y Estados Unidos).<sup>12</sup> Pero también se ha suscitado de forma voluntaria, donde todas coinciden en sumarse en una federación (Suiza, Bélgica).

---

<sup>8</sup> Will Kymlicka, *Cudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 36.

<sup>9</sup> Alain Touraine, *¿Podremos vivir juntos?*, Buenos Aires, FCE, 1997, pp. 205-206.

<sup>10</sup> Max Weber, “Conceptos fundamentales sociológicos”, en *Economía y sociedad*, México, FCE, 1964, parte I, p. 45.

<sup>11</sup> Luis Villoro, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós / UNAM, 1998, pp. 13-28.

<sup>12</sup> La construcción estatal de Estados Unidos se hizo a partir de la noción del *melting pot*, entendida como una forma de relacionarse étnica y nacionalmente, en el que los individuos mantienen su identidad originaria, a condición de integrarse culturalmente hacia un sector mayoritario. El *melting pot* está fundado en un enfoque integracionista y su opuesto es el modelo multicultural, que se basa en la diferenciación en la unidad.



Estos modelos en la configuración de los Estados-nacionales mencionados, contribuyen a aclarar la diferenciación de las sociedades multiculturales que utiliza Kymlicka: los Estados multinacionales y los Estados poliétnicos. Los Estados multinacionales son aquellos en los cuales coexisten una o más minorías nacionales dentro de un único Estado; los Estados poliétnicos son los que se componen por diferentes grupos de inmigrantes, provenientes de culturas diferentes y que mantienen hasta cierto punto algunas particularidades étnicas.

Actualmente, gran parte de las sociedades multiculturales comparten características propias de alguno de estos modelos. De hecho, la mayoría de los Estados son multinacionales en virtud de que sus fronteras fueron trazadas donde existían culturas que incluso poseían una forma integral de vida con valores culturales y sistemas normativos, pero también algunos son al mismo tiempo poliétnicos, producto de las oleadas de inmigración individual y familiar que recorren todo el planeta.<sup>13</sup>

No obstante, muchos Estados todavía son renuentes a aceptar su carácter multinacional y, por efecto, a otorgar el reconocimiento de derechos a sus minorías nacionales. La mayoría avala su característica como Estado poliétnico, formado de inmigrantes, pero no de minorías nacionales. La presión en los foros internacionales de protección a las minorías trabaja para que esta tendencia se revierta, pero estados como Australia y Nueva Zelanda —que se integran por minorías nacionales— se niegan e interpelan que sólo serán aplicables los tratados a aquellos países con minorías no nacionales, lo cual sigue representando un freno a la exigencia por hacer efectiva la defensa de estas minorías.

## IV. Postulados principales

### 1. Política del reconocimiento

Uno de los componentes fundamentales del multiculturalismo es la exigencia de reconocimiento del otro en su nexos con la constitución de la identidad; esta última, entendida como el equivalente a la interpretación que hace una persona de quién es ella misma y de sus características definitorias fundamentales como ser humano.<sup>14</sup>

Charles Taylor, uno de los principales teóricos del multiculturalismo, apunta dos cambios que propiciaron la preocupación por la relación entre la identidad y el re-

---

<sup>13</sup> Cf. Will Kymlicka, *op. cit.*; la propuesta de Kymlicka se complica puesto que en la caracterización multinacional de Canadá, se incorporan a la vez, aspectos étnicos (de los aborígenes).

<sup>14</sup> José Alejandro Salcedo Aquino, *Multiculturalismo. Orientaciones filosóficas para una argumentación pluralista*, México, UNAM / Plaza y Valdés, 2001, p. 42.

conocimiento: el desplome de las jerarquías sociales, que solían ser base del honor entendido bajo el antiguo régimen y, como efecto de esta caída, el surgimiento del concepto de dignidad, empleado en un sentido universalista e igualitario.<sup>15</sup> El discurso del reconocimiento tiene sus aplicaciones en el ámbito de lo privado, en la definición de las identidades dialógicas individuales. Sin embargo, ha tenido una mayor incidencia en el espacio público, el cual se ve determinado por el momento de la introducción de un universalismo, que subraya la dignidad igual para todos los ciudadanos. Así, es que se afirma y defiende una categoría generalizada, la de la dignidad humana de las personas como un derecho universal.

Por ello, Taylor propone que, dada la demanda de reconocimiento de las diferencias a partir de las identidades propias, surja una política del reconocimiento que atienda a los reclamos de justicia ante las desigualdades, es decir, que funcione como un dispositivo estratégico que servirá para establecer una relación satisfactoria entre las demandas particulares y los criterios generales de la ciudadanía.

Para Taylor, la tesis se funda en que nuestra identidad se moldea, en parte, por el reconocimiento, por la falta de éste, y, a menudo, también por el falso reconocimiento de otros; por lo que un individuo o un grupo de personas pueden sufrir un verdadero daño (*harm*), una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, degradante o despreciable de sí mismo.<sup>16</sup>

De esta forma, se expresa que la identidad de un individuo está determinada por el reconocimiento del otro, pero en el momento en que el otro no lo otorgue o lo haga de forma distorsionada, se estará ejerciendo una opresión, que podría equipararse, como lo apunta Alan Arias, a una privación de la libertad, en virtud de los términos utilizados en la argumentación de Taylor. Se trata de una opresión que puede identificarse como una violación de un derecho universal, derivado de una demanda particular, que es la de identidad. De ese modo, podría inferirse que las demandas de las minorías alcanzarían el rango universal de una lucha por la libertad, de una lucha por la exigencia de un derecho fundamental como condición para detener su violación sistemática.<sup>17</sup>

Esta postura puede implicar un riesgo, ya que podría sugerir que las demandas de reconocimiento identitarias al emplazarse como luchas por derechos universales conduzcan a la generación de formas extremas de autodeterminación, como la secesión o la creación de nuevos Estados, las cuales sólo estarían justificadas, cuando

---

<sup>15</sup> Charles Taylor, *El multiculturalismo y política del reconocimiento*, México, FCE, 1993, pp. 43-44.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 45-46.

<sup>17</sup> Alán Arias Marín, "Claves críticas del multiculturalismo. Política del reconocimiento y ciudadanía multicultural", en *Debate multicultural y derechos humanos*, México, CNDH, 2006, pp. 20-21.

estén derivadas de una violación sistemática, por parte del Estado, de los derechos individuales básicos de la mayoría de su población.

Taylor acepta el carácter dialógico de las identidades humanas, elaboradas en respuesta a nuestras relaciones, dependientes del dinamismo y de la evolución socio-política. Por consiguiente, las identidades humanas se nutren tanto de una visión individualizada (atomista) de los individuos como de aquella que enfatiza lo social (holista).<sup>18</sup> No obstante, la cuestión de las identidades colectivas en las sociedades modernas es más compleja, puesto que remite a una percepción de la diferencia y la contraposición con los otros que producen, como resultado, diversas formas de acción colectiva.<sup>19</sup> Esta multiplicidad les otorga capacidad política para el emplazamiento de fuerzas, actores políticos y movimientos, lo que ha permitido que la noción de identidad colectiva se haya concentrado en las minorías vulneradas y discriminadas, donde la dependencia en la conformación de la identidad agudiza las demandas con un sentido radical y urgente. En esta época moderna, el reconocimiento deberá ganarse por medio de un intercambio de arreglos políticos institucionales; además de que surge de la ponderación de las condiciones en que el intento de ser reconocido puede fracasar.<sup>20</sup>

El cuestionamiento sigue abierto: ¿hacia dónde orientar el reconocimiento y hasta dónde tolerarlo? Si bien existen sociedades liberales intolerantes a la diferencia, porque insisten en la aplicación igualitaria de las reglas, también se hallan aquellas en las que se puede adoptar una postura intermedia y, así, se llegue a ponderar cuáles son los presupuestos del trato uniforme que resulten imprescindibles para la sobrevivencia cultural (derechos colectivos).

Las aproximaciones para resolver la pregunta son variadas. Taylor reivindica una postura en la que se formulen auténticos juicios de valor igualitario que se apliquen a las costumbres y a las creaciones de aquellas culturas diferentes,<sup>21</sup> es decir, apela a la fusión de horizontes<sup>22</sup> normativos que puedan conllevar una valoración más equitativa y justa de las culturas ajenas o no estudiadas. Es decir, el estudio de otras culturas, exige que los criterios de evaluación propios se transformen de acuer-

---

<sup>18</sup> Para el estudio de las cuestiones del atomismo y del holismo filosóficos, ver Charles Taylor, *Argumentaciones filosóficas*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 239 y ss.

<sup>19</sup> Alán Arias Marín, *op. cit.*, p. 21.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>21</sup> Charles Taylor, *op. cit.*, p. 101.

<sup>22</sup> Concepto utilizado por Charles Taylor en su ensayo *La política del reconocimiento*, pero acuñado por Gadamer, en el que trata del desarrollo de nuevos vocabularios de comparación, por cuyo medio es posible expresar estos contrastes.

do con el reconocimiento de otros sistemas normativos, aunque, finalmente, como señala Olivé, estos estándares, aún transformados, seguirán siendo nuestros.<sup>23</sup>

En esta discusión, John Rawls, por su parte, propone la idea de un consenso traslapado (*overlapping consensus*), como un consenso construido a partir desde diversas concepciones políticas y culturales, que logra estabilizarse en virtud de que los discursos valorativos incluidos en el consenso son afirmados por los actores políticos y las comunidades, siempre y cuando, los reclamos de justicia diferenciados, no supongan una conflictividad mayor respecto de los derechos individuales, de carácter universal, que son los que garantizan, en última instancia, la capacidad de legislación de todos los derechos, incluidos los de reconocimiento cultural, particulares y diferenciados de suyo.<sup>24</sup>

Por su lado, Michael Walzer aborda los criterios de valoración respecto de los otros y sus culturas a partir de la distinción entre comunidad moral, definida como aquella en la que los miembros se hallan unidos entre sí por la comprensión que comparten respecto de los bienes sociales (poder, riqueza, educación), es decir, por la afirmación de consensos duros con fuerte carga identitaria; y, por otro lado, la comunidad política, en la que los individuos se vinculan a través de actos de consentimiento que crean o delimitan una autoridad soberana, también denominados consensos débiles.

Para este filósofo, el criterio para la coexistencia entre culturas antagónicas se encuentra en la confluencia limítrofe entre estos acuerdos o esferas. Por ejemplo: se puede comprender a quienes luchan en contra de un régimen tiránico sin entender a fondo sus necesidades para rebelarse, ni los motivos de sus decisiones internas, que se configuran como un conjunto de consensos duros; sin embargo, ambos estaríamos en desacuerdo con el régimen tiránico y sus acciones represivas. Esto es, apoyamos su lucha en contra de la tiranía sin, tal vez, comprender su moralidad máxima. Son estos puntos de acuerdos fronterizos o mínimos, los que pueden constituirse como valores universales, como premisas para la coexistencia pacífica entre culturas diversas e, incluso, antagónicas. Para Walzer, estos consensos mínimos no son expresión de una moralidad neutral sino el mínimo común denominador de las

---

<sup>23</sup> León Olivé, "Multiculturalismo: ni universalismo, ni relativismo", en *Filosofía moral, educación e historia*, México, UNAM, 1996, p. 136.

<sup>24</sup> En el consenso traslapado, las doctrinas razonables suscriben la concepción política, cada una desde su punto de vista. La unidad social se basa en un consenso sobre la concepción política, y la estabilidad es posible cuando los ciudadanos políticamente activos, así como cuando los requisitos de justicia no entran en demasiado conflicto con los intereses esenciales de los ciudadanos, según se forman y promueven mediante sus acuerdos sociales. Ver John Rawls, *Liberalismo político*, México, FCE / UNAM, 1995, p. 137.

moralidades densas.<sup>25</sup> Son estas ideas básicas las que constituyen el así designado minimalismo moral.

## 2. *Ciudadanía multicultural*

A la luz de las demandas por derechos culturales minoritarios, los ciudadanos que postulan una integración en la diferencia, replantean la condición tradicional del ciudadano como receptor de derechos universales. El debilitamiento de la figura de la ciudadanía, mecanismo homogeneizador de derechos del hombre en sus inicios, se encuentra vinculado a la crisis por la que atraviesan los Estados en su esfera social, de cara a los fenómenos globalizadores. Asimismo, la ciudadanía en su sentido clásico, demuestra su incapacidad para modificar el tratamiento de las demandas de los grupos culturalmente diferenciados.

El reconocimiento de las minorías, dice Kymlicka, corresponde no a una simple ampliación de los derechos individuales hacia los colectivos, sino a un nivel cualitativamente superior<sup>26</sup> donde el establecimiento de mecanismos de compensación socioeconómica o la apelación a la tolerancia como modo para lograr la integración social no son suficientes.

Los valores comunes que alguna vez fungieron como articuladores de la unidad dentro de los Estados, como la historia común, la lengua, la religión dominante y la cultura compartida, ahora no se corresponden a las características del pluralismo cultural de los Estados multinacionales o poliétnicos. Por lo tanto, es necesaria una ciudadanía que persiga una auténtica integración, que tenga presentes las diferencias culturales y esté en condición de asumirlas, como podría serlo —en la propuesta de Kymlicka— la ciudadanía multicultural o diferenciada.

Se trata de transitar de un paradigma común e indiferenciado, es decir, de una categoría que trata a las personas como individuos, con iguales derechos ante la ley, a otro que recoja las especificidades culturales, pero mantenga un signo de identidad cívica, uno que no pierda el nexo con el Estado en el que se reproduce.

Esta ciudadanía multicultural es un modelo que está en proceso de construcción y se relaciona con el plano de la solidaridad,<sup>27</sup> que es un requisito que garantiza la estabilidad social y de promoción de derechos y satisfactores, que responden a las demandas asociadas a los grupos culturales. El plano de la solidaridad es uno su-

---

<sup>25</sup> Rafael del Águila, "Estudio introductorio", en Michael Walzer, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 1996, pp. 14-18.

<sup>26</sup> Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural...*, pp. 226 y ss.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 240 y ss.

perior al de la tolerancia liberal y en él se incorporan toda una serie de derechos. Tales derechos pueden ser clasificados como sigue: 1) derechos poliétnicos, destinados a proteger prácticas culturales y religiosas específicas a través de sus propias instituciones (las comunitarias); 2) derechos de representación para grupos especiales, dentro de las instituciones políticas de la sociedad mayoritaria, y 3) derechos de autonomía, política territorial y autogobierno que están restringidos a los grupos etnonacionales y buscan garantizar el desarrollo total y libre de sus culturas a través de alguna forma de autonomía política o jurisdicción territorial.<sup>28</sup>

Los derechos poliétnicos y de representación contribuyen al sentido de solidaridad entre las comunidades, pues tejen vínculos que se expresan en mayores niveles de participación y de inclusión. Estos derechos son manifestación del deseo de los grupos excluidos por integrarse y para que sus prácticas sean reconocidas y aceptadas dentro de las democracias liberales. Como se podrá ver, sería manipulador pensar que esas prácticas puedan conducir al desmoronamiento estatal y a la pérdida de una identidad común, ya que sus acciones se guían por una lógica integracionista y de unidad política y no por la amenaza de secesión o balcanización.

De modo que, en la medida en que el Estado responda a estas reivindicaciones, el ciudadano percibirá que sus diferencias son alentadas, no sometidas y subordinadas, y, en efecto, desarrollará una lealtad hacia el Estado en el que siente que su identidad nacional será respetada y enriquecida.

## ***V. Multiculturalismo y liberalismo: una relación conflictiva***

Los principales teóricos del multiculturalismo sostienen la matriz liberal de este pensamiento y mantienen por ello (y en todas sus formas), una discusión que toma la forma de una revisión obligada de la tradición liberal-democrática.

El reto más importante que plantea el multiculturalismo al liberalismo estriba en cómo integrar a nuestras actuales sociedades democrático-liberales, las demandas particularistas formuladas por los diversos grupos que cohabitan en su seno, las cuales reivindican un estatus especial o derechos específicos para sus identidades distintivas. Estas demandas parecen trascender el horizonte teórico-normativo liberal (principios, instituciones y reglas de decisión), de ahí que, el multiculturalismo compele a replantear los fundamentos de la democracia liberal. Estos fundamentos liberales de dichas sociedades consisten en reglas y postulados regidos por principios abstractos y neutrales, así como por derechos universales que son asignados a

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 46-55.

los individuos, independientemente de su pertenencia de grupo y organizados de forma contractual.

Las soluciones planteadas por el multiculturalismo buscan ser una respuesta alternativa al modelo centralista y uniforme de ciudadanía que se impuso de manera más o menos paradigmática, con sus particularidades en cada caso, en el conjunto de los Estados modernos, tras la Revolución Francesa. Este modelo de ciudadanía fundado en la idea de que la identidad cultural representaba una cualidad secundaria y accidental del hombre universal, montaba su estrategia sobre la asimilación de los individuos a los valores igualitarios y universalistas de la República. De esta forma, la integración debía conducir hacia una comunidad política de ciudadanos, y no a una federación de grupos étnicos o culturales. Las particularidades de los valores y tradiciones de los individuos no eran trascendentales e, incluso, figuraban como elementos potenciales de fragmentación.

Esta perspectiva unidimensional en la configuración de los Estados nacionales, ha derivado en las últimas décadas, en una crisis que se exhibe de forma más cruda en los conflictos de nuevo tipo y en los que, debido a una aguda crisis de legitimidad y a la falta de soluciones disuasivas y preventivas efectivas, han estallado —a menudo— en conflictos violentos. Ante tal situación, el multiculturalismo ha tratado de ofrecer un nuevo panorama de respuestas que abren posibilidades de legitimación y de criterios de posibles mayorías. No obstante, como lo señala Alan Arias, prevalecen en el discurso multicultural contradicciones derivadas, principalmente, de una politización (ideologización) de algunos de los conceptos claves que distorsionan el debate del multiculturalismo con la teoría política liberal.

Sin embargo, los esfuerzos realizados por diversos teóricos para ventilar la problemática de los derechos de las minorías frente al liberalismo democrático, independientemente del énfasis comunitarista, liberal o pluralista<sup>29</sup> en las interpretaciones, han contribuido, en sus contraposiciones, a enriquecer el debate y a ampliar el horizonte sobre los derechos específicos de ciudadanía de algunos grupos minoritarios.

Por su parte, en la arena política, los distintos Estados que han llevado a la práctica variadas políticas multiculturales, en especial, motivados por la creciente migra-

---

<sup>29</sup> En el estudio sobre el multiculturalismo han predominado tres modelos: el liberal, el comunitario y el pluralista. El primero enfatiza la noción de persona como agente moral y, con ella, se asienta el punto de partida individualista. El segundo se fundamenta en la defensa de los derechos de las comunidades, los cuales son necesarios para la preservación, reproducción y prosperidad material y cultural de las mismas. Por último, el tercer modelo acepta que todos los sistemas cognoscitivos y morales son inconmensurables, es decir, que no es posible hacer una evaluación de ellos bajo un grupo único de estándares. El pluralismo multicultural rechaza los absolutos y los relativos, los universales y los particulares, y, más bien, se esfuerza por aceptar y respetar la diversidad en los componentes culturales, morales y religiosos de las sociedades.

ción en sus países y por la presencia de pueblos aborígenes, han generado una diversidad de resultados distantes entre ellos, producto, a la vez, de las múltiples formas que dichos arreglos políticos han adquirido.

En estos acuerdos procedimentales, las herramientas del constitucionalismo democrático han servido para acomodar, en los distintos órdenes constitucionales, nuevas formas jurídicas, así como la implementación de acciones positivas que tratan de reequilibrar y redistribuir las oportunidades entre los géneros, razas y entre personas con diferentes capacidades, a través de un trato preferencial que, a menudo, implica el aumento de presencia de un grupo infra-representado en una determinada posición.

El constitucionalismo y la teoría política dominante asumieron la homogeneidad cultural y la composición uninacional de los Estados, obviando el tema de las minorías, principalmente en su vertiente cultural, pues sólo manifestaron su interés en las minorías de carácter político. Como lo afirma Sartori, “en el ámbito constitucional, lo que preocupa son las minorías no las mayorías”. En ese sentido, el constitucionalismo ha tratado de limitar y regular los posibles abusos que las mayorías puedan infligir hacia las minorías, mediante mecanismos de control constitucional y a través de la regulación de los derechos fundamentales, los cuales no pueden ser eliminados por la postura de la mayoría. Asimismo, el constitucionalismo moderno ha impuesto restricciones sobre la producción legislativa de las mayorías.

La idea de crear estatus jurídicos diferenciados, específicamente, destinados a las minorías étnicas y culturales, no se encuentra en concordancia con los mandatos de igualdad bajo los que se rigen los cuerpos constitucionales, aunque esta situación cambia cuando aparece la diferencia cultural.<sup>30</sup> Las diferencias son definidas como los rasgos específicos que individualizan, haciéndolas distintas a las demás, a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales.<sup>31</sup> Las diferencias conforman las distintas identidades, mientras que las desigualdades —relacionadas con posiciones de poder y sujeción— configuran las diversas esferas jurídicas.<sup>32</sup>

Acorde con Ferrajoli, existen cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias, o dicho en otros términos, cuatro formas de procesamiento jurídico de las diferencias:

---

<sup>30</sup> Miguel Carbonell, *op. cit.*, p. 28.

<sup>31</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 82.

<sup>32</sup> *Idem.*



- a) el primero es el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias”, modelo en el que las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan, ni se reprimen, simplemente se las ignora;
- b) el segundo es la “diferenciación jurídica de las diferencias”, con el que se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras, las cuales se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción o, a veces, incluso, de persecución;
- c) el tercer modelo es la “homologación jurídica de las diferencias”, en el que las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad;
- d) el cuarto modelo es la “igual valoración jurídica de las diferencias”, que se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.<sup>33</sup>

Según Ferrajoli, este último modelo no ignora las diferencias, sino que al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Este cuarto modelo es el más apropiado para la acción constitucional de los Estados en el tratamiento de las diferencias culturales. Su búsqueda por cumplir con el imperativo igualitario desde una perspectiva normativa, protege los derechos fundamentales e incorpora las distintas identidades que hacen de cada persona, un individuo distinto a otro. La igualdad, desde esta óptica, quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales, por lo que, no basta su enunciación, sino su efectiva observancia y, en caso de infracción, su sanción. Es así que, esta propuesta no soslaya las diferencias, sino que busca reconocerlas como aspectos que determinan las relaciones sociales y dado el riesgo de que las diferencias se conviertan en factores de desigualdad social, enfatiza la importancia de otorgarles una igual validación jurídica.

De esta manera, la idea de que los buenos gobiernos son aquellos que gobiernan sin fines diferenciados, sólo podría significar la permanencia indistinta de las diferencias y desigualdades tratadas de forma generalizada, lo cual no podría dar solución a las reivindicaciones en materia cultural. Por lo que, como señala Miguel Carbonell, “un aspecto es que el Estado, sus reglas y sus instituciones no sean neutrales y otra muy distinta es que el propio Estado sea administrado como si perteneciera a uno solo de los grupos que conforman una sociedad”.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 74-76.

<sup>34</sup> Miguel Carbonell, *op. cit.*, p. 79

La acción del Estado, al romper con su neutralidad, podría encaminarse hacia el campo de los derechos diferenciados, los cuales, son los que pueden permitir que se mantengan y garanticen las peculiaridades culturales, a las que apelan dichos grupos minoritarios. Estas particularidades culturales son manifestaciones que no tienen una forma de expresión estrictamente personal ni reservada a la esfera privada, por lo que el reconocimiento de las diferencias culturales no puede quedar relegado al ámbito de la privacidad, sino que precisa una serie de medidas políticas públicas, que de esta forma, logren revertir la condición de exclusión y discriminación de las minorías culturales.

Por otra parte, la implementación de las políticas multiculturales sólo tendrá fecundidad cuando exista un régimen al menos tendencialmente democrático, o en fase de transición. El terreno social y cultural que propicia el multiculturalismo es el de las sociedades abiertas<sup>35</sup> que han superado la lucha por la defensa de los derechos humanos y que poseen una cierta calidad democrática. Para Popper, una sociedad abierta se expresa por la presencia, en diversos grados y modalidades, de tres rasgos principales: racionalismo crítico, libertad individual y tolerancia.

Finalmente, y a pesar de las contradicciones y dificultades de la discusión, se puede sostener que el debate en torno a las relaciones de la democracia liberal con el multiculturalismo, está contribuyendo sustantivamente al desarrollo democrático, en tres terrenos:

- 1) Entender mejor los límites culturales de la tradición liberal-democrática, tanto en la teoría como sobre todo, en la práctica institucional y de los procesos de toma de decisión.
- 2) Entender la interculturalidad no como un hecho empírico inevitable, sino como un valor político y social que es preciso proteger.
- 3) Contribuir a una mejor realización, ética y funcional, de los valores universales del liberalismo democrático, que se sitúa más allá de los sesgos culturales que han sido introducidos en la práctica de las democracias liberales durante los dos últimos siglos.<sup>36</sup>

De esta forma, las políticas multiculturales dirigidas hacia las minorías no se encuentran en conflicto irresoluble con los principios liberales y, por el contrario, pueden ser consistentes y enriquecedoras, pues contribuyen a exigir libertad dentro del grupo minoritario y a buscar esquemas de igualdad entre los grupos minoritarios y

---

<sup>35</sup> Ver Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 1992.

<sup>36</sup> Ferran Requejo y Ricard Zapata-Barrero, "Multiculturalidad y democracia", en Joan Antón Mellón, coord., *Las ideas políticas del siglo XX*, Madrid, Ariel, 2002, pp. 23-24.

mayoritarios. Sólo en este sentido, los derechos de las minorías sí podrán tener cabida dentro de los principios liberales.

## VI. Evolución del debate multiculturalista y su interlocución con la doctrina de los derechos humanos

El debate filosófico en torno al multiculturalismo y los derechos de las minorías ha cambiado drásticamente en los últimos años, tanto en su ámbito de investigación, como en su terminología básica. Hace no mucho tiempo, los temas de la etnicidad eran soslayados a los estudios de filosofía política, debido a los vínculos que algunos teóricos encontraban en el estudio de las identidades nacionales con los totalitarismos del siglo XX. Sin embargo, hoy día, el tema del multiculturalismo ha experimentado un reacomodo en su posición dentro de los estudios de teoría y filosofía política ocupando un lugar privilegiado, que se hace evidente en los amplios e interdisciplinarios trabajos que se realizan bajo la impronta de la diferencia.<sup>37</sup>

Will Kymlicka reconoce varios factores que ayudaron a detonar los temas multiculturales, pero el más importante —afirma— es el colapso del comunismo que desató una ola de nacionalismos étnicos en Europa del Este, lo cual afectó dramáticamente los procesos de democratización de los Estados que conforman tal región. Este tipo de conflictos étnicos y nacionalistas, cuestionaron las creencias optimistas de que la democracia liberal surgiría como la alternativa al proceso posterior al comunismo. Además, se suscitaron otros acontecimientos que despertaron el interés por los tópicos de los derechos minoritarios, tales como: el endurecimiento en las políticas contra inmigrantes y refugiados en muchos países occidentales, el resurgimiento de la movilización política de los pueblos indígenas, cuyo resultado fue la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas,<sup>38</sup> y la constante amenaza de secesión en varios países de Occidente (Canadá, por mencionar uno).<sup>39</sup> Estos sucesos demostraron que los problemas considerados como superados, eran sólo una bomba de tiempo que se mantuvo reprimida y que podría estallar en cualquier momento. Los nuevos conflictos de matriz étnico-nacionalista demostraron que los presupuestos bajo los cuales se construyó el Estado democrático liberal no correspondían a las condiciones de diversidad etnocultural que existía en cada Estado.

---

<sup>37</sup> Francisco Ibarra Palafox, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, UNAM, IJ, 2005, pp. 8-9.

<sup>38</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas después de 22 años de negociaciones, el 13 de septiembre del 2007.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 336.

El planteamiento –en mi opinión— más pertinente para tratar la evolución en el debate sobre los derechos de las minorías es la periodización de Will Kymlicka, la cual resulta sistemática, clara y apropiada para este tema. Sin embargo, resulta indispensable como antecedente recordar cuál fue la posición de los derechos humanos frente a la cuestión de las minorías, desde la Primera Guerra Mundial, hasta la creación de la Sociedad de Naciones, no obstante que tal debate ocurrió antes de la primera fase de la propuesta de calendarización de Kymlicka.

Antes de la Primera Guerra Mundial, el progreso en relación con la protección de las minorías fue relativo, ya que logró desarrollar un verdadero sistema o procedimiento internacional y, más bien, la protección fue limitada o parcial.<sup>40</sup> Posteriormente, con el surgimiento de la Sociedad de Naciones se desarrolló, de forma paralela, un sistema de protección de minorías que, aunque fracasó, sirvió como un punto de partida importante hacia el futuro y cuyos méritos contribuyeron a que se fuera edificando la arquitectura básica de un sistema mucho más efectivo.

Con el reemplazo de la Sociedad de Naciones por la Organización de Naciones Unidas en 1946, la cuestión de los derechos de las minorías buscó ser abordada de forma distinta, ya que se trasladó de la protección del grupo a la protección de los derechos y libertades individuales. Muchos liberales consideraban que las demandas de reconocimiento a la diferencia cultural de los grupos minoritarios podría ser resuelta si se garantizaban solamente los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, con independencia de su filiación o grupo de pertenencia.<sup>41</sup> Bajo esta nueva perspectiva, cuando los derechos de alguien fueran violentados como consecuencia de una característica grupal, la solución tendría que ser abordada mediante una base individual, generalmente por medio de la aplicación del principio de no discriminación.<sup>42</sup> En otros términos, se pretendió subsumir sus reivindicaciones a un problema más genérico y asegurar esos derechos dentro de un esquema individualista y universal. Asimismo, muchos aseguraban que su protección tendría que ser una extensión natural de la vía mediante la que se protegían los derechos de las minorías religiosas,<sup>43</sup> lo cual tampoco ofrecía una solución real, pues las religiones se suscribieron a la esfera privada, mientras que las minorías aspiraban a un reconocimiento público de su diferenciación.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Natán Lerner, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, CNDH, 1991, pp. 25-31.

<sup>41</sup> Will Kymlicka, *op. cit.*, p. 17.

<sup>42</sup> Natán Lerner, *op. cit.*, p. 30.

<sup>43</sup> La problemática religiosa se resolvió no a partir de otorgar derechos a los protestantes o católicos, sino a partir de la separación de la Iglesia y Estado, por lo tanto, la cuestión de las minorías culturales no podría ser abordada desde la misma perspectiva.

<sup>44</sup> Esta actitud se vio reflejada en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se omitió cualquier referencia a las minorías culturales, así como en el Pacto Internacional sobre

Después de un largo debate, entre liberales de derecha e izquierda, relativo a la posición del Estado frente a la pertenencia étnica, la mayoría de los liberales de la posguerra continuaron rechazando la idea de una diferenciación permanente en los derechos o estatus de los miembros de grupos. Para éstos, los derechos específicos no eran necesarios para resolver discriminaciones históricas, pues para ello ya se habían incorporado las libertades civiles y políticas. Sin embargo, bien apunta Kymlicka, que la doctrina de los derechos humanos es insuficiente y sólo da respuestas genéricas a problemáticas particulares. La libertad de expresión no dice cuál debería ser la política lingüística de un Estado en el que coexisten distintas lenguas; el derecho a la movilidad y libre circulación no propone cuál debería ser una política de inmigración<sup>45</sup> y, por el contrario, este derecho se ve violentado constantemente en un mundo en el que las fronteras se erigen cada vez más fuertes frente a los individuos. De esta forma, todos los principios tradicionales de la doctrina de los derechos humanos deberían estar complementados con una teoría de los derechos de las minorías, ya que frente a las nuevas condiciones de pluralidad más extensas, es necesario que el Estado reconozca y proteja la diversidad cultural de los miembros de su territorio que así lo reclaman.

Ahora bien, entrando de lleno a las etapas del debate específico relativo a las minorías culturales; la primera fase (1) se desarrolla durante las décadas de los setentas y ochentas, en la cual se afirma que la polémica sobre los derechos de las minorías puede ser englobada dentro de la discusión entre liberales y comunitarios. La cuestión central es definir cuál es la postura ante la libertad individual. Los liberales, por su parte, afirman que los individuos son libres para decidir su propia noción de la vida buena y rechazan cualquier tipo de subyugación del individuo a alguna condición impuesta. Asimismo, sostienen que el individuo es anterior a la comunidad y que ésta es sólo trascendental en la medida que otorga bienestar al individuo. Por su lado, los comunitaristas critican esta idea de la autonomía liberal, ya que la consideran un factor de destrucción de las comunidades, al argumentar que los individuos son producto de relaciones sociales y se ubican dentro de distintos roles, por lo que la autonomía, sólo contribuiría a erosionar la preeminencia de la comunidad sobre el individuo. Los derechos de las minorías también son asumidos como parte de estas posturas antagónicas. Mientras que los liberales consideraban que otorgar dichos derechos mermaba el énfasis del individuo y resultaba innecesaria, para los comunitaristas era la forma apropiada de proteger a las comunidades de las acciones del individualismo. Los defensores de los derechos de las minorías creían que

---

Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 27 sólo se hace referencia a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, sin que se amplíen sus alcances a las minorías nacionales o culturales.

<sup>45</sup> Will Kymlicka, *op. cit.*, pp. 18-19.

los inconvenientes o contradicciones entre este discurso y el liberalismo —el cual subraya el individualismo moral y la autonomía individual—, eran algunas de las evidentes carencias de este último para procesar y entender la diversidad.

La segunda etapa (2) del debate está dominada por la discusión de los derechos de las minorías en el seno del marco liberal. Se sostiene la idea de que los diversos grupos etnoculturales, ubicados en las democracias liberales, no buscan protección ante los embates de la modernidad, sino una plena incorporación a la sociedad, lo que manifiesta una adhesión hacia los principios liberales que dominan en tales sociedades (como podría ser la disposición de integración que demuestran los inmigrantes hacia los países a los que llegan). Sin embargo, lo anterior no deja de implicar una renegociación de los términos en que se acomodan dentro del marco de las instituciones y sociedades democráticas. En algunos casos, las minorías buscan asumir los valores liberales, pero no a partir de una visión unívoca y etnocéntrica. El debate, ahora, se centra en la interpretación de esos principios, en particular, en materias como el lenguaje, la nacionalidad y las identidades étnicas. Los sectores que reivindican los derechos de las minorías, afirman que el adecuado reconocimiento público y el apoyo hacia la permanencia de sus lenguas natales, prácticas e identidades no sólo son congruentes con los principios liberales-democráticos, incluyendo la autonomía individual, sino que, de hecho, los complementan, por lo cual deben ser requeridos por éstos.

Esta postura es la que conduce a la pregunta que caracteriza esta etapa: ¿cuál es la posible salida para el multiculturalismo dentro de la teoría liberal? La cuestión ya no es la protección de las comunidades frente a las exigencias de los liberales, sino que los grupos que comparten principios liberales también requieren que se les otorguen derechos de minorías. A esta corriente suele denominarse como liberalismo cultural, la cual subraya el privilegio de la pertenencia cultural de los individuos, en el momento en que éstos eligen entre sus variadas opciones identitarias.

A pesar de ello, el liberalismo cultural no deja de reconocer que existen derechos de las minorías que pueden socavar o minar la autonomía individual en lugar de fortalecerla. Debido a ello, Kymlicka realiza una adecuada distinción entre aquellos derechos que implican restricciones a los derechos individuales y aquellos que pueden considerarse como complementarios o una ampliación en el catálogo de los mismos. Kymlicka se refiere a estos tipos de derechos como grupales o colectivos, aunque cada uno posea distintas problemáticas. El primer conjunto se relaciona con el derecho a la disensión interna o, también llamados, de restricciones internas, las cuales puedan servir más como elementos de protección individual en los momentos en que alguien decida renunciar o simplemente deslindarse de su pertenencia hacia algún grupo, es decir, están dirigidos hacia una relación más intragrupal. El problema de estas restricciones surge cuando algunos miembros del grupo

argumentan que otros integrantes del mismo no poseen el derecho legal para cuestionar algunas de las creencias en las que se circunscriben. El segundo conjunto, denominado de protecciones externas, implica el derecho de los grupos a protegerse de las presiones externas de sociedades más amplias o de la sociedad mayoritaria, para asegurar que los recursos y las instituciones de los que depende la minoría no queden vulnerados por decisiones de la mayoría. Estos derechos implican relaciones en un sentido intergrupales, es decir, en la manera en que se relacionan con otros grupos.

Los dos anteriores conjuntos de derechos pueden ser oportunidades para generar situaciones congruentes con los principios liberales, como podría ser la defensa de la autonomía de los individuos al interior de su comunidad. De la misma forma, podrían fungir como mecanismos para reducir la vulnerabilidad del grupo minoritario hacia el grupo más amplio, en términos de discriminación y exclusión y, en este sentido, podrían contribuir a tener relaciones más equitativas entre los distintos grupos que componen una sociedad.

Kymlicka afirma que las restricciones internas y las protecciones externas no necesariamente deben ir unidas, ni presentarse al mismo tiempo. Algunos grupos pueden buscar protecciones externas de la sociedad más amplia sin buscar, al mismo tiempo, restricciones internas sobre sus propios miembros. Pero también pueden presentarse de forma paralela. Por ejemplo, existen comunidades indígenas cuyos consensos impiden que sus integrantes contraigan matrimonio con individuos ajenos a su comunidad, lo que podría figurar como una restricción a la libertad de elegir. Sin embargo, puede suceder que, a la vez, este núcleo minoritario, invocando su derecho a la autodeterminación, exija respeto y protección de los grupos externos hacia esa situación. Por ello, los liberales ven con precaución y, a veces, asumen una posición escéptica hacia las demandas de las restricciones internas, ya que el liberalismo cultural rechaza la idea de que los grupos puedan, en nombre de preservar la pureza o autenticidad de las tradiciones grupales, restringir derechos civiles o políticos a sus miembros. Sin embargo, autores como Kukathas,<sup>46</sup> señalan que las restricciones internas son válidas siempre y cuando permitan que el individuo pueda renunciar a su comunidad cuando lo considere conveniente.

Finalmente, Kymlicka, afirma que dicha etapa sí representa un avance en la forma de abordar el tema, pues se tienen nociones más claras de la naturaleza y origen de las demandas y particularidades de los grupos etno-culturales, aunque se malinterpreta la naturaleza del Estado liberal y las demandas que éste dirige a las minorías, efecto que se explica en la fase siguiente.

---

<sup>46</sup> Kukathas Chandran, "Are there any Cultural Rights?", *Political Theory*, vol. 20, núm. 1, Washington, febrero de 1992, pp. 105-139.

En la etapa subsecuente (3), el multiculturalismo es entendido como una respuesta a la forma en que se produjo la construcción nacional y, para explicarla Kymlicka, parte de una de las características del Estado nacional, la neutralidad etnocultural. El Estado es neutral respecto de las identidades etnoculturales de sus ciudadanos e indiferente (*benign neglect*) a la capacidad de los grupos etnoculturales para reproducirse a lo largo del tiempo.<sup>47</sup> La ceguera a las diferencias es una noción diferente y mucho más fuerte que la neutralidad del Estado, dado que la indiferencia hace que el Estado no jerarquice los méritos intrínsecos de las diferentes concepciones de la buena vida y excluya determinados tipos de argumentos o justificaciones para la política pública. En otros términos, el Estado al ser neutral, es como un espacio vacío que es cubierto por distintas identidades, pero el hecho de que sea ciego a las modalidades que toman esas identidades, mantiene la forma discriminadora y segregacionista del trato del Estado hacia esas diferencias y, de hecho, inhabilita la exigencia de derechos por parte de los sectores minoritarios.

La neutralidad estatal no estuvo presente en la configuración inicial de los Estados, donde la promoción de una lengua, religión y cultura mayoritaria fueron condiciones fundamentales para crear una conciencia nacional, hecho que ha permeado las relaciones de inequidad que se presentan en la actualidad entre las sociedades dominantes y el resto. Se ha tratado de equiparar esa neutralidad cultural con la relación del Estado y la religión y de reproducir este modelo en los aspectos culturales. No obstante, la tolerancia liberal hacia la libertad de credo no puede aplicarse de igual forma en el tratamiento de las demandas de carácter cultural y, de hecho, Kymlicka lo considera completamente engañoso<sup>48</sup> como explicación de la relación entre el Estado liberal democrático y los grupos etnoculturales.

Existen países cuyo carácter neutral se expresa en distintos ámbitos, como Estados Unidos, el modelo neutro por excelencia, para el que es más trascendental la edificación de una identidad cívica en común, que aspectos culturales, lingüísticos o religiosos que compartir. Este ejemplo nos conduce a la distinción entre las naciones étnicas de las naciones cívicas. Las naciones étnicas asumen la reproducción de una cultura e identidad particular como una de las más importantes metas, mientras que las naciones cívicas se asemejan más al modelo democrático liberal que predomina, donde la definición de los miembros que componen un Estado se hace a partir de la simple adhesión a los principios democráticos y de justicia y no de una pertenencia cultural. De esta forma, la demanda de derechos minoritarios, en esta perspectiva, es una novedosa alteración radical para la forma tradicional de operar

---

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 39.



del Estado liberal, por lo que, en una nación cívica nadie desearía abogar por esos derechos minoritarios.

Sin embargo, para Kymlicka, la idea de que las naciones cívicas son indiferentes hacia las identidades culturales debería ser considerada como falsa, dado que las adscripciones culturales necesitan ser reconocidas. Para él, se necesita replantear el hecho de que el Estado sea ciego a las diferencias con un modelo más preciso, un nuevo modelo de Estado liberal democrático, el cual reconozca el rol central de la construcción nacional dentro de las democracias liberales debido a la posibilidad y —de hecho, a la frecuencia— de que las políticas gubernamentales favorecen el desarrollo de dos o más culturas societales dentro de una misma cultura, como sucede en los países multiculturales de avanzada, Canadá, Suiza, Bélgica. Por ello, sería un gran avance que los Estados, a pesar de haber favorecido históricamente a una cultura sobre otra, buscaran no la simple integración de las culturas minoritarias sino la preservación de éstas en un esquema de respeto y coexistencia pacífica que valore las aportaciones de estos sectores, al diseño del Estado en el que se ubican.

Después de lo señalado, vale la pena realizar un pequeño apunte crítico. Se ha tratado de explicar que el multiculturalismo es un híbrido teórico cuyos avances se ubican más en los arreglos institucionales pragmáticos que en la esfera de lo teórico. Asimismo, no podemos referirnos a los modelos multiculturales, como una tipología básica y tampoco hablar de una evolución del discurso, sino de un debate que mantiene muchos perfiles abiertos en donde los puntos intermedios entre las posiciones radicales —por ejemplo, Taylor y Kymlicka—, sirven para ubicar los puntos en común y los de desacuerdo respecto de una temática compleja, que se enriquece por las nuevas formas que adaptan las relaciones entre los integrantes de los Estados.

## VII. Conclusiones

La mayoría de los Estados constituidos en el mundo enfrentan el desafío de integrar en sus marcos democráticos a las minorías culturales y las demandas que éstas emplazan. Sin embargo, pocos son los que reconocen las distintas identidades de sus integrantes en un marco de respeto e inclusión. Esta falta de reconocimiento a la diferencia ha producido situaciones de desigualdad, exclusión, discriminación y rezago entre las minorías culturales, las cuales, en ocasiones, radicalizan sus reivindicaciones y se constituyen como verdaderas amenazas a la seguridad e integridad de los Estados nacionales.

Frente a este escenario, el multiculturalismo ha sido el modelo que algunos Estados han utilizado para contrarrestar la tensión entre la forma tradicional del Esta-

do nacional y las comunidades-Estado de carácter multicultural. Esta tensión tiene su expresión en la crisis del Estado de matriz liberal y sus componentes centrales: la neutralidad con la que el Estado debería actuar frente a las adscripciones culturales de los individuos y el debilitamiento en la categoría de la ciudadanía. Estos preceptos liberales, si bien necesitan ser revisados a la luz de la pluralidad cultural, es importante que se amplíen junto con la tradición liberal en su conjunto y, de esta forma, puedan tener un mayor potencial democrático.

El multiculturalismo es, de esta forma, el marco político para la promoción pública-política de las diferencias culturales y requiere para su implementación de una política de reconocimiento y de la reconfiguración de la noción clásica de ciudadanía a una de carácter diferenciado.

Los Estados de carácter democrático podrán utilizar las herramientas del constitucionalismo jurídico para procesar las demandas del multiculturalismo en dos sentidos: para reconocer jurisdicciones tradicionales y para implementar mecanismos compensatorios que, si bien son necesarios para remediar condiciones de desigualdad de hecho, ya no son suficientes para responder a las nuevas exigencias de la pluralidad.

No obstante, la integración de las minorías culturales, principalmente de aquellas ajenas a los principios liberales, se problematiza por la diferencia de concepciones en temas complejos como el respeto a los derechos humanos. No por ello, se descarta la posibilidad de un diálogo y comprensión intercultural, que puede guiarse por distintos modelos, como el propuesto por Rawls en su *consenso traslapado* o en el esquema de *minimalismo moral* de Walzer.

El conjunto de la doctrina de los derechos humanos ha demostrado que con sólo la garantía individual de los derechos civiles y políticos, los derechos de las minorías culturales como derechos grupales no estaban reconocidos y asegurados. Las normas internacionales de protección de las minorías no están en condiciones de predeterminar un resultado, pues sólo proporcionan fórmulas de gestión de la diversidad cultural. Por consiguiente, es de suma importancia que a los clásicos derechos humanos se les agregue una teoría sobre los derechos de los grupos minoritarios culturales.

Finalmente, se puede sostener que en la medida en que una sociedad reconozca las identidades particulares de sus integrantes es que podrá denominarse como una sociedad deliberativa y democrática, que asuma los principios de tolerancia, diversidad y pluralidad cultural como ejes de su constitución.

### VIII. Bibliografía

- ARDITTI, Benjamín, "El debilitamiento de las certezas", en *Conceptos. Ensayos sobre teoría política, democracia y filosofía*, Asunción, CDE / RP Ediciones, 1992.
- ARDITTI, Benjamín, "La impureza de los universales", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 10, Madrid, diciembre de 1997.
- ARIAS MARÍN, Alán, "Claves críticas del multiculturalismo. Política del reconocimiento y ciudadanía multicultural", en *Debate multicultural y derechos humanos*, México, CNDH, 2006.
- ARIAS MARÍN, Alán y José Ma. Rodríguez, "Los dilemas de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas en México", en *EZLN. Violencia, derechos culturales y democracia*, México, CNDH, 2003.
- BOKSER, Judith, "Globalización, diversidad y pluralismo", en Daniel Gutiérrez Martínez, coord., *Multiculturalismo. Perspectivas y desafíos*, México, El Colegio de México / UNAM / Siglo XXI, 2006.
- CARBONELL, Miguel, *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, México, Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, "Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico-neo-ilustrado", en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, comps., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, UNAM / Porrúa, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- FRASER, Nancy, "From Redistribution to Recognition. Dilemmas of Justice in a Post-Socialist Age", en Cynthia Willer, ed., *Theorizing Multiculturalism. A Guide to the Current Debate*, Oxford, Blackwell, 1998.
- GUTMAN, Amy, "Introducción", en Charles Taylor, *El multiculturalismo y política del reconocimiento*, México, FCE, 1993.
- HERNÁNDEZ VELA SALGADO, Edmundo, *Diccionario de política internacional*, México, Porrúa, 2002.
- IBARRA PALAFOX, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.
- KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.
- LERNER, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.

- MARDONES, José María, "El multiculturalismo como factor de modernidad social", en *El espejo, el mosaico, y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Francisco Colom González, ed., México, UAM / Anthropos, 2003.
- OLIVÉ, León, "Multiculturalismo: ni universalismo ni relativismo", en *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, México, UNAM, 1996.
- OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, Paidós / UNAM, 1999.
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 1992.
- RESCHER, Nicholas, *Pluralism. Against the Demand for Consensus*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- SALCEDO AQUINO, José Alejandro, *Multiculturalismo. Orientaciones filosóficas para una argumentación pluralista*, México, UNAM / Plaza y Valdés Editores, 2001.
- SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica, pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia. I. El debate contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- TAYLOR Charles, *El multiculturalismo y política del reconocimiento*, México, FCE, 1993.
- TOURAINÉ, Alain, *¿Podremos vivir juntos?*, Buenos Aires, FCE, 1997.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, "Liberalismo y derechos de las minorías: una relación conflictiva", en Francisco Colom González, ed., *El Espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, México, UAM / Anthropos, 2003.
- VILLORO, Luis, "El Estado-nación y las autonomías indígenas", en Jorge Alberto González Galván, coord., *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002.
- VILLORO, Luis, *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, México, FCE, 1997.
- VILLORO, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós / UNAM, 1998. Biblioteca Iberoamericana de Ensayo.
- VILLORO, Luis, "Los pueblos indios y el derecho de autonomía", en *V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, 1995.
- VILLORO, Luis, "Sobre la identidad de los pueblos", en León Olivé y Fernando Salmerón, *La identidad personal y la colectiva*, México, UNAM, 1994.

## Derecho de guerra y alteridad

Carlos Brokmann Haro\*

**RESUMEN:** La definición jurídica de los derechos de la alteridad es una cuestión fundamental para una cultura de la tolerancia y la protección de los derechos humanos. La Cruz Roja Internacional ha propuesto que siempre ha existido un derecho de guerra que delimita estos derechos en la práctica y que puede ser considerado un marco conceptual mínimo para su defensa. Analizando un caso histórico de Mesoamérica, el autor propone contrastar el marco jurídico con la práctica a través de varios ejemplos. Se distingue entre las normas que determinan las causas legítimas de un conflicto armado y las normas que regulan la conducta de los combatientes durante las hostilidades, comparando ambas con la tradición de legislación europea correspondiente. La discusión propone que en todos los casos estudiados el derecho de guerra puede ser considerado, como propone Danilo Zolo, un "derecho de los vencedores". La protección de los derechos de la alteridad no fue ni es el objetivo de esta normatividad y por lo tanto no debe ser utilizada con este propósito, para el cual los instrumentos internacionales deben ser fortalecidos para volverlos más eficaces y eficientes.

**ABSTRACT:** *Defining the rights of alterity or otherness is a fundamental pursuit for the culture of tolerance and the protection of human rights. The International Red Cross has made the proposition that laws of war have always existed in practice and delimited these rights, and as such can be considered an absolute minimal conceptual framework for their defense. Analyzing an historical example from Mesoamerica the author contrasts this legal framework with actual practice through several examples. The study of those norms that specify causes that legitimize armed conflict is distinguished from those rules that control combatant behavior during the fighting, and are both compared with the corresponding European legal tradition. The discussion makes the proposition that in all the studied cases the laws of war can be considered, as Danilo Zolo has written, a "victor's justice". The protection of the rights of alterity was not and is not the purpose of these rules, and therefore they should not be employed for this purpose, which would be better served by strengthening international instruments make them more effective and efficient means.*

**SUMARIO:** Introducción. I. La antropología y el Derecho de Guerra. 1. Guerra, Estado e imperio en Mesoamérica. 2. Sistemas jurídicos de la guerra. II. Causas y justificación de la guerra. 1. Concepción de la Guerra Justa y conflicto legítimo en Occidente. 2. La justificación del conflicto armado en Mesoamérica. 3. Declaración de guerra y movilización. 4. La guerra justa entre la teoría y la práctica. III. Hostilidades y trato a combatientes y no combatientes. 1. Los límites del Derecho de Guerra durante los conflictos. 2. Guerra, sociedad y cultura. IV. Derecho de Guerra y alteridad. V. Anexo. Cuadro 1. Normatividad: Causas y justificación de la guerra. Cuadro 2. Normatividad: Conducción de las hostilidades. VI. Bibliografía.

---

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

## Introducción

El derecho es fundamental para comprender el contexto económico, político, social y cultural de la guerra en una sociedad específica. Al establecer explícitamente causas, justificaciones, formas y límites del combate y el trato tanto a los combatientes como a los no combatientes muestra con claridad los cauces y límites del conflicto armado. Este tipo de normas jurídicas se conoce como derecho de guerra y está presente en todas las culturas de manera explícita o implícita. Para los derechos humanos, el análisis de sus postulados y de su puesta en práctica resulta de una enorme importancia, porque señala los límites esenciales de la consideración de la alteridad para cada sociedad. La idea de que la normatividad en las causas y los tiempos de guerra constituye una definición mínima del trato al Otro ha sido un postulado de diversos estudios, incluyendo varios publicados por la Cruz Roja Internacional. Claudia Dary, tras analizar la evidencia disponible acerca de las normas y prácticas de la guerra maya, propone que el estudio militar serviría para relacionar los usos y costumbres bélicos con hechos pasados que aún se mantienen vivos en la memoria colectiva o que pueden vincularse con prácticas vigentes “que de alguna manera fueron y son identificables o parecidas con aquellas a las que alude el derecho internacional humanitario”. Al aplicarlos podrían permitir identificar aquellas ideas que puedan relacionarse con la filosofía del derecho internacional humanitario y, de esta forma, se podría reconstruir un derecho aplicable en tiempos de conflicto.<sup>1</sup>

Esta atractiva idea presenta varios obstáculos para poder articularse con la defensa de los derechos humanos desde el punto de vista antropológico. En la clásica definición de Malinowski, aceptada por la mayoría de los antropólogos, la auténtica guerra se entiende como “una contienda armada entre dos unidades políticas independientes, por medio de una fuerza militar organizada, en seguimiento de una política tribal o nacional”<sup>2</sup>

Esta definición de la guerra corresponde con cierto grado de institucionalización y por este motivo se distingue de otras manifestaciones de violencia dentro y entre grupos humanos. Keegan ha propuesto que culturalmente este “horizonte militar” se basa en la complejidad social y no en el desarrollo tecnológico porque se trata de una adecuación de la organización y no de las formas de combate. Esta premisa llevaría a centrar el interés en los aspectos militares, como son la logística, la

---

<sup>1</sup> Claudia Dary F., *El derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya, una perspectiva histórico cultural*, Guatemala, Flacso / CICR, 1997, pp. 394-395.

<sup>2</sup> Bronislaw Malinowski, “An Anthropological Analysis of Warfare”, *American Journal of Sociology*, num. 46, Chicago, p. 523.

estrategia y la táctica, así como en los institucionales, que incluyen al derecho de guerra.<sup>3</sup>

Sin embargo, el estudio antropológico de la guerra ha sido presa de un falso dilema. Analizar las causas, formas y resultados de la lucha armada ha sido visto como un problema moral, porque se tiende a considerar que en cierta forma justifica y legitima a la guerra. Esto ha dado pie a una peligrosa dicotomía académica. De un lado existe un campo de historiadores militares con escaso interés por la correlación social, política, económica o cultural de su objeto de estudio y, del otro, como señalara Turney-High, la antropología ha tenido un temor absoluto a registrar las prácticas armadas. En la mayoría de las etnografías falta la respuesta a la pregunta ¿cómo pelea o peleaba este grupo? porque el investigador “ha sido cuidadoso al registrar el merengue pero no ha estudiado el pastel” al dejar de lado este aspecto vital.<sup>4</sup> En la práctica, los antropólogos no estudian la guerra por ser las sociedades “primitivas” su objeto de estudio y de hecho, el momento histórico en que aparece es considerado el horizonte que delimita entre las sociedades primitivas y los Estados.

De las distintas facetas de la guerra, la justificación de la acción militar ha sido una constante preocupación de todas las culturas porque siempre han requerido de una forma de legitimación de la aplicación del poder armado. La guerra, por tanto, puede ser estudiada como cualquier otro fenómeno cultural. Discurso y práctica embonan dentro de un sistema que tiene características particulares en cada periodo y espacio geográfico. Economía, política, tecnología, ideología y demás facetas sociales inciden en objetivos, métodos y alcances del conflicto armado. En todos los casos históricos, como ha apuntado Mónica Pinto:

La guerra ha sido un modo válido de solución de controversias entre Estados en los inicios de la sociedad internacional. Del mismo modo, en las sociedades humanas primitivas, la fuerza física y la fuerza armada —entendiendo por arma cualquier objeto que aumenta la capacidad ofensiva del individuo— han sido los recursos para poner fin a las grescas. También lo fueron en sociedades menos primitivas pero más desarticuladas en cuanto al ejercicio de la fuerza.<sup>5</sup>

De esta manera es factible expandir la propuesta de Malinowski y proponer que la guerra es un fenómeno cultural que crea un nuevo tipo de categoría; la relativa al Otro. Esta nueva alteridad quedaría definida por la relación que se establece con ella a través de la violencia armada, cuyos límites se normarían jurídicamente en

---

<sup>3</sup> John Keegan, *A History of Warfare*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993, pp. 92-94.

<sup>4</sup> John Keegan, *op. cit.*, pp. 8-12.

<sup>5</sup> Mónica Pinto, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 71-72.

el derecho de guerra. En este sentido, el derecho de guerra es aquel que se aplica antes y durante las hostilidades entre dos grupos y que debido a su señalamiento de ciertas causas y límites en el ejercicio de la fuerza armada puede ser considerado la base de la protección de la persona. Para la Cruz Roja, la observancia formal e incluso informal del derecho de guerra es partícipe de la “prevención de lo peor” y la seguridad internacional, sosteniendo que sus infracciones graves se deben considerar crímenes de guerra y que todos los Estados deben vigilar y aplicar su cumplimiento. La aplicación de estos “valores universalmente compartidos”, en la propuesta de Dary, hace que el derecho de guerra rebase su función como vínculo entre Estados o *jus inter gentes* e hipotéticamente se convierte en base principal del *jus gentium*. De esta manera es un instrumento que estructura una “sociedad universal” que comparte, más allá de sus diferencias, los mismos valores. Llevado a su conclusión lógica, el argumento de la obra publicada por la Cruz Roja Internacional sugiere que la normatividad que emana de los límites del ejercicio de la fuerza armada podría considerarse la raíz del derecho internacional humanitario.<sup>6</sup>

La hipótesis de Claudia Dary descansa, no obstante, en algunas premisas que proponemos revisar críticamente. La primera de ellas es que existían límites claramente definidos en las prácticas bélicas de los antiguos mayas. Las limitaciones que la autora expone se basan en cuestiones prácticas y casos específicos, pero no en un conjunto de prácticas o normas. Esta falta de una normatividad explícita se debe, al menos en parte, a que el grado de desarrollo institucional de los grupos mayas del Posclásico tardío fue menos complejo que el de algunas culturas que fueron sus contemporáneas.<sup>7</sup> En nuestra opinión sólo una comparación basada en un discurso jurídico y su articulación con la práctica histórica puede permitir una contrastación veraz y efectiva. Por lo tanto, proponemos contrastar su hipótesis central con base en un caso más claro; los subsistemas jurídicos de la guerra pertenecientes a los grupos nahuas de la Cuenca de México en la misma época. Además, el ejemplo nahua tiene la ventaja añadida de contar con un registro pormenorizado de sus campañas y conquistas militares, abundando los ejemplos y casos prácticos. Las ideas de Dary acerca de los límites de la guerra como precursores del *jus gentium* resultan atractivos, pero no debemos olvidar que autores como Danilo Zolo han atacado estas

---

<sup>6</sup> Claudia Dary F., *op. cit.*, p. 16.

<sup>7</sup> Las instituciones de los mayas de la península de Yucatán en los albores de la conquista europea se encontraban en una fase que he denominado de “fisión política”, caracterizada por la fragmentación de las estructuras de poder y el debilitamiento de la autoridad central. Estos periodos se alternaron con los de “fusión política”, cuyas características fueron las contrarias, creando un modelo histórico particular que explica, al menos en parte, la ausencia de una normatividad explícita en el contexto del sistema de escritura más desarrollado de Mesoamérica. Carlos Brokmann, *Hablando fuerte. Antropología jurídica comparativa de Mesoamérica*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, pp. 84-96.



perspectivas por considerarlas simplistas, optimistas e ingenuas.<sup>8</sup> Por este motivo el recorrido que hemos realizado a través de la normatividad y las prácticas bélicas en Mesoamérica está contrapunteado con las ideas occidentales que sustentan las hipótesis de Dary y los trabajos de la Cruz Roja Internacional. La información y los datos procedentes de estudios especializados son vistos a la luz de las propuestas que desde Grotius hasta Rawls han tratado de proponer un marco jurídico y ético para emprender y realizar las acciones militares.

Tenemos tres ejes analíticos de la guerra que proponemos analizar a través del caso práctico; la guerra en su contexto cultural, el discurso de legitimación y justificación que la sostiene y las formas de limitación al efecto de la lucha armada. El estudio del derecho de guerra de la *hueitlahtocáyotl* Tenochtitlan-Texcoco-Tlacopan, conocida comúnmente como la Triple Alianza, es solamente el ejemplo que utilizamos para contrastar sus alcances como mínimo denominador del respeto por la alteridad. Por esta razón hemos combinado fuentes y perspectivas diversas al tratar de establecer un marco antropológico para el estudio del derecho de guerra.

## I. La antropología y el derecho de guerra

Para entender el sentido de la normatividad y su puesta en práctica hemos elegido el modelo de imperio hegemónico propuesto por Edward Luttwak, que ha sido aplicado al caso mesoamericano por autores como Ross Hassig. Planteado originalmente para estudiar el caso romano a partir de la expansión en la República tardía y las épocas imperiales, sus premisas parecen extensibles a muchos sistemas de la antigüedad y en contextos de recursos político-militares limitados para el gobierno y control de grandes extensiones territoriales.<sup>9</sup> Luttwak, una de las autoridades mundiales más reconocidas en el estudio de la estrategia militar contemporánea, propuso a través de su estudio del imperio romano un análisis de las relaciones políticas en términos del grado en el que se basan el poder y la fuerza. La fuerza se define como una acción sometida a leyes físicas, que puede ser usada sólo en proporción a su disponibilidad y se consume conforme es utilizada. El poder, en cambio, se define como un instrumento indirecto y no se consume con su utilización. En este sentido tiene una naturaleza de índole más psicológica que física; es la cualidad que tiene una entidad política de poder alcanzar determinados fines políticos o econó-

---

<sup>8</sup> Vid Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007. (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho).

<sup>9</sup> Edward N. Luttwak, *The Grand Strategy of the Roman Empire. From the First Century A. D. to the Third*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1979.

micos y que solamente puede medirse en términos de la percepción social acerca de ese poder. El equilibrio entre fuerza y poder es fundamental para que cualquier sistema político funcione eficazmente, especialmente en el caso de los imperios hegemónicos que deben depender el poder y no de la fuerza para no desgastarse innecesariamente. Luttwak propone que el poder tiene su mejor expresión como instrumento disuasivo, basado en la percepción del dominado de que en caso necesario la fuerza sería utilizada en su contra, creando un “pacto” imperial de sometimiento y colaboración implícita o explícita. En esta lógica materialista la efectividad de un imperio depende de sus metas, puesto que los costos no deben ser mayores a los beneficios percibidos por las partes que integran el sistema, incluyendo tanto al dominador como al dominado. Las limitaciones de un sistema imperial surgen de la fuerza real que posea la unidad política dominante y de las variaciones de la percepción de su poder, factor que se traduce en que a un mayor costo percibido de la dominación, más elevada será la dependencia del dominador en la fuerza. Históricamente se han registrado dos tipos de sistemas imperiales; uno basado en el principio territorial y el otro sustentado en el control hegemónico. Ambos utilizan la fuerza y el poder como instrumentos de dominación, pero enfatizando aspectos diferentes y provocando variaciones en el control, extracción, integración y expansión. El sistema territorial da prioridad a la fuerza porque su objetivo central es conquistar y controlar directamente un área, utilizando este principio para administrarla. El sistema hegemónico da prioridad al poder porque se trata de controlar los territorios indirectamente y su lógica de la aplicación de la fuerza es distinta. En los casos conocidos la aplicación de fuerza inicial es muy fuerte y se usa como instrumento disuasivo para que los dominados acepten el control indirecto.<sup>10</sup>

### **1. Guerra, Estado e imperio en Mesoamérica**

La historia de Mesoamérica registra algunos sistemas imperiales, que parecen corresponder en los casos estudiados con el modelo hegemónico, y que eran integrados por entidades más o menos similares. La unidad política básica controlaba un territorio pequeño, de unos 10 kilómetros de radio, autónomo y con un gobierno propio. En el caso de los nahuas era conocido como *altepetl*, gobernado por un *tlahtoani* y a su territorio correspondía con una estructura política denominada *tlahtocáyotl*. La identidad étnica no era fuerte y la integración de unidades mayores con esta base parece haber sido débil, por lo cual y considerando que toda subordi-

---

<sup>10</sup> Edward N. Luttwak, *The Grand Strategy of the Roman Empire. From the First Century A. D. to the Third*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1979, pp. 1-7 y 191-194.

nación debilitaba al *tlahtoani*, la fuerza centrípeta debió tener otras causas. Una de ellas fue la necesidad de establecer alianzas con propósitos comunes, estableciendo sistemas complejos que tuvieron amplias variaciones regionales. Este carácter eminentemente político hizo de la sujeción tributaria a través de conquista o voluntaria, por temor a la fuerza, el segundo instrumento de la expansión.<sup>11</sup> Mediante la combinación de evidencia arqueológica y documental se han analizado recientemente las unidades políticas nahuas de manera comparativa y a las comparaciones regionales basadas en ubicación, población, ecología y tamaño se han sumado categorías indígenas para hacerlo con una base cultural más confiable.<sup>12</sup>

Mesoamérica fue un área cultural muy compleja y diversa. Cada vez es más evidente la importancia de la guerra en la evolución cultural de los pueblos mesoamericanos, conflictos que parecen imbuidos en un contexto ritual. La antigua visión de que se trató de conflictos limitados ha cedido terreno ante la evidencia de fortificaciones, epigrafía y diversos indicadores arqueológicos. En particular, la mayoría de los autores reconoce una ampliación en la escala, alcances y devastación de la guerra desde el Clásico Tardío hasta llegar al militarismo.<sup>13</sup> La guerra era una actividad vital para la elite maya, centrada en la legitimación política y que desde épocas tempranas incidió en el desarrollo social. Parece haber permitido a los grupos dominantes expandir su papel más allá de sistemas basados en el parentesco hasta que a finales del Clásico, la guerra se fue haciendo más irrestricta y comenzaron los conflictos allende las fronteras étnicas, aunque siempre en escala menor que lo registrado para el Posclásico en el Centro de México.<sup>14</sup> Los sistemas políticos del área maya fueron muy particulares debido a que, salvo por la opinión de algunos epigrafistas, parecen haber tenido limitaciones geográficas que hacen improbable el control de un territorio extenso.

En contraposición, el imperio de la Triple Alianza podría caracterizarse como un sistema administrativo dual en cuanto la presencia y grado de elementos imperiales. La Cuenca de México fue el área nuclear del imperio y se caracterizó por tener un territorio densamente habitado y con un grado de control político muy grande que llevó a una fuerte integración de los sistemas económicos y sociales con los de las capitales imperiales, especialmente en el caso de Tenochtitlan. Más allá de la Cuen-

---

<sup>11</sup> Ross Hassig, *Aztec Warfare: Imperial Expansion and Political Control*, 2a. ed., Norman, University of Oklahoma Press, 1995, pp. 19-20.

<sup>12</sup> Mary G. Hodge, "Archaeological Views of Aztec Culture", *Journal of Archaeological Research*, vol. 6, núm. 3, 1998, pp. 208-209.

<sup>13</sup> David Webster, "Warfare and the Origin of the State", *American Antiquity*, vol. 40, núm. 4, 1975, pp. 464-465.

<sup>14</sup> Para el único análisis comparativo de la guerra en Mesoamérica es necesario consultar la obra de Hassig, quien propone una serie de patrones evolutivos dentro de un marco de relativa unidad cultural. Ross Hassig, *War and Society in Ancient Mesoamerica*, Los Ángeles, University of California Press, 1992.

ca de México existía un área de control decreciente con una presencia “invisible” del sistema imperial debido a la ausencia de inversión en murallas, caminos o edificios administrativos. Esta falta de presencia material puede deberse a que se trató de una estrategia de control de puntos específicos y no de un territorio, o bien a que el énfasis burocrático se encaminó a dirigir el flujo tributario hacia Tenochtitlan, Texcoco y Tlacopan. Para Berdan, Smith y otros autores, estas provincias “externas” pueden dividirse en dos grandes categorías. La primera fue la de las Provincias Tributarias, que comprendieron a las 38 provincias descritas en detalle en el *Código Mendoza* y que se encontraban fuera de la Cuenca de México.<sup>15</sup> La segunda división comprendió a las provincias estratégicas que establecieron puntos y líneas de apoyo en rutas comerciales, militarmente importantes y áreas de intercambio comercial. El segundo tipo de provincias constituyó una estrategia de fortalecimiento fronterizo, desarrollando una relación clientelar entre las entidades políticas y Tenochtitlan con base en el intercambio de obsequios, a veces mutuos, en lugar de una tributación regular.<sup>16</sup>

Es posible que la expansión imperial de la Triple Alianza se haya basado en un sistema de retroalimentación similar al que se ha identificado para los casos romano, persa o macedónico. Esta idea se basa en que el crecimiento constante era fundamental para el sistema de redistribución económica. La conquista de objetivos por motivos económicos, políticos y, posteriormente, estratégicos o militares fue creando una cadena interminable. En el modelo de Luttwak esta noción del sede constituirse en “un poder en potencia” (*power in being*) se basa en que la amenaza de ejercicio del poder se diese en condiciones específicas; una Espada de Damocles que funcionaría en el marco de la ausencia de la compasión y la seguridad en la represión armada en caso de contrariar los designios imperiales. Estas consideraciones parecen inherentes al sistema político de la Triple Alianza y lo volverían contrario a la política de conciliación, favoreciendo un estado violento en la práctica cotidiana y, sobre todo, en la amenaza de la demostración de fuerza.<sup>17</sup> Además, la

---

<sup>15</sup> El estudio más actual e influyente de este texto es el realizado por Berdan y Anawalt. Su análisis de las provincias, tipo de tributación y especialización taxonómica para el imperio ha tenido gran impacto en la interpretación del sistema político y jurídico de la Triple Alianza en lo general y de Tenochtitlan en lo particular. Frances F. Berdan y Patricia Rieff Anawalt, *The Essential Codex Mendoza*, Los Ángeles, University of California Press, 1997.

<sup>16</sup> Véase para este problema a Frances F. Berdan y Michael E. Smith, “Imperial Strategies and Core-Periphery Relations”, en Frances F. Berdan *et al.* (eds.), *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996, así como Michael E. Smith, “The Strategic Provinces”, en Frances F. Berdan *et al.*, eds., *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996.

<sup>17</sup> El imperio de la Triple Alianza es el único ejemplo mesoamericano que ha sido analizado desde esta perspectiva y mediante la aplicación de este tipo de modelos. Desde nuestro punto de vista, la complejidad de esta *hueitlahtocáyotl* es innegable, pero deben haber existido sistemas políticos semejantes

existencia de cuatro estados independientes cerca o dentro del imperio suponía, según Smith, un peligro mucho mayor del reconocido comúnmente. Tlaxcala, Metztlán, Yopitzinco y Tototepec constituyeron amenazas constantes a la seguridad de la Triple Alianza, un peligro que debieron enfrentar con recursos y soluciones ajenas al sometimiento directo. Las fuentes que han servido para crear esta perspectiva son principalmente tenochcas y enfatizan el carácter ritual y cooperativo, en particular de Tlaxcala, para la celebración de *xochiyaoyaoatl* o Guerras Floridas.<sup>18</sup>

En el caso de la Triple Alianza, debido a su naturaleza hegemónica, la demostración de fuerza fue el mejor camino para aumentar la percepción de su poderío y, por lo tanto, la guerra se convirtió en el principal agente de la expansión. Asolar a los rebeldes, los que se negaran a la sumisión pacífica y a los opositores fue para los aztecas la forma más eficiente de optimizar el imperialismo. La base del dominio imperial era el flujo de percepciones de poder, basadas en las demostraciones de fuerza. Esto llevó a un control indirecto del imperio y en tanto una alianza, como la *hueitlahtocáyotl* de Tenochtitlán-Texcoco-Tlacopan, fuera exitosa en sus campañas, diseminara esta información y pareciera sólida, la percepción de su poder les sería favorable. El momento ideal para someter por temor a nuevos objetivos era justo después de algún triunfo, a través de emisarios, regalos y amenazas implícitas.<sup>19</sup> Una clara muestra de la importancia de la guerra en el imaginario nahua es la ausencia de un glifo o elemento visual que simbolice al “gobierno”. En su ausencia se encuentran frecuentes representaciones del glifo de escudo y *atlAtl*, que en sentido estricto aluden a la guerra. El hecho de que se les utilice como manifestaciones alternativas señala que para la época, la actividad primordial del Estado era precisamente, la guerra.

## 2. Sistemas jurídicos de la guerra

En Mesoamérica y para la Triple Alianza el derecho de guerra puede tomarse como sinónimo de las relaciones internacionales.<sup>20</sup> Era una de las funciones principales del monarca, como señala López Austin:

---

en varios sentidos. El factor imperial debería tener una relevancia especial en la explicación del dominio teotihuacano, caso en el que aún se privilegia la explicación “teocrática” en la mayoría de los modelos.

<sup>18</sup> Michael E. Smith, “The Strategic Provinces”, *op. cit.*, p. 137.

<sup>19</sup> Ross Hassig, *op. cit.* pp. 19-22. Esta interpretación es muy semejante a la máxima del pensador militar chino Sun Tzu, quien escribió que la mejor manera de ganar las guerras es sin librar una sola batalla. Podríamos añadir que esto implica no perder un solo hombre y, por supuesto, gastar el mínimo de fuerza en cada nueva conquista.

<sup>20</sup> Francisco Ávalos, “An Overview of the Legal System of the Aztec Empire”, *Law Library Journal*, vol. 86, núm. 2, Chicago, s. f., p. 10.

El Tlatoani era llamado también Señor de los Hombres;  
su oficio era la guerra.  
Así él juzgaba,  
concertaba, aparejaba  
la forma en que se haría la guerra.  
Primero convocaba a los hombres prominentes, a los tequihuaque,  
para que espiasen el pueblo, para que lo viesan,  
el número de caminos, los pasos difíciles,  
los lugares por los que entrarían.  
Entonces llamaba al Tlacohcácatl,  
al Tlcatécatl, a los hombres valientes;  
les mandaba que dieran el camino a la gente;  
(señalaba) por cuáles caminos entrarían los soldados,  
cuántos días andarían,  
de qué modo se ordenarían los escuadrones;  
y ordenaba quiénes serían los dirigentes en la guerra,  
los que mandarían todo el conjunto de águilas y ocelotes,  
cómo se aderezarían, cómo se apercibirían  
con el itacate de guerra, con las insignias.<sup>21</sup>

Para Clendinnen, la formación de una sociedad guerrera supuso problemas sociales en Tenochtitlan, incluyendo la presión psicológica para que todos los hombres se convirtiesen en guerreros y los problemas de depredación social en épocas de paz.<sup>22</sup>

Los tribunales de guerra de Texcoco y Tenochtitlan tenían entre sus funciones impedir el derrotismo y la actividad en favor del enemigo dentro de la ciudad. Esto incluyó agitadores, derrotistas y demás opositores internos a la guerra, mencionados en las admoniciones de Sahagún. El tribunal se componía de cuatro o cinco miembros, todos jefes militares principales, quienes también eran jueces militares en el campo de batalla y que podían ordenar la ejecución por delitos capitales mediante garrotazos o apedreamiento público.<sup>23</sup> El subsistema jurídico de la guerra es descrito con claridad:

---

<sup>21</sup> Alfredo López Austin, *La Constitución real de México-Tenochtitlan*, México, UNAM, Seminario de Cultura Náhuatl, Instituto de Historia, 1961, pp. 113-114.

<sup>22</sup> Inga Clendinnen, *Aztecs: An Interpretation*, 5a. ed., Cambridge, Canto / Cambridge University Press, 1995, p. 38. La autora es particularmente explícita al describir y subrayar los peligros inherentes de una sociedad basada en los valores y ética guerreros. La violencia era frecuente dentro de los límites mismos de las ciudades capitales, sugiriendo que la existencia de grupos de militares fuera de campaña debió ser un quebradero de cabeza para la autoridad imperial. Como ocurre con el actual empleo de los militares en labores policiacas, las violaciones y delitos eran numerosas y generalmente solapadas en razón de ser estas corporaciones quienes las cometían.

<sup>23</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, p. 110.

Y más, es de saber que en México y así mismo en Tetzco y Tlacopan había tres consejos: el primero era consejo de las casas de guerra; el segundo era adonde había cuatro oidores para oír los pleitos de la gente común; el tercero era el consejo adonde se averiguaban los pleitos que entre señores y caballeros se ofrecían, ó entre pueblos sobre señoríos ó términos y de este consejo en ciertas casas señaladas daban parte al señor, que eran como casas reservadas a estos reyes y señores de estos tres reinos que arriba están dichos.<sup>24</sup>

La preparación para la guerra incluía, aun en una sociedad militarista como la Triple Alianza, una serie de pasos para aplicar las decisiones políticas. En Tenochtitlan, estos pasos se asociaban al monopolio del Estado sobre las armas, incluyendo la prohibición de portar armas en tiempos de paz.<sup>25</sup> Este aparato requería una cuidadosa planeación del empleo de la fuerza imperial, pero también de los pasos jurídicos necesarios para justificarlo.

## II. Causas y justificación de la guerra

El derecho de la guerra o *ius ad bellum* comprende los criterios que una sociedad utiliza para tomar la determinación de participar en un conflicto armado. Se trata de aquellos valores culturales y jurídicos que una sociedad o Estado considera necesarios para justificar y legitimar una guerra. El uso legítimo de la fuerza armada tiene, por lo tanto, un fuerte contenido histórico y antropológico.<sup>26</sup> Las circunstancias históricas, el tipo de sociedad, los intereses particulares y un sinnúmero de variables inciden en la valoración de la necesidad de entrar en una guerra y en la clase de elementos requeridos para legitimar la decisión. Estas variables han sido analizadas en detalle en Occidente, por lo que consideramos pertinente retomar sus principales conceptos como base para la comparación con el caso de Mesoamérica.

### 1. Concepción de la guerra justa y conflicto legítimo en Occidente

Una derivación fundamental del *ius ad bellum* es el concepto de que una guerra sea justa o no. La guerra justa es un concepto que se ha desarrollado de manera dinámica en Occidente por miles de años, hasta convertirse en un pilar de las relaciones in-

---

<sup>24</sup> "Éstas son leyes que tenían los indios de la Nueva España, Anáhuac o México", *Mitos e historia de los antiguos nahuas*, trad. y paleografía de Rafael Tena, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2002, pp. 107-108.

<sup>25</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>26</sup> Mónica Pinto, *op. cit.*, p. 72.

ternacionales. Aunque se basa en preceptos greco-romanos, la guerra justa fue definida en la Europa medieval por San Agustín. Los principales aspectos que mencionó se siguen utilizando; causa, autoridad, último recurso, y el objetivo final, que debe ser el restablecimiento de la paz. Con el tiempo la *bellum iustum* fue integrándose en torno a tres aspectos fundamentales; limitación de la “guerra” al espacio del campo de batalla, remitir al marco conceptual de la unidad cristiana para cualquier arbitraje o decisión jurídica y justificar cualquier guerra, especialmente durante las cruzadas, contra un enemigo no-cristiano. El resultado fue un modelo eurocéntrico que la definió así:

La “guerra justa” no es una guerra querida directamente por Dios, una guerra que los fieles llevan a cabo por obediencia a la voluntad divina. Más simplemente, es una guerra lícita porque se libra en el respeto de las reglas morales dictadas por la autoridad religiosa. Dejando de lado bruscamente los principios evangélicos de la justicia y la caridad, la teología católica legitima el derramamiento de sangre. La intención declarada es la de permitir a los cristianos que combatan en las guerras justas decididas por las autoridades políticas legítimas y, al mismo tiempo, contribuir a limitar y sosegar a la guerra, imponiendo a los reyes cristianos que libren sólo guerras justificadas por buenas razones y las lleven a cabo con medios lícitos.<sup>27</sup>

Si bien la definición conceptual más acabada se dio en el contexto europeo, culturas como la islámica desarrollaron modelos propios que limitaron también los efectos del combate y los conflictos. Estas ideas se basaron, no obstante, en una distinción idéntica entre musulmanes y no-musulmanes, derivando derechos y obligaciones completamente diferentes en ambos casos.<sup>28</sup> Para Zolo, este énfasis etnocéntrico en la distinción entre propios y ajenos ha sido uno de los efectos más perjudiciales de la doctrina al justificar aún en la actualidad cualquier acción militar ante cualquier alteridad que no pertenezca a nuestro mismo círculo cultural.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Danilo Zolo, *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>28</sup> Micheline R. Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley, University of California Press, 2004, pp. 45-46. Podríamos señalar que los límites de la “compasión” islámica fueron acuñados en la frase “Alá, la espada o el tributo”, con la cual se ofrecían tres alternativas a los pueblos enemigos durante la *jihad* emprendida por los primeros califas.

<sup>29</sup> Esta perspectiva, que conjunta los aspectos jurídico y cultural de manera convincente a nuestro juicio, es planteada magistralmente por el propio Zolo al describir la manera en que se engarzaron las necesidades imperiales españolas con el humanismo de la época: “La doctrina hebraica de la guerra santa, como es sabido, influyó en las teologías de la guerra elaboradas por los católicos, musulmanes y cristianos reformados, hasta el día de hoy. El monoteísmo católico — desde Agustín de Hipona hasta el *Decretum Gratiani*, desde Tomás de Aquino hasta los escolásticos españoles, como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Juan Ginés de Sepúlveda— en parte acogió y en gran parte reelaboró en clave moralista la antigua idea israelita de la guerra santa. De ello derivó la doctrina del *bellum iustum*, que teólogos y moralistas occidentales propusieron una y otra vez durante más de mil años y que el magisterio de la Iglesia



Desde el Medioevo hasta la era Moderna la guerra justa fue un precepto invocado en los conflictos entre las naciones cristianas y ante las no-cristianas. Cobró nuevo vigor con los descubrimientos del siglo XVI, que plantearon la necesidad de justificar el sometimiento de naciones antes desconocidas y que, por tanto, no eran enemigas tradicionales. Por ejemplo, Francisco Suárez:

[...] ha desarrollado también el concepto del derecho de gentes, en el que se aplica el derecho natural, con especiales aportes en cuanto a la guerra, dentro de los requisitos previos a la "guerra justa". Sus ideas sobre los indios han sido favorables a la compulsión en caso de resistencia de éstos a la evangelización misionera, por lo que consideramos negativo su aporte en esta materia.<sup>30</sup>

Para diversos autores, su contemporáneo, Francisco de Vitoria constituyó una alternativa al plantear que esta evangelización no podía ser considerada justificación de la ocupación de las nuevas tierras. En este sentido puede ser considerado un defensor de los derechos de las naciones indígenas, aunque terminó legitimando una forma atenuada de la conquista y sus consecuencias.<sup>31</sup>

Desde una perspectiva histórica este empleo de la idea de la guerra justa cristiana terminó con la Paz de Westfalia en 1648, cuando la obra de Hugo Grotius propuso que existían bases universales que permitían la construcción de un modelo diferente. Grotius abandonó la justificación teológica de las guerras e identificó la voluntad de los Estados como una nueva base. El consenso entre ellos permitiría crear una fuerza obligatoria, legitimar el empleo de la fuerza y, a final de cuentas, la existencia de un nuevo orden global. Como apunta Gómez Robledo:

En Grocio, en conclusión, el *ius naturale* o *ius necessarium* desempeña la función que en la actualidad atribuimos al *ius cogens*. El iusnaturalismo grociano, y más en concreto el iusnaturalismo racionalista, se prolonga hasta bien entrado el siglo XIX, es

---

romana confirmó constantemente incluso en ocasión de la reciente 'guerra humanitaria' de la OTAN contra la República Federal Yugoslava".

Consideramos que este tipo de análisis falta en el caso de las culturas mesoamericanas debido a la alta ideologización del debate y ala ausencia de verdadera crítica. Por supuesto, la conclusión del autor, que compartimos plenamente, es que la doctrina original se basa en la intolerancia y solamente puede ser considerada "justa" desde la perspectiva de un "pueblo elegido". Danilo Zolo, *op. cit.*, pp. 107-108.

<sup>30</sup> Juan Antonio Travieso, *Historia de los derechos humanos y garantías. Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina*, Buenos Aires, Heliasta, 2005, p. 85.

<sup>31</sup> Juan Antonio Travieso, *op. cit.*, pp. 93-95. Es difícil situar con exactitud a los autores de esta época dentro del debate de los derechos humanos contemporáneos. Para la doctora María del Refugio González, no se debe ser categórico y, en el caso de Vitoria, su aportación principal en la materia es el reconocimiento de que las naciones indígenas tenían derechos adquiridos previos a la evangelización. Para el fraile, el derecho español sobre los nuevos territorios se reducía, en principio, a aquellos que no estuviesen ocupados por los aborígenes. María del Refugio González, comunicación personal, 2009.

decir hasta la aparición del positivismo, cuando desaparece toda relación de verticalidad, de jerarquía, entre las normas del derecho de gentes.<sup>32</sup>

El fin del empleo conceptual del modelo que dividía al mundo entre cristianos y no-cristianos se debió a una multiplicidad de factores, como el desarrollo económico, el debilitamiento de la conciencia de la unidad europea y el expansionismo colonial. Se desarrollaron teorías alternativas para legitimar la acción armada en el nuevo orden mundial, destacando las de Pufendorf, Zouche y Vattel. Hugo Grotius definió la guerra justa como una acción armada llevada a cabo en defensa propia, la recuperación de la propiedad pública o privada y el castigo de los injustos. Añadió que la conflagración preventiva ante el temor de un ataque inminente era también justificada, redondeando un modelo mercantilista de la guerra justa.<sup>33</sup>

En tiempos recientes la guerra justa ha sido un concepto invocado frecuentemente con diversos nombres. Rawls lo ha tratado de actualizar utilizando su taxonomía de las sociedades según su afinidad al liberalismo democrático.<sup>34</sup> Siguiendo esta lógica, señala la base “natural” del concepto como resultado del moderno “derecho de gentes” y propone seguir una serie de reglas y pautas muy semejantes a las propuestas por San Agustín. Termina concluyendo que la legitimidad de una guerra se basa en la medida en que representa la preservación de los intereses del Estado y que siendo un esfuerzo social, debe incluir a todos los sectores en cuanto al cálculo

---

<sup>32</sup> Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 12.

<sup>33</sup> Micheline R. Ishay, *op. cit.*, pp. 99-100.

<sup>34</sup> Esta taxonomía, basada únicamente en criterios liberal-democráticos, es sugerente por su utilidad para las potencias en la actualidad. Rawls propone que “la justicia como equidad se puede extender al derecho internacional, como lo llamaba entonces, con el propósito específico de juzgar los objetivos y los límites de la guerra justa”. Aquí pretendo abarcar un terreno más amplio. Propongo considerar cinco tipos de sociedades domésticas.

El primero es el de los *pueblos liberales razonables*.

El segundo es el de los *pueblos decentes*. La estructura básica de una cierta clase de pueblo decente tiene lo que llamo una “jerarquía consultiva decente”, y a este tipo de pueblos los denomino “pueblos jerárquicos decentes”. No describo otras posibles clases de pueblos decentes, sino que las mantengo en reserva pues puede haber otros pueblos decentes cuya estructura básica no corresponde a mi descripción de jerarquía consultiva pero que son dignos de pertenecer a una sociedad de los pueblos. (Me refiero conjuntamente a los pueblos liberales y a los pueblos decentes como “pueblos bien ordenados”)

Existen, en tercer lugar, los *Estados proscritos*

y, en cuarto lugar, los *Estados lastrados por condiciones desfavorables*.

Finalmente, en quinto lugar tenemos sociedades que son *absolutismos benignos*: respetan los derechos humanos pero no están bien ordenadas porque niegan a sus miembros un papel significativo en la adopción de las decisiones políticas”. John Rawls, *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 14. Esta obra, una compilación de dos textos anteriores, resulta de gran pertinencia para la construcción de una teoría contemporánea de la guerra justa en términos liberales.

lo de costos y beneficios.<sup>35</sup> Para Zolo estas ideas en realidad tratan de la actualización del mismo principio etnocéntrico del Medioevo, legislado y legitimado ahora por las decisiones e intereses del Consejo de Seguridad de la ONU.<sup>36</sup> Es decir, a pesar de que el discurso occidental en torno a la justificación de la fuerza armada ha tenido un largo recorrido histórico y conceptual, siempre se ha basado en la necesidad de legitimar un *status quo* que es resultado de las relaciones desiguales de poder. A continuación proponemos retomar criterios semejantes en el caso de Mesoamérica con el fin de contrastar las dos tradiciones jurídicas tanto en la teoría como en la práctica.

## **2. La justificación del conflicto armado en Mesoamérica**

En Mesoamérica la concepción de una guerra justificada no alcanzó el refinamiento jurídico de la guerra justa en Europa, pero sí dio pie a un importante discurso político y jurídico. En el caso específico de la Triple Alianza, no toda causa justificaba públicamente la necesidad de entablar una guerra. El interés económico o político era la base de la mayoría de los conflictos, pero una declaración legítima necesitaba bases relativamente parecidas a lo que hemos visto en el caso occidental; defensa propia, interés prioritario u ofensas graves. En principio un gobernante podía declarar la aún en casos menores, como el homicidio de sus emisarios, pero debía someter su petición a los consejos. Estos podían teóricamente rechazarla o aconsejar contra la decisión según fray Jerónimo de Mendieta, pero la solicitud les era enviada varias veces. Al final cedían y se declaraba la guerra, pero se consideraba injusta y la responsabilidad de la victoria o derrota recaía únicamente en el monarca.<sup>37</sup>

La causa justificada de guerra, expresada en latín como *casus belli*, es otro concepto vital para entender el derecho de guerra y sus manifestaciones en diferentes culturas. En esencia denota la justificación necesaria para considerar ciertos actos una ruptura, incidente o interrupción de las relaciones “normales” entre las entidades políticas, de importancia suficiente como para entrar en conflicto armado. Aunque el término no fue utilizado en la antigüedad, existen conceptos semejantes desde la época Clásica europea y en Mesoamérica.

Para entender las causas justificadas para una guerra se requiere atender a lo que eran las relaciones normales y así determinar qué constituía un *casus belli*. Cier-

---

<sup>35</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 83 y 98-99.

<sup>36</sup> Danilo Zolo, *op. cit.*, p. 64.

<sup>37</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, p. 248.

tos elementos de las relaciones entre comunidades o *altepeme* debieron determinar una normalidad, que en caso de ser alterada parecen haber constituido causa justificada de inicio de las hostilidades. Por ejemplo, en toda Mesoamérica un *casus belli* inmediato e indiscutible fue el asesinato de los comerciantes de otra unidad política, una justificación que la Triple Alianza utilizó constantemente e inclusive en forma de provocación, como en el caso que registra Alvarado Tezozómoc:

Y así, dende algunos días yban las mugeres de los mexicanos cargadas con pescado y rranas, yzcahuitle y tecuitlatl, axayacatl, cocolin y patos para bender en Cuyuacan, y las guardas que allí estauan, bístolas, tomáronlas todo lo que lleuauan a bender a Cuyuacan por las yndias. Este agrabio y fuerça de les aber quitado forçiblemente lo que lleuauan a bender, se boluieron a Tenuchtitlan llorosas, quexasas; y no bargante esta bes, sino otras muchas bezes a otras mugeres de los mexicanos. Sabido por los mexicanos preñcipales el agrabio que continuamente rresçibían las mugeres mexicanas, mandaron a todas ellas jamás boluiesen a Cuyuacan una ni nenguna de ellas xamás, ebitando agrabios de ellas.<sup>38</sup>

Es posible que la importancia concedida a los comerciantes de una ciudad como representantes haya tenido una doble vertiente. Por un lado, los mercados eran una fuente importante de recursos para los linajes reales y su importancia dependía de la situación jerárquica en el sistema de tianguis. Colocarlos estratégicamente en posiciones ventajosas fue vital debido a la dependencia de la elite política respecto del sistema comercial se debió a la creciente insuficiencia del tributo para fondear las actividades de expansión, conquista y ceremonial. Por el otro, los comerciantes sirvieron en muchas ocasiones como espías y avanzada de posibles conquistas, motivando con ello su eliminación por parte de entidades temerosas.<sup>39</sup>

Hemos identificado dentro del análisis de la normatividad explícita dos causas principales como *casus belli* en el contexto histórico de la *hueitlahtocáyotl* (ver V. Anexo. Cuadro 1). El primero es la rebelión de un señorío sujeto, acto que era considerado de tal gravedad que no requería consenso político para emprender acciones punitivas. En las tres normas identificadas con claridad resalta la importancia de que fuese todo el pueblo o bien solamente el señor o su nobleza quien se levantase contra una o las tres capitales nahuas. Esto podría implicar una hábil estrategia de “divide y vencerás”, al distinguir enemigos y aliados potenciales en el seno del señorío desafecto. Debemos recordar que el caso de Tenochtitlan fue similar, ya que la rebe-

---

<sup>38</sup> Hernando Alvarado Tezozómoc, *Crónica mexicana*, Gonzalo Díaz Migoyo y Germán Vázquez Chamorro, eds., Madrid, Dastin, 2001, p. 256 (Dastin Historia).

<sup>39</sup> Richard E. Blanton, “The Basin of Mexico Market System and the Growth of Empire”, en Frances F. Berdan et al., eds., *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996, pp. 82-83.

lión ante Azcapotzalco fue efectuada por la nobleza tenochca sin apoyo de los líderes de los *macehualtin*. Este hecho ha sido muy debatido, pero a la postre sirvió como fundamentación de la gradual opresión de los *calpultin* por parte del Estado y fue uno de los mitos fundacionales de estos grupos. La segunda causa de guerra identificada en las normas se refiere al asesinato de los agentes de la Triple Alianza, mencionándose principalmente a los embajadores y a los comerciantes. Este enlace es interesante porque recalca la profunda interrelación de los distintos actores sociales en la construcción del imperio y el carácter altamente dinámico de las épocas tardías. Un tercer grupo de normas que aparecen relacionadas con la guerra, pero que no tenían carácter de *casus belli* fueron los casos de traición. El delito era concebido como una falta al señorío o al monarca, cuya identidad era idéntica en este caso. Es posible que la traición aparezca en el contexto bélico debido a que se consideraba un acto que debilitaba el esfuerzo de guerra, porque también se señala que el incumplimiento de las obligaciones era considerado dentro de la misma taxonomía.

Además de los dos *casus belli* mencionados con mayor frecuencia se encuentran en el Cuadro 1 otras normas al respecto, amén de un sinnúmero de ejemplos específicos que fueron considerados causa legítima del inicio de las hostilidades. El homicidio del *calpixqui* que recolectaba los tributos fue un caso generalmente tomado como símbolo de la rebelión contra el imperio.<sup>40</sup> Otras causas mencionadas con frecuencia incluyen la interrupción del paso libre de personas no hostiles y, en ocasiones, el paso libre de ejércitos. Para Hassig, el bloqueo de caminos habría resultado poco efectivo en una situación histórica en que la mayoría de los recorridos se hacían a pie, pero pudo simbolizar la ruptura de relaciones políticas. Al ser tomada por tributarios, la medida era sinónimo de rebelión y en el caso de la Triple Alianza, aun en casos de ciudades independientes era equivalente a una rebelión, por la ruptura de la "etiqueta internacional".<sup>41</sup> Dentro de los parámetros jurídicos subrayados por Rawls y Dworkin encontramos, precisamente, este énfasis en la amenaza a los intereses del Estado, como base la justificación común del comienzo de las hostilidades. Que la Triple Alianza consideraba la rebelión de sus tributarios un caso de amenaza vital lo muestra el documento "Éstas son leyes...":

Quando algún pueblo se rebelaba enviaban luego los señores de los tres reinos, que eran México y Tetzoco y Tlacopan, secretamente a saber si aquella rebelión procedía [de] todo el pueblo ó [si era] solo par mandado y parecer del señor de tal pueblo. Y si esta rebelión proceda solamente del señor de tal pueblo, enviaban los señores

---

<sup>40</sup> Carlos Brokmann, *La estera y la silla. Individuo, comunidad e instituciones jurídicas nahuas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, pp. 45-46.

<sup>41</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, p. 8.

de los tres reinos sobredichos capitanes y jueces que públicamente justificaban a los señores que se rebelaban y a los que eran del mismo parecer. Y si esta rebelión era por parecer y voluntad de todo el pueblo, [re]queríanlos muchas veces a que fuesen sujetos como antes y tributasen; y si después de muchas veces requeridos no querían sujetarse, entonces dabanles ciertas rodelas y ciertas armas en señal de amenazas y apregonaban la guerra a fuego y a sangre, pero de tal manera que en cualquier tiempo que saliesen de paz los tales rebeldes cesaban la guerra.<sup>42</sup>

Ciertos actos considerados *casus belli* tenían un carácter más discutible y a menudo de franca provocación, como en algunos ejemplos registrados para “obtener” una causa de guerra de manera premeditada. Xochimilco y Chalco fueron orillados a la guerra cuando el monarca de Tenochtitlan los presionó con demandas propias de tributarios y no de entidades independientes. Su rechazo fue la base para la aceptación interna del *casus belli* y de su completo sometimiento.<sup>43</sup> Entre los mayas las causas de guerra aparecen con un grado de justificación menor, indicando un pragmatismo menos necesitado de la legitimación. Esto concuerda con las observaciones de diversos etnógrafos, que señalan que la escala de la complejidad social es determinante en la construcción de la imagen de justicia en estos temas. Se menciona que obtener cautivos era una causa suficiente, así como el cobro de deudas entre habitantes de pueblos diferentes, los procesos interminables de venganzas familiares y el mero hecho de encontrar grupos más pequeños de pobladores de sitios enemigos.<sup>44</sup>

### **3. Declaración de guerra y movilización**

La existencia de *casus belli*, fuese real, provocado o inventado, daba justificación a las hostilidades. Pero en los sistemas políticos complejos el inicio de la guerra es un proceso que requería una serie de pasos jurídicos internos y diplomáticos. Entre los mayas, el *nacom* solía fungir como representante y negociador; se untaba al gobernante visitado con unguento blanco, simbolizando que lo daban por muerto (*tizatl*), se le entregaba un escudo y armas para que se defendiese y, a su vez, el señor les entregaba otros escudos y armas.<sup>45</sup> Este embajador era considerado sagrado y su vida debía ser respetada, una costumbre que difícilmente se habría cumplido en todos

---

<sup>42</sup> “Éstas son leyes que tenían los indios de la Nueva España, Anáhuac o México”, *op. cit.*, pp. 103-104.

<sup>43</sup> Diego Durán, *Historia de las Indias de Nueva España e islas de tierra firme*, Ángel Ma. Garibay K., ed., México, Porrúa, 1984, vol. 2, pp. 73-78 y 81-84.

<sup>44</sup> Carlos Brokmann, *Hablando fuerte*, *op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>45</sup> Claudia Dary F., *op. cit.*, pp. 57-58.

los casos. En la Triple Alianza el proceso constituyó un proceso de ritualización político-jurídica, con etapas, símbolos y elementos pragmáticos que resultan indicativos de la necesidad de la justificación de una guerra. El respeto a la normatividad de la declaración de guerra fue generalizado y en muchas ocasiones es mencionado como una costumbre originalmente “tolteca”. Esta identificación cultural es importante, porque diversas culturas mesoamericanas reconstruían sus orígenes con base en una herencia tolteca que era reconocida como fuente de legitimidad. Para Offner, los rituales descritos por los cronistas son cuando menos tan interesantes como los aspectos jurídicos, incluyendo la supuesta inviolabilidad de las normas de declaración de guerra entre los toltecas.<sup>46</sup> A continuación transcribimos una descripción de las causas de guerra que elabora Fernando de Alva Ixtlilxóchitl al mencionar las Ochenta Leyes de Nezahualcóyotl:

Quando se había, de hacer alguna entrada o guerra contra algún señor de los de las provincias remotas, había de ser por causas bastantes que hubiese para ello, que eran que este tal señor hubiese muerto a los mercaderes que iban a tratar y contratar en su provincia, no consintiendo trato ni comunicación con los de acá,<sup>47</sup>

Habiendo registrado y asentado que un acto de otro Estado era una provocación que pudiera ser considerado *casus belli*, las ciudades aliadas se reunían en consejo según las fuentes del Acolhuacan. En las fuentes históricas procedentes de Tenochtitlan centran el proceso de toma de decisiones militares enteramente en esa capital. Prosigue el cronista con su descripción:

para lo cual todos tres en consejo de guerra con sus capitanes y consejeros se juntaban y trataban del orden que se había de tener, y la primera diligencia que se hacía era que iban ciertos mensajeros de los mexicanos que llamaban Quaquauhnochtzin, y estos leal[es] requerían a los de la provincia rebelada, en especial a todos los ancianos, juntando para ello cantidad de viejos y viejas a quienes de parte de las tres cabezas requerían y decían, que ellos como personas que habían de padecer

---

<sup>46</sup> Para una descripción y análisis de los rituales políticos y jurídicos en el caso específico del Acolhuacan, así como para su correlación con los aspectos ideológicamente toltecas, sugerimos revisar la obra de Jerome K. Offner, *Law and Politics in Aztec Texcoco*, Nueva York, Cambridge University Press, 1983.

<sup>47</sup> Prosigue el cronista acolhua de esta manera:

(porque estas tres cabezas se fundaban ser señoríos e imperios sobre todas las demás, por el derecho que pretendían sobre toda la tierra, que había sido de los toltecas, cuyos sucesores y herederos eran ellos, y por la población y nueva posesión que de ella tuvo el gran Chichimeca, Xólotl su antepasado.

Fernando de Alva Ixtlilxóchitl, *Obras históricas. Incluyen el texto completo de las llamadas Relaciones e Historia de la nación chichimeca en una nueva versión establecida con el cotejo de los manuscritos más antiguos que se conocen*, Edmundo O’Gorman, ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1985, vol. 2, p. 102.

las calamidades y trabajos que causan las guerras si su señor sé desvanecía en no admitir la amistad, protección y amparo del imperio, pues tenían experiencia de todo, le fuesen a la mano, y procurasen de que enmendase el avieso y desacato que había tenido contra el imperio, dentro de veinte días que le daban de término; y para que no dijese en ningún tiempo que violentamente habían sido conquistados y ganados, les daban cierta cantidad de rodelas y macanas; y se ponían estos mensajeros en cierta parte, en donde aguardaban la resolución de la república y de los ancianos de tal provincia, los cuales respondían lo que a ellos les parecía, o dentro del término referido allanaban al señor, y entonces dándole su fe y palabra de nunca ser contrario al imperio, y dejar entrar y salir, tratar y contratar a los mercaderes y gente de él, enviando cierto presente de oro, pedrería, plumas y mantas, era perdonado y admitido por amigo del imperio; y si no hacía esto cumplidos los veinte días, llegaban a esta sazón otros mensajeros que eran naturales de la ciudad de Tetzcuco [Texcoco] de los aculhuas [acoluhas], llamados Achcacahtzin que eran de los de aquellos jueces que en otra parte se dijeron pesquisidores, los cuales daban su embajada al mismo señor de tal provincia y a todos los naturales y caballeros de su casa y linaje, apercibiéndoles que dentro de otros veinte días que les daban de término se redujesen a paz y concordia con el imperio, con el apercibimiento que si se cumplía el término y no se allanaban, que sería el señor castigado con pena de muerte, conforme a las leyes que disponían hacerle pedazos la cabeza con una porra, si no moría en batalla o cautivo en ella para ser sacrificado a los Dioses.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> El resto de esta extraordinaria narrativa de la declaración de guerra, incluyendo los símbolos, apercibimientos y amenazas abiertas e implícitas termina de esta manera: “y los demás caballeros de su casa y corte, asimismo serían castigados conforme a la voluntad de las tres cabezas del imperio: habiendo hecho este apercibimiento al señor y a todos los nobles de su provincia, si dentro de los veinte días, se allanaba, quedaban los de su provincia obligados de dar un reconocimiento a las tres cabezas en cada un año, aunque moderado, y el señor perdonado con todos los nobles y admitido en la gracia y amistad de las tres cabezas; y si no quería, luego *incontinenti* le ungían estos embajadores el brazo derecho y la cabeza con cierto licor que llevaban, que era para que pudiese resistir la furia del ejército de las tres cabezas del imperio, y asimismo le ponían en la cabeza un penacho de plumería que llamaban *Tecpilotl*, atado con una correa colorada, y le presentaban muchas rodelas, macanas y otros adherentes de guerra, y luego se juntaban con los otros primeros embajadores, aguardando a qué se cumpliese el término de los veinte días: y cumplido, no habiéndose dado de paz, a esta sazón llegaban terceros embajadores, que eran de la ciudad de Tlacopan, de la nación, tepaneca, y tenían la misma dignidad y oficio que los demás, los cuales daban su embajada de parte del las tres cabezas del imperio a todos los capitanes, soldados y otros hombres de milicia, apercibiéndoles, por último apercibimiento, que como tales personas habían de recibir los golpes y trabajos de la guerra, que procurasen dentro de veinte días dar la obediencia al imperio, que serían perdonados y admitidos en su gracia; donde no, pasado el tiempo, vendrían sobre ellos, y a fuego y sangre asolarían toda su provincia, y se quedarían por esclavos todos los cautivos en ella, y los demás por tributarios vasallos del imperio, los cuales si dentro de este término se rendían, sólo el señor era castigado, y la provincia quedaba sujeta a dar algo más tributo y reconocimiento que en el segundo apercibimiento, y esto había de ser de las rentas pertenecientes al tal señor; y donde no, cumplidos los veinte días, estos embajadores tepanecas daban a los capitanes y hombres militares de aquella provincia rodelas y macanas, y se juntaban con los otros, y luego juntos se despedían del señor de la república y de los hombres de guerra, apercibiéndoles que dentro de otros veinte días estarían las tres cabezas o sus capitanes con ejércitos sobre ellos, y ejecutarían todo lo que les tenían apercibido; y cumplidos luego se daba la batalla, porque ya a esta sazón había venido marchando el ejército; y conquistados y ganados



Offner identificó el proceso de entrega de los tres apercebimientos descritos por Ixtlilxóchitl en el *Mapa Quinantzin*, que puede entenderse bien gracias a la exactitud de la crónica.<sup>49</sup> Hassig sostiene que esto debe entenderse como una costumbre que no siempre era seguida, por consideraciones prácticas. Para él, el apercebimiento al enemigo tenía como objeto debilitar su voluntad de lucha al amenazarlo en estricto orden jerárquico; primero al gobernante, después a la nobleza y por último al pueblo común.<sup>50</sup> Dary, siguiendo las crónicas sin criticarlas, afirma que todo acto bélico era llevado a cabo sólo tras haber cumplido estas normas, incluyendo el que “después de haber aceptado la declaratoria, tras lo cual se permitían emboscadas”.<sup>51</sup> Para Soustelle, el hecho de que existiera la declaración oficial de guerra implica que los mexicas sacrificaban “la ventaja que proporciona la sorpresa”, y de hecho:

No sólo dejaban a sus adversarios el tiempo suficiente para preparar la defensa, sino que aun les proporcionaban armas, aunque fuese en cantidad simbólica. Esta actitud, estas embajadas, estos discursos, estos regalos, expresan perfectamente el ideal caballeresco que animaba a los guerreros de la antigüedad americana.<sup>52</sup>

Esta visión romántica e idealizada debe ser tomada con precaución. La declaración de guerra con todos estos pasos rituales fue una condición jurídica ideal, pero que difícilmente se cumplía. Hassig, Berdan, Smith, Lameiras y diversos autores han señalado campañas sorpresivas, ataques sin previo aviso, emboscadas en épocas de supuesta paz y otras violaciones de la norma. Es evidente que la declaración y un *ca-*

---

que eran, se ejecutaba todo lo atrás referido, repartiendo las tierras y los tributos entre las tres cabezas: al rey de México y al de Tetzcuco por iguales partes, y al de Tlacopan una cierta parte, que era como la quinta; aunque se tenía atención de dar a los herederos de tal señor tierras y vasallos suficientes a la calidad de sus personas, entrando en la sucesión del señorío el heredero y sucesor legítimo de la tal provincia con las obligaciones y reconocimientos referido, y dejándole guarnición de gente del ejército de las tres cabezas, la que era conveniente para la seguridad de aquella provincia, se volvía la demás; y de esta manera sujetaron a toda la tierra. Otras leyes había que se guardaban en el consejo y tribunal de guerra, de menos entidad”. Fernando de Alva Ixtlilxóchitl, *op. cit.*, vol. 2, pp. 102-104. Para la doctora María del Refugio González este procedimiento recuerda el Requerimiento utilizado como justificación por los conquistadores españoles durante la expansión de los siglos XV y XVI. Elaborado por Juan López de Palacios Rubio, este documento de 1510 debía ser leído a los aborígenes de cualquier territorio para conminarlos a aceptar las consecuencias de la bula *Inter Caetera* que en 1493 daba derechos de conquista sobre estos territorios a los monarcas españoles. María del Refugio González, comunicación personal, 2009.

<sup>49</sup> Existen dos interpretaciones de este documento a la luz del derecho y la justicia en el Acolhuacan. Luz María Mohar Betancourt, *Códice Mapa Quinatzin. Justicia y derechos humanos en el México antiguo*, México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2004; Jerome K. Offner, *op. cit.*

<sup>50</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, p. 205.

<sup>51</sup> Claudia Dary F., *op. cit.*, p. 53.

<sup>52</sup> Jacques Soustelle, *El universo de los aztecas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 208.

*sus belli* verosímil fueron fundamentales ideológicamente. Pero también es obvio que el factor sorpresa y la demostración de fuerza eran instrumentos imperiales demasiado valiosos como para perderlos. De modo que la justificación siempre se adecuó a crear un discurso para el consumo interno. A su vez, la declaración era asumida muchas veces debido a que la movilización era avisada a los enemigos por sus propios espías y el traslado de un ejército por tierra implicaba que las noticias llegaban mucho antes que él mismo.<sup>53</sup>

Al declararse la guerra, cada capital de la Triple Alianza tenía un oficial encargado de comunicar la decisión al pueblo. En la época de Motecuhzoma Ilhuicamina, esto era hecho por el *cihuacóatl*, quien notificaba a todos los *calpultin* y a los *telpochcalli*, donde se encontraban buena parte de los guerreros. En otras ocasiones, los líderes militares notificaban y organizaban el acopio de víveres, aunque se sabe que también era común que los cuatro jefes de guerra principales de Tenochtitlan (*tlacatécatl*, *tlacoachcácatl*, *cuauhnochtecuhtli* y *tlillanacalqui*) eran quienes notificaban a los guerreros la decisión. Al pueblo llano se le avisaba de manera perentoria y la declaración de guerra se anunciaba en la plaza, casi siempre durante cinco días, quizá con el propósito de que se apercibiesen los contingentes, despidieran de sus familias y para que éstas se prepararan para un posible desabasto.<sup>54</sup>

#### **4. La guerra justa entre la teoría y la práctica**

Hemos visto que la idea de entablar una guerra solamente en casos justificados jurídica e ideológicamente fue un concepto común a Mesoamérica y Europa. Pero en ambos casos entre el concepto y su puesta en práctica existió y existe una enorme diferencia. Como han demostrado Zolo, Fisk y otros autores recientes, el derecho de guerra se puede considerar un auténtico “derecho de los vencedores”. Lo que cambian son los patrones y formas, no el propósito de justificar las acciones de los poderosos. Como propone Keegan, en esencia, la guerra se lleva a cabo para obtener un beneficio económico, cultural, religioso, o de cualquier otra naturaleza y dado que los recursos disponibles se encuentran en áreas limitadas, es allí donde se desarrolla la competencia armada. En las sociedades antiguas, las características principales de la interacción social a través de la guerra pueden consistir en la competencia por las mejores tierras, las disputas fronterizas y de índole de derechos sobre los recursos naturales, así como el surgimiento de zonas de conflicto constante y la participación preeminente de los hombres en la actividad guerrera. Para él, de hecho: “la

---

<sup>53</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, pp.26-27; Carlos Brokmann, *La estera y la silla*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>54</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, pp. 48-51.

guerra comprende mucho más que la política... es siempre una expresión de la cultura, frecuentemente es una variable determinante de las estructuras culturales y, en algunas sociedades, constituye a la cultura en sí misma".<sup>55</sup>

En el caso de la Triple Alianza una manera de conseguir la justificación necesaria fue el forzar al enemigo a declarar las hostilidades mediante la presión constante. Una de sus formas fue requerir a otras ciudades aceptar la devoción de los dioses o al monarca de Tenochtitlan, lo cual se hacía mediante embajadores tan agresivos y altaneros que no era raro que resultaran asesinados. Este acto, por supuesto, constituía un *casus belli* legítimo.<sup>56</sup> Los embajadores, llamados *tititlantín*, eran enviados a otras ciudades con peticiones aparentemente menores, pero este disfraz a veces sólo encubría funciones políticas de agresión encubierta, como en casos históricos que incluyen el solicitar un árbol *tlapalizquixochitl*, oro y conchas casi imposibles de conseguir.<sup>57</sup>

En caso de derrota, el saqueo de los pueblos era una práctica generalizada en Mesoamérica e implicaba destrucción, violación, robo y esclavitud. Este resultado no era inevitable, sino que ocurría normalmente cuando no había algún tipo de negociación antes de la derrota absoluta. El rechazo a la tributación significaba el ataque de las fuerzas de la Triple Alianza; rendirse antes del combate podía salvar a la ciudad del saqueo, pero no del aumento en la exigencia de tributo. La rendición incluía una prueba simbólica, como la entrega de bienes o líderes y podía hacerse en cualquier momento, incluso una vez iniciado el saqueo, ya que representaba la sumisión a la Triple Alianza.<sup>58</sup> El saqueo funcionó también como una recompensa para los guerreros; cuando era controlado por razones políticas, los mexicas les pagaban a los guerreros por sus pérdidas.<sup>59</sup> Estas costumbres resultan sorprendentemente similares a las europeas de la misma época, que regularon en un alto grado el derecho, causa y límite del saqueo a las ciudades enemigas. En ambos casos se registran numerosos ejemplos en los que estos límites jurídicos o políticos fueron dejados de lado cuando los contingentes estaban demasiado incontrolables o sus jefes lo consideraban conveniente. Por lo tanto la negociación de la paz con la Triple Alianza incluía dos aspectos; el jurídico y el cálculo político de la relación costo-be-

---

<sup>55</sup> John Keegan, *op. cit.*, pp. 74-76.

<sup>56</sup> Juan de Torquemada, *Monarquía indiana*, 6a. ed., México, Porrúa, 1986, vol. 2, Libro 12, cap. 2.

<sup>57</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, pp. 8-10. Los ejemplos de peticiones exageradas o de cumplimiento casi imposible son diversos y se complementaron con la exigencia, una vez sometidos, de tributos extravagantes o que implicaban la humillación permanente del derrotado.

<sup>58</sup> Fernando de Alva Ixtlilxóchitl, *op. cit.*, vol. 2, p.166.

<sup>59</sup> Diego Durán, *op. cit.*, vol. 2, p.112.

neficio de la sumisión en circunstancias específicas.<sup>60</sup> Este proceso y su ponderación implícita es evidente en el *Códice Mendoza*:

el mexicano figurado que está sentado y a sus espaldas vna Rodela y flechas significa / que estando los mexicanos modydos a destruyr por via de guerra a cierto pueblo que se avia Reuelado contra el señorío de mexico / los tres figurados vasallos del cacique que ansi mysmo estan asentados en frente del mexicano / signyficcan que estando todo el pueblo del cacique atemorizados de la guerra y destru[cció]n que los mexicanos les querian hazer vyenen a mexico a tratar pazes sometyendose por vasallos de mexico / y protestando de les tributar y Reconoger el señorío / medyante lo qual los Reciben en amystad y por vasallos Reponyendolo determynado en su perjuyzio /.<sup>61</sup>

En casos de que adversarios débiles se enfrentaron a la Triple Alianza, fue común el envío de una embajada o delegación para negociar y en caso de haber sido previamente derrotado, ofrecía tributación inmediata. Si una ciudad no se rendía rápidamente, ofreciendo ella misma la sumisión en distintas formas y grados, se entraba en guerra y automáticamente los términos de paz resultaban más severos. Una vez iniciadas las hostilidades, el acto de sumisión se basaba en calcular una probable derrota, como cuando Azcapotzalco se rindió ante Texcoco horas antes de ser destruida. La rendición y sus muestras simbólicas se entregaban a veces para evitar la destrucción de la ciudad, como en el caso de Cuatlachtlan, donde los mexicas entraron y mataron ancianos, mujeres, niños e infantes hasta que los nobles pidieron piedad y juraron ser tributarios. En el de Coaixtlahuacan, la población huyó, los mexicas quemaron el templo y no se detuvieron hasta que les prometieron tributo.<sup>62</sup> En todos los casos la narración de las conquistas comienza con la justificación de la acción armada, basada en general en el derecho de guerra aceptado. En pocas palabras, como plantearon sus informantes a fray Diego Durán al explicar la brutalidad de las guerras y conquistas; la Triple Alianza no había buscado problemas, sino que había sido provocada por sus enemigos.<sup>63</sup>

La base de la relación entre guerra y dominación en la Triple Alianza era la negociación de los términos de la paz; el proceso puede verse como una escala que iba

---

<sup>60</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, p. 113.

<sup>61</sup> Frances F. Berdan y Patricia Rieff Anawalt, *op. cit.*, p. 138.

<sup>62</sup> Hernando Alvarado Tezozómoc, *Crónica mexicana*, 4a. ed., Manuel Orozco y Berra, ed., México, Porrúa, 1987, pp. 331-337.

<sup>63</sup> Diego Durán, *op. cit.*, vol. 2, p. 357. El argumento de que las guerras y conquistas son actos provocados por el enemigo débil sería un excelente tema para un estudio comparativo. El cinismo mostrado por los informantes mexicas de Durán parece análogo al de la administración Bush al fabricar evidencia y mentir como preparación de la invasión de Afganistán e Irak, para luego aducir que, en todo caso, lo habían hecho en bien de la democracia.

de la rendición incondicional a los diversos grados de sumisión más o menos voluntaria. La conquista podía significar la destrucción y dominación de una ciudad pero en realidad era el punto en que la destrucción alcanzaba niveles inaceptables, llevando a la rendición. Para Hassig, la variabilidad de este proceso de negociación provocó que hoy en día no sea tan claro qué áreas fueron “conquistadas”. Los grados más comunes del sometimiento incluyeron la alianza voluntaria, la sumisión ante la amenaza de guerra, la tributación “voluntaria” en cierta medida, la tributación bajo amenazas, la sumisión bajo amenaza de guerra, la sumisión antes o después de la batalla y, en casos extremos, la destrucción definitiva de la entidad enemiga.<sup>64</sup> En general las zonas tributarias conquistadas conservaron sus autoridades y formas de gobierno local. Se sabe de la supervivencia de las normas jurídicas regionales, de costumbres y creencias, aun cuando fueran diferentes a las de la Triple Alianza y que en muchos casos la incorporación como tributarios significaba poco en el nivel de la vida política interna.<sup>65</sup>

Un tema que ha sido poco estudiado es la forma como el imperio de la Triple Alianza alteró las condiciones sociales, políticas y económicas en sus dominios. La feroz resistencia de algunos *altepeme* puede haberse debido a que su rendición e incorporación al imperio alteraría las relaciones de poder internas por completo. Se ha notado que en general un aumento de la tributación significó pérdidas económicas y políticas para la elite local, mientras que la sumisión voluntaria llevó al fortalecimiento de grupos opositores internos. De esta manera, el gobierno local dependía en cierta medida de los objetivos hegemónicos del imperio, ya que los sistemas centrales de la Triple Alianza pocas veces interferían con el *tlahtoani* local. Visto desde esta perspectiva, la preservación de los elementos culturales y de políticas autóctonos hacía más sencilla la sumisión, porque las elites aseguraban de esta manera su supervivencia. A su vez, el grado “voluntario” de la aceptación dependería de calcular el costo de las imposiciones como el tributo, el apoyo militar o la manutención de los ejércitos, contra las ventajas percibidas de pertenecer al imperio, tales como la libertad de comercio dentro del sistema.<sup>66</sup> Se debe aclarar que esto no ocurrió en el caso de las provincias consideradas fundamentales para la economía o la seguridad del imperio, ya que se han registrado cambios agudos y en varios ejemplos, catastróficos en algunos territorios sometidos. La instalación de guarni-

---

<sup>64</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, p. 114.

<sup>65</sup> David Friedman, “The Aztec Legal System”, en: [http://www.davidfricdman.com/Academic/CoursePages/legal sys.edu](http://www.davidfricdman.com/Academic/CoursePages/legal%20sys.edu), consultado en mayo de 2005, pp. 34-35.

<sup>66</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, pp. 21-23; Francisco Ávalos, “An Overview of the Legal System of the Aztec Empire”, *op. cit.*, pp. 2-4; Lucio Mendieta y Núñez, *El derecho precolonial*, 4a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 13. Falta por elaborar la historia de las provincias del imperio desde este punto de vista, de manera análoga a la imprescindible obra de Mommsen para el caso romano.

ciones que debían ser mantenidas, la exacción tributaria especializada en cantidades exorbitantes y el aumento en la tasación a ciudades que se habían rebelado fueron casos en las que los costos imperiales fueron mucho mayores que sus beneficios para diversas unidades políticas sujetas.<sup>67</sup>

### III. Hostilidades y trato a combatientes y no combatientes

Como hemos explicado, el derecho de guerra comprende, además del relacionado con la pertinencia y legitimidad de entrar en un conflicto, la forma en que se conducen las hostilidades armadas. A este ramo se le conoce como *ius in bello* o “reglas de la guerra” y se define como la adherencia a normas consideradas “justas” durante una guerra. En la actualidad, las distintas Convenciones de Ginebra son un claro ejemplo de la normatividad aplicada a limitar el daño y tipo de daño que se inflige durante las hostilidades a los combatientes y a los no-combatientes. Para Mónica Pinto:

Todos los desarrollos que se dan desde que “nace” el derecho internacional estarán destinados a acotar la fuerza, a limitarla, a recuperar a los combatientes, recursos humanos finitos y escasos, se diría hoy, que deben superar la barrera de lo descartable... la determinación de objetivos lícitos e ilícitos ... la preocupación por los seres humanos heridos y enfermos en los campos de batalla, a los que no llega ayuda y por ello mueren, y por los que prestando ayuda son muertos o apresados da lugar al derecho internacional humanitario o a aquél preocupado por las víctimas del conflicto.<sup>68</sup>

De esta manera, desde sus orígenes, las limitaciones y reglas de la guerra han tenido como objeto, en el contexto de las relaciones entre las naciones, el “proteger a las personas en situación de conflicto armado” y la “limitación en los medios de guerra, especialmente armas, y métodos de guerra, como ciertas tácticas militares”.<sup>69</sup>

El Cuadro 2 del Anexo describe las normas que se encuentran en diversas fuentes de información nahuas en torno a la reglamentación de la conducta y el trato

---

<sup>67</sup> Ver a Michael E. Smith, *op. cit.*; Frances F. Berdan y Michael E. Smith, “Imperial Strategies and Core-Periphery Relations”, *op. cit.*, p. 122.

<sup>68</sup> Mónica Pinto, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>69</sup> Cristina Pellandini, “El derecho internacional humanitario y el ordenamiento jurídico interno”, en Ricardo Méndez Silva, coord., *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 485-486.

durante las hostilidades. Un aspecto que salta a la vista es la ausencia completa de cualquier norma acerca de la conducta del guerrero respecto del enemigo, sea éste combatiente o no combatiente. El primer conjunto de normas se refiere a los actos calificados como delitos cometidos antes, durante o después del combate y cubre únicamente a los combatientes que pertenecen al propio señorío. Por lo tanto, la jurisdicción del señorío se extendía a cualquier lugar en el cual contara con representación de índole política o militar, quedando los guerreros sujetos estrechamente a este severo derecho. Kohler ha recalcado que las penas de muerte a los guerreros cubrían la insubordinación, la indisciplina, la retirada sin previa orden y la deserción, prácticas comunes a otras sociedades militaristas.<sup>70</sup> En las fuentes de información enlistadas en el Cuadro 2 la desobediencia se define como el incumplimiento de órdenes directas de un superior, el atacar sin autorización o bien el separarse de la unidad durante el combate. Por cobardía se entiende la huida del campo de batalla, el abandono de un puesto del cual el guerrero era responsable y, particularmente, cualquier acto asociado con la captura o muerte en combate del jefe del ejército o un príncipe real. La deserción es sencilla de definir, pero tenía la pena añadida de que se ejecutaba al desertor en el tianguis y su cuerpo era despedazado por todos los presentes. En conjunto estas normas retratan una sociedad militarista y meritocrática, en la cual el honor ganado en la lucha era considerado el “camino del guerrero” y la vía para la promoción social. Este concepto se refuerza al considerar el segundo grupo de normas que reglamentaba la conducta durante el combate. Cuando menos tres se refieren a la usurpación de un cautivo ajeno; el acto de robar o comprar un prisionero que un compañero había apresado para presentarlo como propio. Este hecho parece irrelevante o casi, en términos occidentales, pero los grupos amerindios centraban el honor guerrero en la captura y posterior sacrificio de la víctima. El mérito militar se medía con base en el número de prisioneros que cada guerrero había capturado, hecho descrito claramente en fuentes como el *Códice Mendoza*.<sup>71</sup> Quitar un cautivo sólo podía significar dos cosas. En primer lugar, que se cometía la peor bajeza al robar o disputar el cautivo al verdadero captor. En segundo lugar, en el caso de los jóvenes ricos, el ascenso social logrado con base en la compra de un prisionero a un guerrero pobre. En ambos ejemplos era considerado moral y jurídicamente reprobable; en el segundo implicaba también la ejecución del guerrero que vendiese a su cautivo. Un tercer conjunto de normas se refiere a la conducta de los no combatientes de la etnia propia durante el transcurso de la gue-

---

<sup>70</sup> Josef Kohler, *El derecho de los aztecas*, trad. y notas de Carlos Rovelo, México, Ediciones de la Revista Jurídica, 1924, pp. 113-114. Esta obra pionera sigue siendo el mejor compendio de normas nahuas, aunque no distingue las tenochcas de las acolhuas y ha sido criticada por aplicar un marco occidental al derecho indígena.

<sup>71</sup> Frances F. Berdan y Patricia Rieff Anawalt, *op. cit.*, pp. A 183-193 y B 132-139.

rra, castigando severamente su auxilio explícito (mensajes, avisos) o implícito (auxilio, curación) al enemigo. En esta situación se incluyó también a los mensajeros que llevaran información falsa acerca del desarrollo de las hostilidades. La única categoría que podría referirse al trato a los combatientes y no combatientes ajenos al propio grupo es la que trata las condiciones del cautivo. Sin embargo, no se habla en ellas de la sumisión de los no combatientes, sino de los guerreros capturados y que entraban en una categoría social muy particular. Todos los prisioneros de guerra eran considerados propiedad de los dioses, en tanto había sido su voluntad que fuesen capturados. Por este motivo el intercambio de cautivos era un concepto impensable y sólo mediante el complicado "sacrificio gladiatorio" en el cual el prisionero enfrentaba casi desarmado y amarrado a cuatro oponentes adiestrados se podía librar de morir en el templo. Asimismo, el honor que los dioses habían concedido al guerrero captor le hacía acreedor al mejor trozo de carne del sacrificado.<sup>72</sup> De esta manera los cautivos de guerra solían morir sacrificados y los pueblos sometidos veían a sus inmensas masas de prisioneros ser convertidos en terrazgueros o tributarios o, en algunos de los peores casos, ser diezmados y esclavizados. Un delito de guerra que pensamos que puede ser considerado específicamente mesoamericano fue el uso ilegítimo e indebido de las insignias, que podía conducir incluso a las hostilidades.

En Occidente el concepto del *ius in bello* tradicionalmente se remonta al trato, primero por costumbre y luego cada vez mejor afianzado, que se dio al enemigo durante las hostilidades. La limitación de este trato fue llevando al concepto de "crimen de guerra", que explica Zolo de esta manera:

[...] la noción tradicional de "crimen de guerra", relativa a una violación del llamado *ius in bello*. Semejante violación podía ser cometida por los beligerantes a través de comportamientos contrarios a normas del "derecho de guerra", como el ordenamiento de la guerra terrestre, marítima o de los derechos de los prisioneros.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Algunas de estas normas solamente pueden entenderse a la luz del objetivo imperial de someter a los señorios para aumentar la tributación o fortalecer la esfera comercial. La toma de cautivos era crucial para la ideología y valores sociales asociados con la guerra, por lo que buena parte de las técnicas y tácticas se desarrollaron a partir de esta necesidad. El enemigo era capturado vivo; el fin no era su muerte en combate, sino que aún herido y fácil de matar, era arrastrado del campo de batalla y hecho prisionero. Los soldados de la retaguardia amarraban a los cautivos heridos, con las manos por detrás y a veces los pies también, con cepos de madera llamados *cuauhcozcatl* en el cuello. En ocasiones los cautivos eran colocados en jaulas y Durán menciona que en una de las primeras batallas de Izcoatl, los mexicas cortaron una oreja a los prisioneros xochimilcas. Ross Hassig, *op. cit.*, pp. 114-115; Diego Durán, *op. cit.*, vol. 2, p. 114.

<sup>73</sup> Danilo Zolo, *op. cit.*, p. 43.



La historia del control o limitación de los efectos que pueden tener los combates sobre el enemigo, sea combatiente o no, ha sido abordada desde muy distintos puntos de vista. Para la diplomacia, una de las formas más interesantes es el análisis de los instrumentos internacionales, considerada “pragmática” por Gómez Robledo. Partiendo del siglo XIX, reconoce al menos tres etapas evolutivas, en las que destaca una limitación cada vez más efectiva de los excesos del combate.<sup>74</sup> Por último, es conveniente señalar que las derivaciones del *ius in bello* que han sido elevadas al nivel de normas internacionales:

[...] tiene[n] un carácter de *derecho de excepción*, pues han sido estipuladas para situaciones excepcionales comparadas a la normalidad. Se trata de un *ius in bello*, que sólo se aplica en situaciones de conflicto armado de acuerdo con las definiciones contenidas en los instrumentos que lo conforman. No cubre situaciones de disturbios internos, como los actos esporádicos de violencia, ni establecen cuándo un Estado puede recurrir a la fuerza. Es en la Carta de las Naciones Unidas que está reglamentado el *ius ad bellum*, es decir el derecho para un Estado de recurrir a la fuerza para resolver diferencias o defenderse de una agresión.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Con base en lo que denomina un método empírico, Gómez Robledo propone que existe una evolución de los instrumentos internacionales para controlar el combate en las guerras contemporáneas que resulta muy útil por su aplicabilidad a otros casos históricos:

“1. las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sientan el principio general de que ‘los beligerantes no tienen un derecho ilimitado de elección de medios de dañar al enemigo’. De conformidad con este principio, las mismas convenciones prohíben el empleo de armas particularmente crueles (balas expansivas, gases asfixiantes o deletéreos), y con el tiempo (1925) quedará proscrita, aunque desgraciadamente sólo en el papel, la guerra bacteriológica.

2. el segundo aspecto del derecho humanitario, el relativo a las personas, la Conferencia de Ginebra de 1929 aprobó varias convenciones sobre el tratamiento de heridos, enfermos y prisioneros de guerra. En 1949 procedióse a la revisión de estos acuerdos, lo que se hizo constar en tres convenciones, y se aprobó una cuarta convención sobre la protección de la población civil en tiempo de guerra. Esta última convención es arquetípica del derecho humanitario. Protege no sólo a la población civil, a la que no participa en las hostilidades, sino inclusive a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas o por cualquier otra causa. Todos ellos serán tratados con humanidad, quedando especialmente prohibidos los tratos crueles, las mutilaciones, torturas y suplicios.

3. debe hacerse mención, en esta rapidísima reseña del derecho humanitario, de los trabajos de la Conferencia de Ginebra de 1977, particularmente del protocolo 1, en el cual, después de una vivísima discusión parlamentaria, los guerrilleros, con tal que observen en su conducta ciertos requisitos, quedan asimilados a las fuerzas regulares, a los efectos de poder reclamar la igualdad de trato con estas últimas. Más aún, el mercenario inclusive, un tipo en el fondo despreciable, recibe la protección fundamental estipulada en las convenciones de 1949”.

Antonio Gómez Robledo, *op. cit.*, pp. 171-173.

<sup>75</sup> Cristina Pellandini, “El derecho internacional humanitario y el ordenamiento jurídico interno”, *op. cit.*, p. 488.

Este carácter de excepción se debe a un desarrollo muy particular, relacionado con los factores históricos que determinaron sus formas. Zolo opina que nuestra concepción contemporánea deriva de las propuestas de Schmitt, centradas en la idea de que el derecho de guerra europeo tenía poco que hacer en relación con la prevención de la misma, pero sí con el principio del *temperamentum belli* o “poner en forma” a las hostilidades armadas. Es decir, se trata del reconocimiento del derecho de los Estados a llevar a cabo conflictos armados por cualquier motivo que considerasen importante, pero limitando la manera, técnicas, tácticas y efecto al hacerlo.<sup>76</sup> Schmitt representa, a nuestro parecer, el polo opuesto a lo que hemos visto para Mesoamérica; la irrelevancia de la justificación jurídica de la guerra, pero controlando sus peores efectos a través de mecanismos convenidos entre las naciones.

### **1. Los límites del derecho de guerra durante los conflictos**

La realidad de los conflictos europeos, no obstante, no parece tan alejada de lo que hemos visto en el caso de la Triple Alianza. Desde el siglo XIX autores como Henry Maine sostuvieron que el *ius in bello* derivado del *ius gentium* en realidad suponía un trato muy diferente para propios y extraños entre los romanos. Analizando preceptos que se desprenden directamente de la aplicación de los primeros, como el derecho de captura y el derecho de ocupación, llegó a conclusiones bastante más pesimistas que la mayoría de los juristas en lo que se refiere al respeto por la alteridad en el derecho romano. Para él, como para Zolo, en lo general este derecho se refirió a la justificación de la apropiación de bienes y personas del enemigo por parte del vencedor:

[...] tan pronto como la Ley Natural se traza a sus fuentes en el *Jus Gentium* vemos de inmediato de qué manera los bienes del enemigo comenzaron a ser vistos como la propiedad de nadie y por tanto en posibilidad de ser adquiridos por el primero que los ocupase... una aseveración sin limitaciones de que la propiedad del enemigo, sea del tipo que sea, es *res nullius* para la otra parte beligerante y que la Ocupación, mediante la cual el vencedor las vuelve suyas, es una institución de la Ley Natural.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Danilo Zolo, *op. cit.*, pp. 114-115.

<sup>77</sup> Henry Maine, *Ancient Law*, en Gutenberg Project, en: <http://www.gutenberg.org/files/22910/22910-h/22910-h.htm>, consultado en agosto de 2003, pp. 132-133. Esta magnífica obra constituyó un esfuerzo monumental por comprender las prácticas jurídicas de la antigüedad con base en una perspectiva comparativa. Podemos afirmar que Maine representa el nacimiento de la antropología jurídica, en el sentido amplio que llevó a su contemporáneo Oliver Wendell Holmes Jr., ministro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, a afirmar que solamente la antropología permite explicar el derecho.

En la antigüedad clásica fue posiblemente Cicerón quien afinó conceptualmente de manera más acabada este tipo de preceptos y sus derivaciones. A partir de filósofos como Platón y Aristóteles sugirió la existencia de una ley natural eterna e inmutable emanada de la razón humana y que opuso al *ius gentium* tal y como se reconocía en la época.<sup>78</sup> En Mesoamérica, estas limitaciones tomaron la forma de preceptos morales que constituyeron un discurso en torno al imperativo moral de una conducta recta por parte del individuo. Un ejemplo de este tipo de recomendaciones proviene de Recinos al describir la forma en que se recomendaba tratar a los vencidos en el área maya: “Sin embargo, una parte de los Señores no cumplieron con lo que les habían recomendado nuestros abuelos. Olvidaron las órdenes sobre tener misericordia con los zotziles y tukuchées y con ello incumplieron con tener compasión de la gente y de esta manera amenguaron su grandeza y majestad”.<sup>79</sup>

Dary ha retomado algunas de estas referencias para afirmar que sí existieron limitaciones y una suerte de *ius in bello* en Mesoamérica, incluyendo la prohibición de atacar a comerciantes y emisarios, la matanza de infantes y mujeres, la destrucción de edificios públicos y el asolar los campos de cultivo.<sup>80</sup> Considerando que la quema de templos y palacios, la esclavización de los hombres más fuertes, las mujeres más hábiles o hermosas y los infantes con mayores aptitudes, así como la repartición de las tierras más fértiles fueron, precisamente, el símbolo reconocido de la conquista de la Triple Alianza, estas afirmaciones parecen solamente buenos deseos. Además, las admoniciones no hablan de ningún tipo de sanción específica en cuanto a las prácticas de combate y sus efectos sobre el enemigo, fuese guerrero o no combatiente.<sup>81</sup>

La distancia entre la normatividad y la práctica militares son parte de una constante contradicción en Occidente y Mesoamérica. En la actualidad los principios del *ius in bello*, correlacionados ahora con los derechos humanos y, en opinión de Rawls, con el derecho de gentes, siguen planteando la limitación de los efectos del combate. Rawls mismo ha propuesto seis principios “tradicionales” de restricción de la guerra que resultan útiles para entender esta perspectiva:

- 1) El fin de una guerra justa librada por un pueblo justo y bien ordenado es una paz justa y duradera entre los pueblos y en especial con el actual enemigo del pueblo.

---

Para este último, representante del realismo jurídico, las normas eran inútiles puesto que había que analizar la manera en la cual se resolvían los casos a través de ejemplos específicos.

<sup>78</sup> Micheline R. Ishay, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>79</sup> “Título de los señores de Totonicapán”, en Mercedes de la Garza, compilación y prólogo, y Miguel León-Portilla, cronología, *Literatura maya*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1992, p. 401.

<sup>80</sup> Claudia Dary F., *op. cit.*, p. 47.

<sup>81</sup> Carlos Brokmann, *La estera y la silla*, *op. cit.*, pp. 47-48.

- 2) Los pueblos bien ordenados no libran la guerra entre sí, sino sólo contra Estados que no están bien ordenados y cuyas políticas expansionistas amenazan la seguridad y las instituciones libres de los regímenes bien ordenados, y fomentan la guerra.
- 3) En la conducción de la guerra, los pueblos bien ordenados deben distinguir cuidadosamente tres grupos: los dirigentes y funcionarios del Estado proscrito, sus soldados y su población civil.
- 4) Los pueblos bien ordenados deben respetar, tanto como sea posible, los derechos humanos de los miembros del otro bando, por dos razones. Una es simplemente que el enemigo, como todos los demás, posee estos derechos según el derecho de gentes. La otra razón es enseñar a los soldados y civiles enemigos el contenido de tales derechos por el ejemplo implícito en el trato que reciben resulta mucho más claro y cercano para ellos.
- 5) En sus actos y declaraciones, cuando ello sea factible, los pueblos bien ordenados deben prefigurar el tipo de paz y de relaciones que buscan. De esta manera, revelan la naturaleza de sus objetivos y la clase de pueblo que son.
- 6) Finalmente, el razonamiento práctico (los medios más eficaces para alcanzar el fin) debe tener un papel restringido en la evaluación de las acciones o las políticas.<sup>82</sup>

Estas limitaciones tradicionales pueden ser abordadas de varias maneras. Desde un punto de vista contemporáneo, para Gómez Robledo lo ideal sería utilizar el método empírico que permitiría constatar una evolución en cuanto a la legislación de las prácticas, técnicas y tácticas que son consideradas justificadas durante las hostilidades y sus efectos sobre combatientes y población civil.<sup>83</sup> El método es difícilmente aplicable a casos previos al surgimiento de esta legislación internacional y, por supuesto, imposible para el caso mesoamericano. No obstante, este tipo de estudio revela para diversos autores únicamente la abismal distancia entre la teoría y la praxis. Ser y deber ser se encuentran a años luz de distancia si consideramos los hechos y no solamente el discurso diplomático plasmado en los instrumentos internacionales. Este punto de vista es particularmente claro a través de la obra de Zolo, quien ha propuesto el término “sistema dualista” para referirse al doble estándar y moral que caracterizan a los instrumentos internacionales y su puesta en práctica. Analizando las excepciones y salvedades que oficialmente existen en tratados como

---

<sup>82</sup> John Rawls, *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*, op. cit., pp. 113-115.

<sup>83</sup> Antonio Gómez Robledo, op. cit. p. 173. El autor define al método empírico como consistente en examinar directamente los instrumentos internacionales que han sido adoptados desde el siglo XIX y que han contribuido en la construcción de un derecho humanitario.

el Estatuto de Roma, así como la no aplicación de los mismos en casos en que el agresor sea una nación poderosa, considera que el derecho de guerra se ha convertido en un “derecho de los vencedores” que sirve para legitimar sus acciones *ex post facto* a través de distintos organismos.<sup>84</sup> La inaplicabilidad de los métodos jurídicos actuales dificulta, pero no hace imposible proyectar esta perspectiva al caso mesoamericano. De hecho, consideramos que las propuestas de Zolo, derivadas del análisis de los instrumentos y prácticas actuales, son perfectamente aplicables al carácter del derecho de guerra entre los nahuas.

## 2. Guerra, sociedad y cultura

Hemos revisado el derecho y la normatividad que los antiguos nahuas aplicaron para justificar el inicio de una guerra y la conducta durante la contienda. Es necesario señalar algunos aspectos que servirán para apuntalar la explicación de este derecho en su contexto cultural, delimitado por coordenadas espaciales y temporales específicas. La planeación de las guerras de la Triple Alianza parece haber sido bastante conservadora, con ataques preparados estratégicamente y arriesgando lo menos posible en el momento de entrar en combate. Considerando que fueron hostilidades centradas en los resultados obtenidos en los campos de batalla y que éstos se encontraban casi siempre en zonas alejadas del núcleo del imperio, era muy arriesgado efectuar ataques difíciles o que pusieran al ejército en peligro de destrucción. Las batallas solían comenzar al alba, aunque si la lucha no era decisiva durante el combate diurno, lo normal era reagruparse antes del anochecer. Las ofensivas nocturnas eran evitadas por cuestiones de control de tropas a gran escala, a pesar de que estos ataques eran comunes entre grupos como los mixtecos, zapotecos y otomíes, que utilizaban contingentes más reducidos. Las maniobras arriesgadas parecen haberse restringido a condiciones de minimización de dificultades de control y comunicación, es decir, cuando la victoria parecía fácil.<sup>85</sup> La Triple Alianza parece haber distinguido con cierta claridad tres tipos de campaña. La represión a las rebeliones, y las conquistas para expandir el imperio fueron las primeras dos, que hemos discutido en el apartado referente al *ius ad bellum*. Un tercer tipo fueron las campañas de carácter defensivo, que no tenían como objetivo la captura de nuevas provincias o bien que se libraron para detener un peligro potencial. Tuvieron un carácter preventivo, como fue el caso de las *xochiyaotl* o guerras floridas, o bien reactivo, como ocurría en el cinturón de guarniciones y fortalezas que protegían el imperio de

---

<sup>84</sup> Danilo Zolo, *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>85</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, p. 95.

los purhépechas, mixtecos o los propios tlaxcaltecas.<sup>86</sup> En las ocasiones en las que el resultado de la batalla a campo abierto no terminaba en la sumisión, los mexica llevaron a cabo asedios. El objetivo era el tributo, por lo que sólo en ocasiones se quemaba algo más que los templos y sus edificios asociados, pero en los ataques de otras etnias, sí podían quemarse áreas más extensas. Cuando los vencedores quemaban el templo principal de una ciudad vencida se simbolizaba su derrota, además de que sus implicaciones estratégicas eran importantes; se trataba del centro, la zona más defendida y su destrucción significaba la ocupación del área neurálgica de la urbe. Para Durán, esta destrucción era devastadora, aun en casos en que fuera resultado del engaño o una estratagema porque la quema del templo significaba, también, el abandono de los dioses, proceso que era terminado mediante el traslado de sus imágenes y sacerdocio a las capitales de la Triple Alianza.<sup>87</sup> En cualquiera de los casos, los tenochcas se habían reservado desde inicios de la Triple Alianza el derecho de encabezar la vanguardia de los ejércitos, una posición que los colocó en ventaja económica, política y prestigio. Como describe el *Códice Florentino*:

Los que tenían por nombre Señores del Sol  
guiaban, llevaban a la guerra, iban a dirigir.  
Todos los sacerdotes, los guardianes de Dios, que llevaban a su Dios a cuestras,  
iban un día al frente (de los demás).  
Todos los valientes, los tequihuaque,  
también iban un día al frente.  
Todo guerrero tenóchcatl,  
también otro día al frente.  
Todo guerrero tlatelolcatl,  
también un día al frente.  
Todo tepanecatl,  
también un día al frente.  
El xilotepecatl,  
otro día al frente,  
y todo el llamado mocuátlatl.  
Así se ordenaban también los demás pueblos.  
Con orden y concierto caminaban.<sup>88</sup>

El resultado de estas campañas fue un sistema-mundo en el cual la acumulación producto del tributo y el comercio ventajoso colocaron a finales de la época prehispánica a Tenochtitlan en una posición más fuerte que la de sus aliados Texco-

---

<sup>86</sup> Frances F. Berdan y Michael E. Smith, "Imperial Strategies and Core-Periphery Relations", *op. cit.*, p. 116.

<sup>87</sup> Ross Hassig, *op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>88</sup> Alfredo López Austin, *op. cit.*, p. 116.

co y Tlacopan. A través del terror que inspiraban las demostraciones de fuerza imperiales necesarias para mantener la percepción de su poder, la Triple Alianza dominó una enorme proporción del territorio de Mesoamérica.<sup>89</sup>

#### IV. Derecho de guerra y alteridad

A través de este texto hemos establecido varios paralelismos entre el derecho de guerra europeo y el vigente en los códigos y las prácticas en Mesoamérica. Por supuesto, históricamente las diferencias pueden ser incluso mayores que los paralelismos. Pero algunos resultan importantes para establecer ese mínimo de respeto por la alteridad en la que se basan la tolerancia y el respeto por otras culturas. En orden de la revisión que hemos propuesto, la primera conclusión que podemos desprender es que el derecho de guerra ha centrado su atención en los dos elementos jurídicos que lo componen con propósitos distintos y un peso históricamente específico. En ambas regiones estuvieron claramente separados y tuvieron pocos puntos de conexión. Si en Europa la guerra justa fue el centro de atención hasta la era Moderna, a partir de la obra de Grotius el *ius in bello* comenzó a tener un mayor peso específico. Esta misma división también es evidente en Mesoamérica, ya que los tribunales y normas dedicadas a cada parte del derecho de guerra estaban separados completamente. En el caso nahua, el énfasis en la conducta y honor del guerrero no centró estos valores en el reconocimiento de los “derechos” de la otredad, sino en el código interno. La separación debe ser evaluada y entendida porque, como hemos visto, la noción del antiguo *ius gentium* sí delimita aquellos derechos que se consideran como mínimos para la alteridad. El problema es que cada coordenada espacio-temporal ha tenido formas culturales distintas para aprehenderla.

El derecho de llevar a cabo una guerra o *ius ad bellum* ha sido siempre vital para la justificación ideológica de las naciones poderosas, imperios o, como define Zolo simplemente, “los vencedores”. En este ámbito no encontramos gran divergencia en la conducta indígena o de sus contemporáneos europeos. La doctrina de la guerra justa fue un instrumento útil para distinguir al europeo de la alteridad no cristiana pero tuvo vigencia sólo mientras se conservó la noción de la primacía del papado. En Mesoamérica no existió este énfasis en la separación de los derechos en dos bloques humanos, pero sí la necesidad de justificar la acción bélica. En ambas regiones las excepciones a las reglas superan a los ejemplos en que fueron aceptadas y aplicadas, sugiriendo un pragmatismo político y económico que tuvo un peso amplia-

---

<sup>89</sup> Estos problemas pueden apreciarse en las obras de Hassig: *War and Society in Ancient Mesoamerica*, y *Warfare: Imperial Expansion and Political Control*, ya citadas.

mente superior al discurso jurídico. Es decir, los imperios y las naciones poderosas tienden a comportarse de manera similar, sin importar el contexto histórico. Las justificaciones de las guerras, desde las bíblicas, el sometimiento de Azcapotzalco y hasta la invasión actual de Afganistán e Irak son posteriores a los hechos y se han basado en valores que los vencidos no compartieron con los vencedores. Consideramos que las advertencias de Zolo son particularmente pertinentes en el contexto de un sistema internacional que se encuentra en crisis por estos eventos. Es necesario eliminar las salvedades y excepciones que han permitido consolidar el modelo de una serie de países poderosos que controlan los instrumentos y los utilizan para justificar sus acciones bélicas al margen de los intereses ajenos. Debemos considerar los actos y no solamente el discurso. En Occidente, desde Cicerón y hasta los instrumentos internacionales contemporáneos se han sostenido diferentes formas de justificación de que se establece un orden más justo. En Mesoamérica las admoniciones y algunas normas tienden a suavizar la imagen de brutalidad de la guerra. En ambos casos la distancia entre discurso y praxis ha sido enorme, sin importar que se trate de que la evangelización justifique la conquista y dominación europeas del siglo XVI o del argumento frecuentemente invocado de que los mexicas no “buscaban la guerra sino que fueron provocados”.

Es evidente que la hipótesis de Claudia Dary, respaldada editorialmente por la Cruz Roja Internacional, tocante a que el derecho de guerra representa una muestra mínima del respeto por la alteridad, es una idea sujeta a debate. Hemos visto que en el caso maya no existieron normas explícitas que puedan relacionarse con esta hipótesis. Los subsistemas jurídicos de la guerra entre los nahuas tuvieron un desarrollo mayor, pero tampoco hacen referencia alguna a los derechos de la alteridad. Más bien nos encontramos ante una conducta guerrera, ya belicosa, ya conquistadora e incluso de vocación imperialista. Para Zolo, los imperios y los vencedores se comportan históricamente de manera semejante. Primero confrontan y presionan, luego inician las hostilidades y al final someten o conquistan hasta sus límites, sean tecnológicos, económicos, sociales o políticos. La justificación jurídica de estos actos es posterior o, en todo caso, corre en paralelo con los acontecimientos. En este sentido, Europa y Mesoamérica tuvieron imperios semejantes; en ambos el interés de Estado es la razón de los conflictos armados y el derecho de guerra provee su justificación y legitimación.

La alteridad ha sido la víctima principal del sesgo etnocéntrico que ha tenido el derecho de guerra. Al no tomarla en consideración, el Otro ha quedado en la absoluta indefensión. Cada cultura ha construido su propio discurso del porqué es superior a las demás, una conciencia que permite desplantar la justificación de su dominio. Contrario a lo postulado por Dary en nuestro planteamiento del problema inicial, el “no matar a todos” no tiene un sentido humanitario ni representa una ma-



nifestación de los derechos humanos. En la Triple Alianza y probablemente en toda Mesoamérica no se reconocieron explícitamente derechos a la alteridad. No matar a todos los enemigos tuvo un propósito práctico; volverlos tributarios, esclavizarlos o utilizarlos de alguna manera. Cuando se consideró políticamente útil se destruyeron sus templos, palacios, casas y campos de cultivo, borrando a poblaciones enteras a través de prácticas genocidas. Los europeos tienen una historia similar desde la antigüedad hasta el día de hoy. Conocer y respetar la alteridad es la única base sólida de la tolerancia a las diferencias, principio fundamental de los derechos humanos. Sólo un sistema que reconozca de manera plena a la alteridad y sus derechos puede romper este círculo de violencia que siempre ha encontrado y encontrará justificación en los sucesivos ideólogos de cada imperio.

## V. Anexo

### Cuadro 1

*Normatividad: causas y justificación de la guerra  
Hueitlahtocáyotl de Tenochtitlan-Texcoco-Tlacopan*

<i>Causa de guerra</i>	<i>Texto</i>
Rebeldía	El señor que se alzaba contra las tres cabezas, habiendo sido sujetado una vez, si no era vencido y preso en batalla, cuando venía a ser habido le hacían pedazos la cabeza con una porra, y lo mismo hacían al señor o caballero que se ponía las mantas o divisas que pertenecían a los reyes; aunque en México era cortarles una pierna, aunque fuese el príncipe heredero del reino, porque nadie era osado a ataviarse ni componer su persona, ni edificar casas sin orden ni licencia del rey; habiendo hecho hazañas o cosas por donde lo mereciese, porque de otra manera moría por ello.
	Al señor de vasallos, si se rebelase contra el emperador, pudiendo ser habido muriese en público cadalso, aplastada la cabeza con una porra, y se le confiscasen sus Estados.
	Cuando algún pueblo se rebelaba enviaban luego los señores de los tres reinos, que eran México y Tetzco y Tlacopan, secretamente a saber si aquella rebelión procedía [de] todo el pueblo ó [si era] sólo por mandado y parecer del señor de tal pueblo. Y si esta rebelión procedía solamente del señor de tal pueblo, enviaban los señores de los tres reinos sobredichos capitanes y jueces que públicamente justiciaban a los señores que se rebelaban y a los que eran del mismo parecer. Y si esta rebelión era por parecer y voluntad de todo el pueblo, [re]queríanlos muchas veces a que fuesen sujetos como antes y tributasen; y si después de muchas veces requeridos no querían sujetarse, entonces dábanles ciertas rodela y ciertas armas en señal de amenazas y apregonaban la guerra a fuego y a sangre, pero de tal manera que en cualquier tiempo que saliesen de paz los tales rebeldes cesaban la guerra.

Homicidio	Una de las causas de guerra mencionadas con mayor frecuencia es el asesinato de los embajadores de alguna de las ciudades de la hueitlahtocáyotl. Se consideraba que este acto implicaba desafiar las propuestas de la alianza y constituyó un <i>casus belli</i> inmediato y que no requería la tradicional consulta social que se efectuaba con provocaciones de otra índole.
	Algunas fuentes de información tenochcas señalan que en los tiempos tardíos el asesinato de los comerciantes del reino era considerado <i>casus belli</i> . Kohler señala que esto se debió al activo papel que jugaron como espías y avanzada de la conquista militar. Es posible que los datos se refieran a la muy particular relación que se desarrolló entre los gobernantes de Tenochtitlan y la pochtecáyotl, una organización compleja, extensa y poderosa que reunía a la mayoría de los comerciantes acaudalados de varias ciudades del Centro de México.
Traición	Al traidor al soberano, fuese noble o plebeyo, pena de muerte, roto a golpes por las coyunturas, saqueada su casa por el pueblo, y arrasada, confiscadas sus tierras, y sus hijos esclavos hasta la cuarta generación.

Fuente: elaboración propia con base en información tomada de los siguientes textos: Fernando de Alva Ixtlilxóchitl, *Obras históricas. Incluyen el texto completo de las llamadas Relaciones e Historia de la nación chichimeca en una nueva versión establecida con el cotejo de los manuscritos más antiguos que se conocen*, Edmundo O’Gorman (ed.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1985, vol. 2, pp. 101-102; “Leyes de Nezahualcáyotl” en Veytia, citado por, Josef Kohler, *El derecho de los aztecas*, trad. y notas de Carlos Rovelo, México, Ediciones de la *Revista Jurídica*, 1924, pp. 113-114; “Estas son leyes que tenían los indios de la Nueva España, Anáhuac o México”, en *Mitos e historia de los antiguos nahuas*, trad. y paleografía de Rafael Tena, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2002, pp. 103-104; Alonso de Zorita, *Relación de la Nueva España*, introd. de Wiebke Ahrndt, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, vol. 1, pp. 334-337; Bemardino de Sahagún, *Historia general de las cosas de la Nueva España*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Alianza Editorial Mexicana, 1989, vol. 1, libro 5.

## Cuadro 2

### *Normatividad: conducción de las hostilidades Hueitlahtocáyotl de Tenochtitlan-Texcoco-Tlacopan*

<i>Norma</i>	<i>Texto</i>
Desobediencia	En el consejo de guerra había otras leyes, como eran, el soldado que no cumplía con el mandato de su capitán o caía en alguna falta de las de su obligación, era degollado.
	Era ley que degollasen a los que en la guerra hacían algún daño a los enemigos sin licencia del capitán ó acometían antes ó se apartaban de la capitania.
Cobardía	La misma pena de muerte tenían todos los soldados y capitanes que iban en guarda del rey, cuando personalmente iba a la guerra, si lo dejaban en poder de los enemigos, porque era obligación que estos tales lo habían de volver muerto o vivo; y si era el príncipe como alguno de los hijos del rey, tenían la misma pena los soldados y capitanes que eran sus ayos y maestros.
	Al general u otro oficial militar que acompañando al rey en campaña le desamparase, pena de muerte, degollado.

	Al soldado que faltase a la obediencia a su jefe o desamparase el puesto en que se le ponía, o volviese la espalda a enemigo en campaña, o diese paso o favor a alguno de ellos en tiempo de guerra, pena de muerte, degollado.
Deserción	[...] qué habiendo guerras entre dos pueblos, si alguna persona viniese a él; otro ninguno lo pudiese acoger en su casa, y si lo acógiere fuese preso y llevado al Tianguis, y hecho pedazos todo su cuerpo y echados los pedazos por todo el Tianguis para que los muchachos jugaran con ellos y que fuesen perdidas sus tierras y hacienda, y fuese dado a sacamano.
Usurpación de cautivo	Al que usurpase a otro el cautivo que hizo o algún despojo, muriese ahorcado, y la misma pena al que cediese a otro el cautivo que hizo.
	Tenía pena de muerte el que en la guerra quitaba la presa a otro.
	[...] y el que usurpaba cautivo o despojo ajeno, era ahorcado; y lo mismo se hacía con el que daba su cautivo a otro.
Traición	Al que acogiese, amparase o encubriese algún enemigo en tiempo de guerra; fuese noble o plebeyo, pena de muerte, despedazado en medio de la plaza, y entregados sus miembros a la plebe para juguete e irrisión.
	Hacían pedazos y perdía todos sus bienes, y hacían esclavos a todos sus parientes, al que era traidor avisando a los enemigos en la guerra, avisándoles de lo que se concertaba ó platicaba contra ellos.
Cautiverio	El que era noble y de linaje, si era cautivo y se venía huyendo a su patria, tenía la misma pena, y el plebeyo era premiado; pero si el noble en donde fue cautivo, vencía o mataba cuatro soldados que para el efecto se señalaban, cuando le querían sacrificar (que para este fin los cautivaban), habiéndose librado de esta manera, era muy bien recibido y premiado del rey. En opinión de Kohler, aquí se refiere al sacrificio gladiatorio.
	Al noble de otro país, cautivado en guerra, si lidiase con cuatro soldados, que para este efecto se destinasen, y los venciese, quedase libre, y pudiese volverse a su patria; pero que si fuese vencido muriese sacrificado en el templo de Huitzilopúctli dios de la guerra.
	Al noble vasallo del imperio, que habiendo sido cautivado huyese de la prisión y se volviese a su país, pena de muerte, degollado; pero si no venía fugitivo sino libre, por haber lidiado y vencido allá a algunos soldados o capitanes, fuese recibido con mucho honor, y premiado del emperador. El plebeyo cautivado, aunque volviese fugitivo, fuese bien recibido y premiado.
Uso de símbolos	Tenía pena de muerte y de perdimiento de bienes y otras muy graves penas el señor ó principal que en algún baile ó fiesta ó guerra sacaba alguna divisa que fuese como las armas y divisas de los señores de México y Tetzoco y Tlacopan, que eran los tres reyes principales, y algunas veces había guerra sobre ello.

Fuente: elaboración propia con base en información tomada de los siguientes textos: Fernando de Alva Ixtlilxóchitl, *Obras históricas. Incluyen el texto completo de las llamadas Relaciones e Historia de la nación chichimeca en una nueva versión establecida con el cotejo de los manuscritos más antiguos que se conocen*, Edmundo O’Gorman (ed.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1985, vol. 2, pp. 101-102; “Leyes de Nezahualcóyotl” en Veytia, citado por Josef Kohler, *El derecho de los aztecas*, trad. Y notas de Carlos Rovelo, México, Ediciones de la *Revista Jurídica*, 1924, pp. 113-114; “Estas son leyes que tenían los indios de la Nueva España, Anáhuac o México”, en *Mitos e historia de los antiguos nahuas*, trad. y paleografía de Rafael Tena, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2002, pp. 103-104; Juan Bautista Pomar, “Relación de Tezococo”, en René Acuña (ed.), *Relaciones geográficas del siglo XVI: México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Antropológicas, 1986, t. 3, vol. 8; Bernardino de Sahagún, *Historia general de las cosas de la Nueva España*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Alianza Editorial Mexicana, 1989, vol. 2, libro 8.

## VI. Bibliografía

- ALVA IXTLILXÓCHITL, Fernando de, *Obras históricas. Incluyen el texto completo de las Llamas de las Relaciones e Historia de la nación chichimeca en una nueva versión establecida con el cotejo de los manuscritos más antiguos que se conocen*, Edmundo O'Gorman, ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1985, 2 vols.
- ALVARADO TEZOZÓMOC, Hernando, *Crónica mexicana*, 4a. ed., Manuel Orozco y Berra, ed., México, Porrúa, 1987.
- ALVARADO TEZOZÓMOC, Hernando, *Crónica mexicana*, Gonzalo Díaz Migoyo y Germán Vázquez Chamorro, eds., Madrid, Dastin, 2001 (Dastin Historia).
- ÁVALOS, Francisco, "An Overview of the Legal System of the Aztec Empire", *Law Library Journal*, vol. 86, núm. 2, s. f.
- BERDAN, Frances F. et al., eds., *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996.
- BERDAN, Frances F. y Michael E. Smith, "Imperial Strategies and Core-Periphery Relations", en Frances F. Berdan et al., eds., *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996.
- BERDAN, Frances F. y Patricia Rieff Anawalt, *The Essential Codex Mendoza*, Los Ángeles, University of California Press, 1997.
- BLANTON, Richard E., "The Basin of Mexico Market System and the Growth of Empire", en Frances F. Berdan et al., eds., *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996.
- BROKMAN HARO, Carlos, *Hablando fuerte. Antropología jurídica comparativa de Mesoamérica*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.
- BROKMAN HARO, Carlos, *La estera y la silla. Individuo, comunidad e instituciones jurídicas nahuas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.
- CLENDINNEN, Inga, *Aztecs: an Interpretation*, 5a. ed., Cambridge, Canto / Cambridge University Press, 1995.
- DARY, Claudia F., *El derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya, una perspectiva histórico cultural*, Guatemala, Flacso / CICR, 1997.
- DURÁN, Diego, *Historia de las Indias de Nueva España e islas de tierra firme*, Ángel Ma. Garibay K., ed., México, Porrúa, 1984, 2 vols.
- "Éstas son leyes que tenían los indios de la Nueva España, Anáhuac o México", en *Mitos e historia de los antiguos nahuas*, trad. y paleografía de Rafael Tena, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2002.
- FRIEDMAN, David, "The Aztec Legal System", en: <http://www.davidfricdman.com/Academiic/Course Pages/legal sys.edu>, consultado en mayo de 2005.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- HASSIG, Ross, *Aztec Warfare: Imperial Expansion and Political Control*, 2a. ed., Norman, University of Oklahoma Press, 1995.
- HASSIG, Ross, *War and Society in Ancient Mesoamerica*, Los Ángeles, University of California Press, 1992.

- HODGE, Mary G., "Archaeological Views of Aztec culture", *Journal of Archaeological Research*, vol. 6, núm. 3, 1998.
- HODGE, Mary G., "Political Organization of the Central Provinces", en Frances F. Berdan *et al.*, eds., *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996.
- ISHAY, Micheline R., *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley, University of California Press, 2004.
- KEEGAN, John, *A History of Warfare*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993.
- KOHLER, Josef, *El derecho de los aztecas*, trad. y notas de Carlos Rovelo, México, Ediciones de la Revista Jurídica, 1924.
- LÓPEZ AUSTIN, Alfredo, *La Constitución real de México-Tenochtitlan*, México, UNAM, Seminario de Cultura Náhuatl, Instituto de Historia, 1961.
- LUTTWAK, Edward N., *The Grand Strategy of the Roman Empire. From the First Century A. D. to the Third*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1979.
- MAINE, Henry, *Ancient Law*, en Gutenberg Project, en: <http://www.gutenberg.org/files/22910/22910-h/22910-h.htm>, consultado en agosto de 2003.
- MALINOWSKI, Bronislaw, "An Anthropological Analysis of War", *American Journal of Sociology*, núm. 46, Chicago, pp. 521-550.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El derecho precolonial*, 4a. ed., México, Porrúa, 1981.
- MOHAR BETANCOURT, Luz María, *Código Mapa Quinatzin. Justicia y derechos humanos en el México antiguo*, México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2004.
- OFFNER, Jerome K., *Law and Politics in Aztec Texcoco*, Nueva York, Cambridge University Press, 1983.
- PELLANDINI, Cristina, "El derecho internacional humanitario y el ordenamiento jurídico interno", en Ricardo Méndez Silva, coord., *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 485-504.
- PINTO, Mónica, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- POMAR, Juan Bautista, "Relación de Tezococo", en René Acuña, ed., *Relaciones geográficas del siglo XVI: México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Antropológicas, 1986, t. 3, vol. 8.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Revised edition, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John, *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*, Barcelona, Paidós, 2001.
- SAHAGÚN, Bernardino de, *Historia general de las cosas de la Nueva España*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Alianza Editorial Mexicana, 1989, 3 vols.
- SMITH, Michael E., "The Strategic Provinces", en Frances F. Berdan *et al.*, eds., *Aztec Imperial Strategies*, Washington, Dumbarton Oaks Research Library and Collection, 1996.
- SOUSTELLE, Jacques, *El universo de los aztecas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

"Título de los señores de Totonicapán", en Mercedes de la Garza, compilación y prólogo, y Miguel León-Portilla, cronología, *Literatura maya*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1992.

TORQUEMADA, Juan de, *Monarquía Indiana*, 6a. ed., México, Porrúa, 1986, 3 vols.

TRAVIESO, Juan Antonio, *Historia de los derechos humanos y garantías. Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina*, Buenos Aires, Heliasta, 2005.

WEBSTER, David, "Warfare and the Origin of the State", *American Antiquity*, vol. 40, núm. 4, 1975, pp. 464-471.

ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007 (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho).

ZORITA, Alonso de, *Relación de la Nueva España*, introd. de Wiebke Ahrndt, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, 2 vols.

## **El Fuero de Guerra mexicano: una jurisdicción extralimitada a la luz de los derechos humanos**

*Karlos Castilla\**

**RESUMEN:** La administración y procuración de justicia tienen una función esencial para la garantía y protección de los derechos humanos, y en esa medida, la existencia de tribunales independientes e imparciales y la observancia de las normas del debido proceso son condiciones esenciales que se deben cumplir para una recta administración de justicia. En ese sentido, el Fuero Militar es uno de los rubros de la administración de justicia que más polémica genera si se atiende a lo anterior. Por ello, para poder establecer si dicho fuero cumple con esos mínimos indispensables que garanticen el respeto a los derechos humanos, es necesario analizar lo que establecen las normas de origen nacional respecto a quién es competente para conocer de los delitos cometidos por militares —en que se violen derechos humanos—, las interpretaciones y alcances que ha hecho la Suprema Corte respecto del artículo 13 constitucional, así como los estándares y normas de origen internacional aplicables que vinculan a México; y con ello, concluir si dichas normas e interpretaciones son compatibles entre sí para demostrar que el actual funcionamiento del Fuero de Guerra mexicano se encuentra extralimitado a la luz de los derechos humanos, al menos en una parte.

**ABSTRACT:** *The administration and procurement of justice have an essential role in guaranteeing and protecting human rights. In this light, the existence of independent and impartial courts of law, as well as the observance of due process are basic conditions for a fair legal system. In this sense, Mexican military justice is one of the areas of law that are most controversial. To establish if military justice complies with the minimum requirements needed to ensure respect for human rights it is necessary to analyze national laws regarding who has jurisdiction over those crimes committed by the military that involve human rights violations. This is contrasted with the interpretations that the Supreme Court about the limits of Article 13 of the constitution, as well as comparing them with the applicable international standards and rules of international instruments signed by Mexico. Through this study of the compatibility of these rules and interpretations it proven that the jurisdiction of current military justice in Mexico has gone too far, at least partially.*

---

\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM con estudios de posgrado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización, así como en Administración y Procuración de Justicia.

SUMARIO: Introducción. I. El texto constitucional y sus problemas. II. El Código de Justicia Militar y sus puntos de inconstitucionalidad. III. Las normas de origen nacional que regulan el Fuero Militar mexicano frente a los estándares o normas de origen internacional. 1. Estándares mínimos de funcionamiento del Fuero de Guerra. 2. Estándares relativos al debido proceso legal. IV. Las obligaciones internacionales sin cumplir.

## Introducción

La administración y procuración de justicia tienen una función esencial para la garantía y protección de los derechos humanos, y en esa medida, la existencia de tribunales independientes e imparciales y la observancia de las normas del debido proceso son condiciones esenciales que se deben cumplir para una recta administración de justicia.

La justicia militar es uno de los rubros de la administración de justicia que más polémica genera si se atiende a lo anterior, ya que por la estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas, hay motivos para dudar que ésta reúna las condiciones propias y mínimas de un juez o tribunal independiente e imparcial establecidas por los principios generales y las normas de origen internacional, mas, si se parte de la idea de que los jueces castrenses son militares en servicio activo, subordinados a su respectivo comandante y sometidos al principio de obediencia jerárquica.<sup>1</sup>

La polémica crece cuando del análisis de numerosas legislaciones nacionales se desprende que en éstas se establecen ámbitos de competencia de los tribunales militares tan amplios, que todo delito cometido por un militar entra en la competencia de la justicia castrense, convirtiéndose el Fuero de Guerra en una isla de impunidad o privilegio para quienes forman parte de las Fuerzas Armadas al sustraer a éstos y a las instituciones militares del imperio del derecho y del escrutinio de la sociedad.

Por si eso fuera poco, el punto se agrava aún más, cuando dada esa amplitud en la competencia, las violaciones a los derechos humanos cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas son investigadas y sancionadas por las autoridades militares, limitando o excluyendo a las autoridades civiles de llevar a cabo esa investigación y sanción.

Por ello, en el presente trabajo me centraré en ese aspecto que continúa generando en México muchos problemas, además de que es una de las prácticas que más preocupación y crítica produce al constituirse en una de las más grandes fuentes de impunidad en el mundo. En su historial se encuentran, entre otras violaciones

---

<sup>1</sup> Véase el Título Noveno, Libro Segundo, del Código de Justicia Militar: "Delitos contra la jerarquía y la autoridad".



a los derechos humanos, casos de violaciones sexuales, homicidios, ejecuciones extra judiciales, torturas y desaparición forzada de civiles cometidas por militares, en las que se ha negado el derecho a un recurso efectivo y a la verdad de las víctimas y de sus familiares y con ello, una transgresión por parte del Estado a su obligación de investigar, castigar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

En primer término expondré lo que establecen las normas de origen nacional en México respecto de quien es competente para conocer de los delitos —en que se violen derechos humanos— cometidos por militares, las interpretaciones y alcances que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación a ese respecto; y, posteriormente, estableceré de manera puntual los estándares que derivados de obligaciones internacionales México debe cumplir, para analizar si las normas de origen nacional son compatibles con las de origen internacional y demostrar si a nivel interno e internacional se violan derechos humanos con el funcionamiento actual del Fuero de Guerra.

En la parte final rescataré lo que órganos internacionales de protección de los derechos humanos ya han establecido con relación al Fuero de Guerra mexicano; tratando de señalar a lo largo de este desarrollo los desafíos que considero se tienen, así como una serie de propuestas que desde mi perspectiva, podrían ayudar a precisar el tema.

## I. El texto constitucional y sus problemas

Para iniciar este desarrollo, en primer lugar, quisiera sugerir, a fin de evitar ampliar el ámbito de competencia de los tribunales militares desde su denominación, que la mejor forma de nombrar a éstos es: *Fuero de Guerra*, y no, Fuero Militar. No sólo porque así lo establece, como veremos a continuación, el texto constitucional, sino también porque la expresión “guerra”<sup>2</sup> permite asimilar de mejor manera la idea de que este sistema de justicia se refiere a los aspectos vinculados y propios de los militares para, con y en la guerra —conflicto armado—; y no, a la calidad de la persona, esto es, que se genere la idea que es un sistema de justicia para quienes sean militares por el simple hecho de serlo.

Precisado esto, observamos que el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que:

---

<sup>2</sup> De igual manera esta expresión, desde mi punto de vista, es útil en la medida en que muestra que las Fuerzas Armadas deben cumplir sus funciones sólo en caso de guerra (conflicto armado internacional o no internacional de conformidad con el derecho internacional humanitario) y no en funciones policiales o de seguridad pública ordinaria.

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. *Subsiste el Fuero de Guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar*; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. *Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.*

Como lo había señalado, lo que para el presente trabajo me interesa es determinar quien debe investigar y sancionar los delitos cometidos por militares en los que se violen derechos humanos, en especial, en aquellos casos en los que la víctima de esas violaciones sea un civil o paisano.

En principio, del contenido del texto constitucional antes citado, parece que el sistema de justicia militar mexicano cubre lo mínimos establecidos en la propia Constitución y en los estándares internacionales relativos al debido proceso, ya que parece claro que:

- a) El Fuero de Guerra es sólo para delitos y faltas contra la disciplina militar.
- b) El Fuero de Guerra sólo puede juzgar a militares.
- c) El Fuero de Guerra carece de competencia para conocer de un delito o falta del orden militar si hay un paisano o civil involucrado, y por tanto.
- d) Las autoridades civiles deben conocer de delitos o faltas del orden militar cuando esté involucrado un paisano o civil.

No obstante eso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis aisladas —no en jurisprudencia— ha hecho algunas interpretaciones del artículo 13 constitucional que coinciden con lo antes señalado, y en otras que varían esos aspectos que a mi parecer son evidentes. Ante esa falta de uniformidad, a lo largo de aproximadamente 40 años —pues dichas tesis se emitieron en la quinta<sup>3</sup> y sexta épocas—<sup>4</sup> se ha generado una laguna, que ha permitido en la práctica, que en todos los casos en que hay un militar como sujeto activo del delito y un paisano como sujeto pasivo o víctima del delito, se tramite el caso, al menos en cuanto al proceso penal y emisión de sentencia, ante el Fuero de Guerra.

Las tesis que sostendrían lo señalado en los párrafos anteriores son las siguientes:

---

<sup>3</sup> La quinta época del *Semanario Judicial de la Federación* va del 1 de junio de 1917 al 30 de junio de 1957.

<sup>4</sup> La sexta época, del 1 de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968.

FUERO DE GUERRA. El artículo 13 constitucional limita la órbita de los tribunales militares, fija su jurisdicción exclusivamente sobre aquellas personas que pertenecen al Ejército, y manda, además, que cuando en los delitos del orden militar aparezca complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil correspondiente; y dados los términos categóricos de ese precepto, aun suponiendo que se trata de investigar el delito de rebelión militar, en el que se hallen inmiscuidos algunos paisanos, los jefes militares no están capacitados para asumir las funciones que el artículo 21 constitucional concede al Ministerio Público, ni para proceder a la detención de los acusados, si en el lugar en donde residen dichos jefes existen autoridades judiciales comunes y funciona normalmente el Ministerio Público.<sup>5</sup>

MILITARES, DELITOS COMETIDOS POR LOS, EN LOS QUE INTERVIENEN CIVILES. Si en un delito que encaja en el Código Militar, están complicados civiles o paisanos, el conocimiento del proceso relativo corresponde al Juez del fuero común, de acuerdo con la disposición clara y terminante del artículo 13 de la Constitución General de la República, que constituye una garantía individual, en el sentido de que los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre las personas que no pertenezcan al Ejército, y que cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.<sup>6</sup>

En tanto que las tesis que han abierto el camino para que los civiles no sean juzgados por tribunales militares (situación que es correcta), pero cerrado el espacio para que los militares sean juzgados por civiles cuando hay un paisano involucrado son, entre otras, las siguientes:

FUERO MILITAR (ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL). Dicho precepto dejó subsistente el Fuero de Guerra de manera exclusiva respecto de los miembros del ejército, con relación a los delitos y faltas contra la disciplina militar, previniendo expresamente que cuando en esa clase de infracciones estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. En consecuencia, la prolongación de jurisdicción de las autoridades locales o federales según el caso, sobre militares, sólo procede cuando a un civil le resulte presunta responsabilidad en un delito de carácter militar, en unión de miembros del ejército, y no cuando el occiso, tratándose del delito de homicidio, tenga el carácter de civil o de paisano, como lo interpretó el Juez del fuero común contra el que se propuso la inhibitoria correspondiente, por lo que el conocimiento del proceso relativo corresponde a las autoridades judiciales del Fuero Militar.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Tesis aislada, quinta época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXX, p. 1643.

<sup>6</sup> Tesis aislada, sexta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, primera parte, tomo I, p. 75.

<sup>7</sup> Tesis aislada, quinta época, Fuente: Informes, *Informe 1956*, p. 85.

MILITARES, DELITOS COMETIDOS POR LOS, EN LOS QUE INTERVIENEN CIVILES. COMPETENCIA. El artículo 13 de la Constitución General de la República, debe interpretarse en forma correcta, jurídicamente, en el sentido de que cuando intervienen militares y civiles en un delito, el militar debe ser juzgado por las autoridades militares, y el segundo por las del orden común o federal que corresponda según el caso, pues interpretarlo de otra manera equivale a suprimir el Fuero de Guerra, cuando intervengan paisanos, dado que ese fuero se estableció para que los militares sean juzgados siempre y cuando cometan delitos contra la disciplina militar, por los tribunales militares, y sujetarlos a una autoridad civil sería contrario a la interpretación correcta del artículo constitucional citado.<sup>8</sup>

La interpretación que ha generado todo este problema, se circunscribe al hecho de que la expresión “estuviese complicado un paisano” ha sido entendida, como que el civil o paisano participa en la comisión del delito o falta del orden militar, como sujeto activo del delito, pero se olvidaron de que podía estar involucrado también como sujeto pasivo o víctima del delito, posibilidad que sin duda cabe en el texto constitucional, y que en mi entender, es lo que se buscaba con esa última parte del artículo 13.

De esta manera, el utilizar la expresión “estuviese complicado un paisano”<sup>9</sup>, entendida como que se refiere a una participación activa de éste en el delito,<sup>10</sup> además de ser una interpretación errónea, es el punto que ha derivado en actos de impunidad y lo que actualmente continúa generando el incumplimiento de obligaciones internacionales. Las tesis que abrieron ese camino son, entre otras, las siguientes:

DELITOS DEL ORDEN MILITAR COMETIDOS POR PAISANOS. El artículo 13 constitucional admite, en su última parte, que un paisano puede estar complicado en un delito o falta del orden militar, y la garantía constitucional a que se refiere el propio artículo, se concreta a establecer que en esos casos, el infractor será enjuiciado por la autoridad civil y no por la militar; disposición que tiende a substraer a los civiles, de los tribunales militares establecidos especialmente para juzgar a miembros del ejército, quienes, por esta condición, deben observar la rígida disciplina peculiar a

---

<sup>8</sup> Tesis aislada, sexta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Parte, L, p. 122.

<sup>9</sup> Así lo establece la parte final del artículo 13 constitucional.

<sup>10</sup> La Suprema Corte estableció que la palabra “complicado” utilizada en el artículo 13 constitucional sólo puede connotar, en la materia de que se trata, la idea de concurrencia de responsables diversos en la comisión de un delito. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia define complicado como “enmarañado, de difícil comprensión; compuesto de un gran número de piezas”, y complicar, que es el infinitivo del que deriva, ahí mismo se define como: “mezclar, unir cosas diversas entre sí; enredar, dificultar, confundir”. De estas últimas definiciones no logro entender cómo sólo puede verse esa “mezcla” desde el lado del sujeto activo del delito y no considerar esa “mezcla” desde el lado pasivo del delito, cuando en ambos lados hay “mezcla” para efectos de definir la competencia y cuando además ya antes se ha establecido, textualmente en el mismo artículo, que quien no sea militar no puede ser sujeto a la jurisdicción de tribunales militares.

la institución a que pertenecen; pero es claro que ese precepto constitucional no puede crear en favor de los ajenos a las milicias, una exención penal, cuando cometan infracciones definidas por la ley militar. Tampoco sería posible juzgar el hecho a través del delito que pudiera resultar cometido a la luz de la ley común, pues si bien algunos delitos militares pueden enfocarse en esta última ley, hay otros que por su esencia típicamente militar, no pueden serlo, y en estos casos, siendo responsable de la infracción un civil, el hecho quedaría impune. Es oportuno, también, destacar este concepto, al establecer el artículo 13 constitucional que en un delito o falta del orden militar, puede estar complicado un paisano, no puede referirse sólo a aquellos casos en que concurren en complicidad o coautoría, militares y civiles, sino también a aquellos otros en que civiles, sin concierto con militares, infringen la ley militar. La locución “complicado”, debe entenderse en su más amplia significación, como sinónimo de participación en cualquiera de sus grados. La conclusión es la siguiente: los paisanos pueden incurrir, solos o asociados a militares, en infracción a la ley peculiar a éstos; la garantía constitucional se concreta a establecer que en estos casos, es a la autoridad civil a quien corresponde la incoación del proceso respectivo.<sup>11</sup>

MILITARES, DELITOS COMETIDOS POR, EN COPARTICIPACIÓN CON CIVILES. COMPETENCIA. El inciso a), de la fracción II, del artículo 57 del Código de Justicia Militar, considera como delitos contra la disciplina militar, los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de los actos del mismo. Sin embargo, si en un caso resultan también civiles presuntos responsables de ciertos delitos cometidos por militares en servicio, de acuerdo con la disposición clara y terminante del artículo 13 de la Constitución, en el sentido de que los Tribunales Militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército y de que cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda, pertenece entonces el enjuiciamiento de los responsables de los citados delitos, al Juez del fuero común competente para sentenciar a los civiles.<sup>12</sup>

MILITARES, DELITOS COMETIDOS POR. COMPETENCIA. Si en el caso de un homicidio cometido por militares, por el cual éstos resultan procesados, se reúnen los requisitos a que se refiere el inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, la competencia debe radicarse en el Fuero Militar, sin que obste para esta consideración que el occiso haya sido un civil, puesto que en el artículo 13 constitucional, sólo se extiende la jurisdicción de las autoridades judiciales, locales o federales, según el caso, sobre militares, cuando en un delito o falta del orden militar, estuviere complicado un paisano, esto es, cuando a un civil le resulte presunta responsabilidad en el mismo delito, en unión de militares, lo que no ocurre si los

---

<sup>11</sup> Tesis aislada, quinta época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LVIII, p. 1875.

<sup>12</sup> Tesis aislada, quinta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXXVI, p. 468.

procesados son todos miembros del Ejército Mexicano, independientemente de que la víctima no lo haya sido.<sup>13</sup>

Las interpretaciones que se dieron en la quinta y sexta épocas son erróneas desde mi punto de vista, en primer lugar, porque desde los trabajos del Constituyente de 1917 existieron intenciones de limitar el Fuero de Guerra únicamente para los casos en que se estuviese en guerra o el ejército estuviera en campaña en alguna región del país. Fuera de esas situaciones de excepción, el Código militar debía ser aplicado por tribunales civiles.<sup>14</sup> Además de que en el dictamen de ese artículo, de manera expresa, se estableció que “en el proyecto se circunscribe más aún la jurisdicción de los tribunales militares, retirándoles aquella de modo absoluto respecto de los civiles complicados en delitos del orden militar. [...] el Fuero Militar viene a constituir una garantía para la misma sociedad, en lugar de un privilegio otorgado a la clase militar, como fue en otro tiempo”.<sup>15</sup>

Esto es, era claro y no necesitaba mayor interpretación, que los civiles no debían ser sujetos a la jurisdicción militar y que ésta sólo era aplicable para militares, pero que además, el que no se sometiera a un civil a este fuero, constituye una garantía, de donde se puede desprender que el fin era que en cualquier caso en el que hubiera un civil “complicado”<sup>16</sup> era motivo suficiente para que conocieran las autoridades civiles, sin importar si era sujeto activo o pasivo del delito, sino que basta con que exista un civil involucrado para que conozca un tribunal civil. De ahí surge el primer gran error de las interpretaciones dadas por la Suprema Corte, al considerar que está involucrado —complicado— un civil para efectos de que tengan competencia las autoridades civiles, exclusivamente cuándo éste es sujeto activo del delito.

Es extraño que en una mayoría de tesis la Suprema Corte haya llegado a establecer esos criterios poco afortunados, máxime cuando en una tesis aislada de la misma quinta época relativa al Fuero Militar, se concluyó que:

[...] ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviese complicado un paisano, las autoridades del Fuero de Guerra juzgarán a los miembros del Ejército y

---

<sup>13</sup> Tesis aislada, quinta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXXVII, p. 987.

<sup>14</sup> Cf. voto particular del general Francisco J. Múgica, Presidente de la Comisión del Artículo 13, al dictamen de 05/01/17. *Diario de Debates del Constituyente de 1917*.

<sup>15</sup> Cf. dictamen del 05/01/17, *Diario de Debates del Constituyente de 1917*, 35a. Sesión Ordinaria 08/01/17.

<sup>16</sup> Véase definición *supra* nota 10.

las autoridades civiles al paisano; y por tanto, *son las autoridades civiles quienes deben de conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos*; pero debe advertirse que el conocimiento corresponde a los Jueces Civiles, con el simple carácter de auxiliares de la Justicia Federal, porque tratándose de la aplicación de leyes militares, que tienen el carácter de leyes federales, a los Jueces de Distrito corresponde el conocimiento del proceso, según lo dispone la fracción III del artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.<sup>17</sup>

En segundo lugar, son poco afortunadas la mayoría de las interpretaciones existentes, porque si el Constituyente de 1917 le hubiese querido dar a la parte final del artículo 13 el sentido con el que ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultaba innecesaria la expresión previa que contiene el referido artículo, misma que dice: “los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército”. Esto es, sería repetitivo, poco lógico e inútil que en el mismo párrafo del mismo artículo se dijera dos veces y de dos formas algo que significa lo mismo: a) los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército, y que b) cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

A mi juicio, el inciso a) debe interpretarse como que sólo los militares pueden ser sujetos a este fuero, pero nunca podrá serlo un civil o de manera genérica una persona que no pertenezca al Ejército. Lo que significa, que aun cuando un civil cometiera un delito o falta a la disciplina militar, o incluso cualquier otra conducta o delito, no puede ser sometido al Fuero de Guerra bajo ninguna circunstancia. Esto es lo que bien definen las tesis existentes.

En tanto que el inciso b) significa que cuando exista un delito o falta al orden militar en el que esté involucrado un paisano, independientemente si actúa de manera activa o pasiva, quien debe conocer de esa conducta necesariamente es la autoridad civil. Es decir, que ante un delito o falta al orden militar en el que esté involucrado un civil, por el simple hecho de que hay un civil, excluye a la jurisdicción militar y es la jurisdicción civil la que debe conocer. Esta parte del texto tenía como fin dar un paso más para excluir la competencia de los tribunales militares. Si no diera este paso, sería lo mismo que el anterior.

Si a este inciso b) se le diera el significado, como se lo ha dado la Suprema Corte en tesis aisladas de que el estar “complicado un paisano” se entiende sólo como el supuesto en el que un civil es sujeto activo de un delito o falta al orden militar y, por tanto, no puede ser sometido al Fuero de Guerra, es limitar el alcance y fin de la nor-

---

<sup>17</sup> Tesis aislada, quinta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XL, p. 1393.

ma, ya que para ese supuesto, era suficiente lo que aquí he identificado como inciso a), es decir, que con el contenido de dicho inciso estaba cubierto el supuesto en el que un civil cometiera un delito o falta militar y no pueda ser sometido a la jurisdicción militar por ser un “no militar” y en esa medida, esta última porción normativa de nada sirve o incluso sobraría del texto del artículo 13 constitucional.

Por tanto, resulta claro que el texto constitucional en esas dos partes normativas otorga dos garantías a los ciudadanos o cubre dos supuestos en los que se puede ver involucrado un civil o paisano cuando se comete un delito o falta al orden militar:

- 1) Como sujeto activo del delito o falta al orden militar, no puede ser sujeto a la jurisdicción de tribunales militares.
- 2) Como sujeto pasivo del delito o falta a la disciplina militar, su caso debe ser conocido por la autoridad civil que corresponda.

Lo que es lo mismo, la Constitución establece dos excepciones claras a la competencia de los tribunales militares cuando se cometen delitos o faltas al orden militar:

- 1) Un no militar (civil) en ningún caso puede ser sometido a la jurisdicción militar o Fuero de Guerra (sujeto activo).
- 2) Si hay un civil complicado en un delito o falta, quien debe conocer es la autoridad civil (sujeto activo y sujeto pasivo).

Si aún frente a todo lo antes expuesto —que recoge desde los fines que tenía el constituyente hasta lo ilógico que sería tener dos porciones normativas con el mismo significado en un mismo artículo— se sigue considerando que el supuesto en el que un civil es sujeto pasivo del delito o falta al orden militar debe ser de la competencia de los tribunales militares, es recomendable abordar la cuestión utilizando el principio *pro persona* en su vertiente de preferencia normativa y ante una pluralidad de posibles interpretaciones de dichas porciones normativas, o bien, una pluralidad de significados, contenidos y alcances de éstas adopte la interpretación que mejor haga permanecer el derecho —garantía—, la que mejor tutele a la persona.

Además, sería igualmente útil interpretar el artículo 13 de la Constitución de manera armónica con otras disposiciones del propio texto constitucional y no de manera aislada. En esa medida, deberá observarse para la interpretación de dicho artículo el contenido del apartado C del artículo 20 constitucional, que hace referencia a la víctima u ofendido del delito, parte sin duda alguna olvidada en las interpretaciones relativas al Fuero de Guerra —tal vez porque la importancia y protección



con que debe contar la víctima del delito fue incorporada al texto constitucional apenas en el año 2000— y las interpretaciones hasta ahora existentes del Fuero de Guerra datan de al menos 30 años antes de que dicho apartado existiera.

De esta manera, conociendo el origen y fines del artículo 13 constitucional, la coherencia y lógica que debe tener dicha norma, la existencia de nuevos contenidos en el texto constitucional, así como las obligaciones internacionales que ha adquirido México, se hace necesaria una interpretación en la cual se entienda o precise que el artículo 13 constitucional establece que cuando se trate de delitos contra la disciplina militar, en donde se involucre a un civil, sea como sujeto activo o pasivo, necesariamente debe ser la autoridad civil la competente para conocer del asunto, más aún, y sin excepción alguna, si dicho delito conlleva la violación de derechos humanos. Esto no es arbitrario, pues el texto constitucional da posibilidad clara de hacer esta interpretación.<sup>18</sup>

## II. El Código de Justicia Militar y sus puntos de inconstitucionalidad

El artículo 57 del Código de Justicia Militar es la norma que establece cuáles son los delitos contra la disciplina militar. Este artículo está compuesto por dos fracciones:<sup>19</sup>

1. Remite al Libro Segundo de dicho Código para precisar los delitos propios del ámbito militar, entre los que se encuentran:

- a) Traición a la patria.
- b) Espionaje.
- c) Delitos contra el derecho de gentes.
- d) Violación de neutralidad o inmunidad diplomática.
- e) Rebelión.
- f) Sedición.
- g) Falsificación.
- h) Fraude, malversación y retención de haberes.
- i) Extravío, enajenación, robo y destrucción de lo perteneciente al ejército.
- j) Deserción e insumisión.
- k) Inutilización voluntaria para el servicio.

---

<sup>18</sup> Interpretación similar a la antes elaborada se contenía en el proyecto de sentencia del amparo en revisión 989/2009, respecto del cual una mayoría de seis ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió no entrar al estudio del fondo al declarar la improcedencia del amparo por haber sido interpuesto por la ofendida (civil) del delito.

<sup>19</sup> Cf. artículo 57 del Código de Justicia Militar.

- l) Insultos, amenazas o violencias contra centinelas, guardias, tropa formada, salvaguardias, bandera y ejército.
- m) Ultrajes y violencias contra la policía.
- n) Falsa alarma.
- o) Insubordinación.
- p) Abuso de autoridad.
- q) Desobediencia.
- r) Asonada.
- s) Abandono de servicio.
- t) Extralimitación y usurpación de mando o comisión.
- u) Maltrato a prisioneros, detenidos o presos y heridos.
- v) Pillaje, devastación, merodeo, apropiación de botín, contrabando, saqueo y violencias contra las personas.
- w) Delitos contra el deber y decoro militares.
- x) Delitos cometidos en la administración de justicia o con motivo de ella.

2. Establece que puede ser cualquier delito de los contemplados en el orden común o federal, siempre y cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Lo cometa un militar al estar en servicio o con motivo de actos del mismo.
- b) Lo cometa un militar en un buque de guerra, instalación militar o punto ocupado militarmente siempre que se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en ese lugar o se perjudique el servicio militar.
- c) Se cometan por un militar en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial.
- d) Lo cometa un militar frente a tropa formada o frente a la bandera.
- e) Lo cometa un militar y esté en conexión con los previstos en la fracción I.

Si seguimos la interpretación y alcance que establecí en el apartado anterior y los aplicamos a la fracción I del artículo 57, el Fuero de Guerra mexicano sería compatible con la Constitución y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, pues ningún civil que cometa los delitos ahí previstos podría ser sometido a la jurisdicción de los tribunales militares, en tanto que si hay un civil involucrado, siendo ya el único supuesto posible, como víctima de estos delitos, una autoridad civil es la que debe de conocer del caso y con ello, se garantizaría en este supuesto que el delito no quedara impune al existir la certeza de que el militar sería juzgado por un tribunal independiente e imparcial que garantizaría los derechos del inculgado y de la víctima.

Pero si aplicamos el criterio hasta ahora establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo se garantiza que un civil no sea sometido a la jurisdicción militar. No obstante, si un civil es víctima, por ejemplo, de maltratos o violencia por parte de un militar, aun cuando estén involucrados los derechos del civil, el militar será investigado y juzgado por militares, con lo cual, me parece, se podría romper con la imparcialidad e independencia que deben tener los jueces y tribunales. Ya veremos más adelante, quién y cómo se nombran a los jueces y a los integrantes de los tribunales militares, para tener certeza si se comprueba esta hipótesis.

Ahora bien, respecto de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, aplica íntegramente lo antes señalado. Pero además, respecto de esta fracción se agrava la situación, pues el propio artículo establece que: "Cuando en los casos de la fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar".

Si "conurrencia" lo entendemos como el hecho de que un civil participa, toma parte o contribuye en la comisión de un delito, resulta obvio, que parece correcta tal porción normativa, pues el civil será juzgado por autoridades civiles y el militar, al ubicarse en esos supuestos concretos, por un tribunal militar.<sup>20</sup> Sin embargo, si la concurrencia la entendemos como que en el delito se encuentra involucrado un civil, de manera lógica por exclusión, como víctima o sujeto pasivo del delito, siguiendo la interpretación que he establecido de acuerdo con el origen y contenido del artículo 13 constitucional, es por demás evidente que tal porción normativa no sólo sería inconstitucional, sino que también podría generar responsabilidad internacional del Estado mexicano, pues el militar sería juzgado por un tribunal militar, cuando como hemos visto, la Constitución establece que si hay un paisano involucrado, quien debe de conocer es la autoridad civil.

Esta interpretación, alcance o sentido, es el que en la práctica más comúnmente se utiliza al seguir los criterios establecidos por la Suprema Corte, con lo cual, desde mi punto de vista, se está generando impunidad. Esta situación, como más adelante veremos, ya ha sido analizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y es coincidente con lo que he señalado en cuanto a que al hacer esta interpretación se afecta un principio básico del debido proceso, como lo es el de la

---

<sup>20</sup> Adicionalmente a esto, no debe perderse de vista que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada de rubro FUERO DE GUERRA que ya fue antes citada, estableció que: "ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviere complicado un paisano, las autoridades del Fuero de Guerra juzgarán a los miembros del Ejército y las autoridades civiles al paisano". Esto es, tal parece que esta porción normativa de principio es también contraria a una interpretación que ya dio el máximo tribunal mexicano, y por tanto, inconstitucional sin necesidad de entrar a analizar el otro aspecto que también contraviene nuestra Carta Magna.

existencia de un tribunal independiente e imparcial que resuelva respecto de las violaciones a los derechos humanos.

Respecto de este artículo y de manera específica cuando hay implicado un civil o paisano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado lo siguiente:

MILITARES. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD. Cuando de las constancias de un proceso se desprende que tanto el agente activo como el agente pasivo de un delito son militares, el hecho de que el primero se encontrara vestido de civil y franco el día de los hechos no es circunstancia que establezca que se trata de un delito de orden civil. El artículo 57, fracción I, del Código de Justicia Militar establece que son delitos contra la disciplina militar los especificados en dicho cuerpo de leyes y el artículo 293 del mismo ordenamiento, establece que comete el delito de abuso de autoridad, el militar que trate a un inferior de un modo contrario a las prescripciones legales y se aclara que este delito puede cometerse dentro y fuera del servicio; esta circunstancia es más de tomarse en cuenta, si el autor del delito pertenece al batallón de la Policía Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional; en consecuencia, si se instruyó un proceso en contra de quien vestía de civil, por el delito de abuso de autoridad, causando la muerte del inferior, siendo este delito típicamente militar, cometido por un militar en contra de otro militar, debe resolverse en el sentido de que en el Fuero de Guerra radica la jurisdicción y es competente el juzgador militar para conocer de la averiguación respectiva.<sup>21</sup>

MILITARES. DELITO COMETIDO EN PERJUICIO DE PARTICULARES. COMPETENCIA. El artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, previene que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo del mismo. Por tanto, si consta que los inculpados se encontraban desempeñando servicio de armas cuando cometieron los hechos delictuosos por los que fueron acusados (lesiones, daño en propiedad ajena y abuso de autoridad), y por los que se les motivó prisión, aunque esos delitos son del orden común, como fueron cometidos por militares en los momentos en que estaban en servicio, quedan comprendidos en la fracción II, inciso a), del artículo 57 ya citado del código castrense, y por lo mismo deben considerarse como delitos contra la disciplina militar, que el citado código clasifica como violencia contra las personas, a que se refiere el artículo 330 del mismo ordenamiento, que impone pena al que hiciere innecesariamente uso de las armas contra cualquiera persona, o que sin autorización ejerciere otro acto injustificado de violencia contra algún individuo. Ahora bien, el artículo 13 de la Constitución General de la República, dejó subsistente el Fuero de Guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, por lo que estos delitos deben ser juzgados y castigados por los tribunales militares.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Tesis aislada, sexta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Parte, CV, p. 116.

<sup>22</sup> Tesis aislada, sexta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Parte, tomo XLI, p. 210.

MILITARES. COMPETENCIA EN CASO DE DELITOS COMETIDOS POR LOS. Comprobado que cuando unos militares invadieron un terreno, arrearon ganado para juntarlo y echarlo fuera, rompieron las puertas de la casa habitación del rancho, sustrajeron algunos objetos y dinero en efectivo y detuvieron a una persona, desempeñaban actos del servicio, en el caso se trata de un delito de los citados en el inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, y por consiguiente, la competencia para conocer del mismo debe radicarse en el Fuero Militar.<sup>23</sup>

ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLENCIA CONTRA LAS PERSONAS, COMETIDOS POR MILITARES. Los delitos de abuso de autoridad y violencia contra las personas, afectan a la disciplina militar, conforme al artículo 57 del Código de Justicia Militar, supuesto que ellos son de los especificados en el libro II de dicho código; de modo que si se imputa a militares reservistas la comisión de tales delitos, de orden netamente militar, la competencia del Fuero de Guerra para conocer de los mismos, está perfectamente definida, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Federal y el artículo 57, fracción I, del Código de Justicia Militar antes citado.<sup>24</sup>

Todas estas tesis aisladas que al igual que las relativas a la interpretación del artículo 13 constitucional fueron emitidas hace más de 40 años, muestran de manera evidente que:

- a) Si un civil participa como sujeto activo del delito o falta al orden militar, no puede ser llevado ante un tribunal militar.
- b) Si un civil es sujeto pasivo o víctima del delito, la competencia se reconoce en favor de los tribunales militares.

La primera conclusión es acertada, porque expresamente así lo establece el texto constitucional. Sin embargo, la segunda conclusión, en mi opinión, es incorrecta, en la medida en que está involucrado un civil, y como ya hemos señalado en el apartado anterior, la Constitución establece que si ese supuesto se actualiza, deben conocer necesariamente las autoridades civiles. Ya que, por ejemplo, en la última tesis que se cita, se comete violencia contra las personas, que necesariamente son civiles y pese a ello, por ser un delito a la disciplina militar se le da competencia a los tribunales militares cuando por estar involucrado como sujeto pasivo del delito un civil por mandato constitucional debería ser una autoridad civil la que conociera.

De esta manera, atendiendo a la interpretación que aquí he señalado del artículo 13 constitucional, resulta evidente que varios de los delitos previstos en el Libro Segundo del Código de Justicia Militar necesariamente deberían ser declarados

---

<sup>23</sup> Tesis aislada, sexta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Parte, tomo IX, p. 58.

<sup>24</sup> Tesis aislada, quinta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LXXII, p. 3138.

inconstitucionales por no precisar el límite de su competencia, al igual que el penúltimo párrafo del artículo 57 del referido código. Además de que una nueva interpretación de la fracción II de dicho artículo 57, debiera de precisar, que si en esos delitos hay un civil involucrado, sea como sujeto activo o pasivo del delito, la competencia necesariamente debe recaer en los tribunales civiles. O bien, declarar su inconstitucionalidad al ser como ya vimos, contraria a la última parte del artículo 13, bajo una correcta interpretación.

No hay ninguna razón válida, desde los puntos de vista moral y jurídico, para sustraer de la jurisdicción ordinaria a un militar que comete un crimen definido como tal en la legislación penal común.<sup>25</sup>

No desconozco que la interpretación propuesta puede parecer extrema y demasiado amplia, incluso puede ser considerada como arriesgada porque pondría en riesgo uno de los fines del artículo 13 constitucional y del Código de Justicia Militar, que es el de conservar la disciplina militar como requisito indispensable para el debido funcionamiento del Ejército y que necesariamente justifica la tipificación de conductas específicas a las que se atribuyen sanciones ejemplares.

No obstante, cuando se trate de violaciones a derechos humanos cometidas por militares en contra de civiles que se enmarquen en los supuestos de los delitos o faltas a la disciplina u orden militar, necesariamente, en mi consideración, el que debe conocer de la investigación y sanción de éstos debe ser una autoridad civil.

De esta forma si los delitos contemplados en el artículo 57 del Código de Justicia Militar son cometidos por militares en contra de un civil y se atenta contra la vida, la integridad personal, la libertad personal, la libertad de expresión, derecho a circulación, derechos del niño, derechos de la mujer, por mencionar sólo algunos, necesariamente éstos deben ser del conocimiento de las autoridades civiles de acuerdo con el mandato constitucional (por complicar a un paisano), y para garantizar el debido proceso legal al inculpado y los derechos de la víctima.

De manera aún más específica, si se trata de actos de detenciones arbitrarias y prolongadas, tortura; tratos crueles, inhumanos o degradantes; ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y desapariciones forzadas, cometidas por un militar en contra de un civil, sin duda alguna, deben ser investigadas y sancionadas por autoridades civiles. Negar al menos esta posibilidad sería ir en contra de los elementales estándares internacionales de derechos humanos al colocar en riesgo de impunidad "graves violaciones a los derechos humanos".

---

<sup>25</sup> Dallari Dalmo de Abreu, "Jurisdicciones nacionales y derechos humanos", en *Jornadas internacionales contra la impunidad*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas / Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos de Francia, 1993, p. 213.

### **III. La normas de origen nacional que regulan el Fuero Militar mexicano frente a los estándares o normas de origen internacional**

Además de las normas de origen nacional, el Fuero de Guerra debe analizarse a la luz de las obligaciones internacionales del Estado, tanto en materia de administración de justicia como de las que nacen en caso de violación de los derechos humanos. Estas últimas están referidas al deber jurídico del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos, procesar y sancionar a los autores, otorgar reparación y asegurar un recurso efectivo y el derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares.<sup>26</sup>

De esta manera, el tema del Fuero Militar y las violaciones a los derechos humanos cometidas por militares está en directa relación con los principios, normas y estándares relativos al debido proceso por un tribunal independiente e imparcial, con el derecho a la protección judicial y a un recurso eficaz, la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos, la obligación de procesar y castigar a los autores de violaciones de derechos humanos, los derechos que le asisten a la víctima de violaciones a derechos humanos, en especial, los derechos a la reparación y a saber la verdad, y la impunidad de los asuntos de violaciones a los derechos humanos.<sup>27</sup>

Si bien son varios los estándares que han establecido los órganos internacionales de protección de los derechos humanos relacionados con el Fuero Militar, en este apartado únicamente analizaré aquellos que directamente interesan ante la problemática que se presenta en México por la interpretación dada hasta ahora por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a los artículos 13 constitucional y 57 del Código de Justicia Militar. En ese sentido, sólo estableceré: a) estándares mínimos que debe satisfacer el Fuero de Guerra, y b) estándares relativos a la administración de justicia/debido proceso que se deben satisfacer para investigar y sancionar violaciones a derechos humanos, a fin de establecer si el Fuero de Guerra mexicano los satisface.

#### ***1. Estándares mínimos de funcionamiento del Fuero de Guerra***

El elemento esencial que se ha establecido respecto del Fuero Militar tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como por los órganos de pro-

---

<sup>26</sup> Este conjunto de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos constituye lo que la jurisprudencia y la doctrina llaman "el deber de garantía del Estado".

<sup>27</sup> Cf. Federico Andreu-Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas / Comisión Internacional de Juristas, 2003, p. 16.

tección, es que los tribunales militares deben limitar su competencia a delitos y faltas estricta o exclusivamente de naturaleza militar cometidos por militares. Así se ha establecido que:

[...] los tribunales militares contribuyen a perpetuar la impunidad por su insuficiente independencia, resultante de la subordinación jerárquica a la que están sometidos todos o parte de sus miembros, su *competencia* deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios...<sup>28</sup>

"[...] la limitación de la jurisdicción de los tribunales militares exclusivamente a delitos específicamente militares, cometidos por personal militar".<sup>29</sup>

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha establecido en algunos de sus informes y observaciones que:

[...] El Comité recomienda que el Estado Parte [...] elimine el fenómeno de la impunidad, [...] limite la *competencia* de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos, de manera que las violaciones de los derechos humanos de los ciudadanos correspondan a la competencia de los tribunales civiles...<sup>30</sup>

[...] velar por que todos los miembros de las fuerzas armadas o de la policía que hayan cometido violaciones de los derechos garantizados en el Pacto [de Derechos Civiles y Políticos] sean juzgados y sancionados por tribunales civiles.<sup>31</sup>

[...] revisar la jurisdicción de los tribunales militares y traspasar a los tribunales ordinarios la competencia de los tribunales militares en todas las causas relativas a civiles y todos los casos de violación de los derechos humanos por miembros del ejército.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Principio 31 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/sub.2/1997/20/Rev.1, anexo.

<sup>29</sup> Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, Documento de Naciones Unidas, E/CN.2/2000/62.

<sup>30</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observaciones y recomendaciones a Colombia*, 1992, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.2, del 25 de septiembre de 1992, párrafos 5 y 6.

<sup>31</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observaciones y recomendaciones a Venezuela*, 1992, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.13, del 28 de diciembre de 1992, párrafo 10.

<sup>32</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales a Libano*, 1997, Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.76, del 5 del mayo de 1997, párrafo 34.



El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas también se ha pronunciado a este respecto señalando que:

[...] no parece aceptable la escasa punibilidad del delito de tortura en el Código de Justicia Militar, la extensión de la jurisdicción militar para conocer de delitos comunes a través de un alcance inadmisibles del concepto de acto de servicio.<sup>33</sup>

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas manifestó en uno de sus primeros informes en que estudió el tema, que:

Las violaciones de los derechos humanos y de los derechos de las niñas y los niños deberían ser examinados siempre por tribunales civiles de conformidad con el derecho civil, y no por tribunales militares.<sup>34</sup>

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos también se ha establecido la importancia de que cuando se encuentra involucrado un civil y haya afectaciones a los derechos humanos, sean las autoridades civiles las que conozcan del caso, señalando que:

[...] el Tribunal confiere gran importancia al hecho de que un civil haya tenido que apelar ante una Corte compuesta de miembros de las fuerzas armadas. Observa que el demandante pudo, legítimamente, experimentar temor en vista de que como uno de los jueces de la Corte era un juez militar, éste podía permitirse, indebidamente, ser influenciado por consideraciones ajenas a la naturaleza misma del caso...<sup>35</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a este tema, ha establecido, entre otras cosas, que:

[...] juzgar delitos comunes como si fueran militares por el solo hecho de haber sido ejecutados por militares, es violatorio de la garantía de un tribunal independiente e imparcial.<sup>36</sup>

Detallando más adelante que:

---

<sup>33</sup> Comité contra la Tortura, *Observaciones a Colombia*, Naciones Unidas, A/51/44, del 9 de julio de 1996, punto 4.

<sup>34</sup> Comité de Derechos del Niño, *Informe relativo a Colombia*, Naciones Unidas, CRC/C/15/Add.30, del 15 de febrero de 1995, párrafo 17.

<sup>35</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Ciraklar c. Turquía*, sentencia del 28 de octubre de 1998; *Caso Greger c. Turquía*, sentencia del 8 de julio de 1999.

<sup>36</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30, párrafo 53.

En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley le asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar...<sup>37</sup>

Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, [se encuentra] íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.<sup>38</sup>

Dentro del mismo sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión Interamericana ha recomendado a los Estados Partes al Pacto de San José que:

[...] adopten de conformidad con el artículo 2 de la Convención [Americana], las medidas de derecho interno que sean necesarias para limitar la competencia y jurisdicción de los tribunales militares solamente a aquellos delitos que tengan exclusivo carácter militar, y en ningún caso se permita el juzgamiento de actos violatorios de los derechos humanos en cortes militares.<sup>39</sup>

Esta Comisión, incluso de manera concreta en un caso de México estableció que: “[...] la privación de libertad y la violación de las hermanas González Pérez no pueden de manera alguna considerarse hechos que afecten bienes jurídicos vinculados al orden militar.”<sup>40</sup>

Para establecer de manera clara que cuando se trata de violaciones a los derechos humanos cometidas en contra de civiles, no hay razón alguna para que el Fuero de Guerra sea competente, la Comisión de manera categórica en la misma línea

---

<sup>37</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68, párrafo 117. Cfr. *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, párrafo 124; *Caso de la “Masacre de Mampirán”*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párrafo 202, y *Caso 19 Comerciantes*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109, párrafo 165.

<sup>38</sup> Cf. *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párrafo 128; *Caso La Cantuta*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párrafo 142, y *Caso Almonacid Arellano y otros*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párrafo 131.

<sup>39</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1992-1993*, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, capítulo V, 12 de marzo de 1993, párrafo 6.

<sup>40</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20, Rev., 16 de abril 2001, Informe núm. 53/01, Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez, caso 11.565 (México), párrafo 85.

de argumentación anterior, y para distinguir que si es y que no es, un bien militar que debe ser protegido por su jurisdicción, señalo que:

[...] la masacre de civiles indefensos no puede ser considerada como parte de las funciones legítimas de los agentes de las fuerzas de seguridad. Consecuentemente, el hecho de que se haya otorgado competencia a la justicia castrense para juzgar a los presuntos autores intelectuales de las graves violaciones cometidas constituye una violación a [...] la Convención Americana.<sup>41</sup>

Criterios y decisiones en el mismo sentido hay aún más de estos y otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos, no obstante, me parece innecesario citar más, pues los anteriores son ya suficientes para demostrar que el Fuero Militar debe tener bien definida su competencia y no ocuparse de asuntos en los que se ven implicados civiles. En este sentido, podemos señalar que el Fuero de Guerra para no estar en contra de los estándares internacionales, debe cumplir al menos con lo siguiente:

- a) Juzgar sólo a militares por delitos militares.
- b) Tener sólo competencia para conocer de delitos o faltas militares, esto es, aquellos que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.
- c) No tener jurisdicción sobre civiles bajo ninguna circunstancia.
- d) No tener competencia para conocer de asuntos en los que la víctima sea un civil, aunque el delito sea cometido por un militar.
- e) No tener competencia para juzgar violaciones a los derechos humanos.

Similar conclusión emitió el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de Naciones Unidas en 1999,<sup>42</sup> al proponer lo siguiente:

El Grupo estima que de subsistir alguna forma de justicia militar, debería en todo caso respetar cuatro límites:

- a) debería declararse incompetente para juzgar a civiles;
- b) debería declararse incompetente para juzgar a militares, si entre las víctimas hay civiles;

---

<sup>41</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc.3, 13 de abril 2000, Informe núm. 35/00, Los Uvos, caso 11.020 (Colombia), párrafo 61. En el mismo sentido el caso núm. 36/00, Caloto, caso 11.101 (Colombia), párrafo 56.

<sup>42</sup> Comisión de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, E/CN.4/1999/63, párrafo 79.

- c) debería declararse incompetente para juzgar a civiles y a militares en los casos de rebelión, sedición o cualquier delito que ponga o pueda poner en peligro un régimen democrático;
- d) no estaría en ningún caso autorizada a imponer la pena de muerte.

Todo este análisis parece indicar que el Fuero de Guerra mexicano de continuar funcionando bajo las interpretaciones y alcances dados a los artículos 13 constitucional y 57 del código castrense, que aquí he criticado, no cumple en esta parte con los estándares internacionales establecidos hasta ahora, por el simple hecho de que conoce de asuntos en los que la víctima es un civil y además, conoce de delitos cometidos por militares en los cuales se cometen violaciones a los derechos humanos por el simple hecho de que estos pueden ubicarse como delitos contra la disciplina militar.

## ***2. Estándares relativos al debido proceso***

Varios son los puntos que podrían analizarse respecto del debido proceso en el Fuero de Guerra. Pero para efectos de este análisis, sólo me interesa establecer si la justicia militar, cumple con uno que es esencial: la independencia e imparcialidad. Los defensores del Fuero de Guerra respecto de este punto, pueden argumentar, sin lugar a dudas, que en México cualquier violación al debido proceso que se cometiera ante los tribunales militares puede ser subsanada por medio del juicio de amparo y con ello, el problema desaparecería. Sin embargo, por una parte, a eso se debe responder que si las víctimas civiles tuvieran la oportunidad de participar como lo exige la Constitución en su artículo 20 ante los tribunales militares podría existir tal posibilidad, no obstante, eso no ocurre en la práctica por la forma en que funciona el Ejército.

En segundo lugar, aun cuando se lograra reparar ahí, de cualquier forma el amparo siguiendo los criterios vigentes hasta ahora sólo tendría el efecto de que la autoridad militar subsanara lo que en el amparo se determinara, pero, seguiría el análisis en manos de la justicia militar, con lo cual nada cambiaría pues se daría nuevamente trámite ante quien no se debe dar.

En tercer lugar, como víctima del delito, desafortunadamente la Ley de Amparo establece limitaciones a que éstas puedan interponer el amparo,<sup>43</sup> al señalar que

---

<sup>43</sup> Esto se confirmó el pasado 10 de agosto de 2009, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenía una nueva oportunidad para analizar el Fuero de Guerra por medio del amparo en revisión 989/2009, sin embargo, una mayoría de seis ministros determinó que "el/la ofendido" no tiene legitimación para interponer el amparo, con lo cual se mantienen fuera del control constitucional algunas de las

sólo procede para exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil.<sup>44</sup> Aun cuando por medio de jurisprudencia<sup>45</sup> se ha ampliado esa protección si se dan violaciones a las garantías contenidas en el artículo 20 Constitucional, una vez que ha sido tramitado todo el caso en la jurisdicción militar, difícilmente el amparo alcanza a cubrir las violaciones que, por ejemplo, se hubiesen cometido desde la investigación y otras en el juicio, por lo que tampoco ésta es la solución que algunos dan. Y no es la solución, porque reitero, en todo caso se regresaría el asunto a los tribunales militares y el amparo no solucionaría el problema de origen: la falta de imparcialidad e independencia. Esto es, no se garantiza a las víctimas del delito que el órgano ante el que se está actuando sea imparcial y actúe en los términos

---

actuaciones que se llevan a cabo en el Fuero de Guerra, así como se mantiene una interpretación del artículo 13 constitucional que no es acorde con lo que actualmente se vive en el país y que se ha dado desde hace ya varios años, ni compatible con estándares internacionales. Con ello, como ya se ha señalado, se mantiene la tendencia de que sólo los militares inculcados pueden interponer el amparo, pero difícilmente lo harán para analizar estos temas, pues no creo que ningún militar en activo quiera modificar algo de ese Fuero que les garantiza impunidad cuando cometen violaciones a los derechos humanos.

<sup>44</sup> Artículo 10. La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover amparo:

I. Contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil;

II. Contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; y,

III. Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional.

<sup>45</sup> Jurisprudencia, novena época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, enero de 2006, Tesis: 1a./J. 170/2005, p. 394. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO. NO SE LIMITA A LOS CASOS ESTABLECIDOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, SINO QUE SE AMPLÍA A LOS SUPUESTOS EN QUE SE IMPUGNE VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —en vigor a partir del 21 de marzo de 2001— adicionó un apartado B en el cual se establecen derechos con rango de garantías individuales a favor del ofendido o víctima del delito. Ahora bien, el hecho de que el texto del artículo 10 de la Ley de Amparo no se haya actualizado acorde a la reforma constitucional mencionada, no significa que la legitimación activa del ofendido para interponer juicio de garantías deba constreñirse a los casos establecidos expresamente en este numeral, sino que aquélla se amplía a todos aquellos supuestos en que sufra un agravio personal y directo en alguna de las garantías contenidas en el citado precepto constitucional. Lo anterior es así, toda vez que atendiendo al principio de supremacía constitucional, dicho numeral debe interpretarse a la luz de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, de los cuales se desprende que el juicio de amparo tiene como propósito la protección de las garantías individuales cuando éstas son violadas por alguna ley o acto de autoridad y causan perjuicio al gobernado; así como que quien sufra un agravio personal y directo en ellas está legitimado para solicitar el amparo. En ese tenor, se concluye que si la víctima u ofendido del delito es titular de las garantías establecidas en el apartado B del artículo 20 constitucional, está legitimado para acudir al juicio de amparo cuando se actualice una violación a cualquiera de ellas, causándole un agravio personal y directo. Ello, con independencia de que el juicio pueda resultar improcedente al actualizarse algún supuesto normativo que así lo establezca.

del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.<sup>46</sup>

La falta de imparcialidad e independencia no es un calificativo que de manera personal quiera darle al Fuero de Guerra mexicano. Diversos órganos internacionales de derecho humanos han establecido esta situación respecto de la justicia militar. Pero antes de señalar por qué el Fuero de Guerra carece de independencia, establezco cual es el estándar internacional que se debe satisfacer para que un tribunal sea independiente e imparcial.

Los conceptos de imparcialidad e independencia del Poder Judicial postulan tanto atributos individuales como condiciones institucionales. No son meras ideas, vagas y nebulosas, sino conceptos bastante precisos del derecho interno e internacional.<sup>47</sup> Su inexistencia conduce a la denegación de justicia y resta credibilidad al proceso judicial. Debe señalarse que la imparcialidad e independencia del Poder Judicial no son tanto privilegios de dicho poder, como derechos humanos de los destinatarios de la justicia.<sup>48</sup>

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de los jueces y abogados, estableció que: "Los principios fundamentales de la independencia y la imparcialidad de la justicia [...] son principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".<sup>49</sup>

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que la noción de "un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley [plantea cuestiones relativas] a la independencia efectiva del Poder Judicial con respecto del Poder Ejecutivo y del Legislativo".<sup>50</sup>

El Comité de Derechos Humanos ratificó esta interpretación en el caso *Bahamonde*, al señalar que "una situación en que las funciones y competencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente e imparcial, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto".<sup>51</sup>

En el caso *Karttunen*, el mismo Comité definió la imparcialidad como sigue:

---

<sup>46</sup> Cf. *Caso Herrera Ulloa*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, párrafo 169, y *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párrafo 77.

<sup>47</sup> Federico Andreu-Guzmán, *op. cit.*, p. 24.

<sup>48</sup> Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/18, párrafo 75.

<sup>49</sup> Documento de la Naciones Unidas E/CN.4/1995/39, párrafo 34.

<sup>50</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General Número 13*.

<sup>51</sup> Comité de Derechos Humanos, *Caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, 1994, párrafo 9.4.

La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14. La "imparcialidad" del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes.<sup>52</sup>

La Corte Interamericana respecto de este tema ha establecido que:

[...] es razonable considerar que los funcionarios del Fuero Militar que actuaron en el proceso encaminado a investigar los sucesos [...] carecían de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención para investigar los hechos de una manera eficaz y exhaustiva y sancionar a los responsables por los mismos.

[...] los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial.<sup>53</sup>

En otros casos, la misma Comisión ha establecido que:

cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas, en virtud de lo cual los procedimientos resultan "incapaces de proporcionar la investigación, la información y el remedio supuestamente disponibles" y se verifica una impunidad *de facto* que "supone la corrosión del imperio de la ley y viola los principios de la Convención Americana".<sup>54</sup>

Además de que:

"el problema de la impunidad se ve agravado por el hecho de que la mayoría de los casos que entrañan violaciones de los derechos humanos por parte de los integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado son procesados por el sistema de la justicia penal militar"; y ha indicado "en forma reiterada y consistente que la jurisdicción militar no ofrece las garantías de independencia e imparcialidad necesarias para el juzgamiento de casos que involucran sancionar a miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se garantiza la impunidad".<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Comité de Derechos Humanos, *Caso Karttunen c. Finlandia*, párrafo 7.2.

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68, párrafos 125 y 126.

<sup>54</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.130, Fondo, Miguel Orlando Muñoz Guzmán, (México), 28 de febrero de 2006, párrafo 81.

<sup>55</sup> *Ibid.*, párrafo 82.

De manera más precisa, para evaluar la independencia e imparcialidad, en una decisión adoptada en 1991,<sup>56</sup> el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas concluyó que un tribunal militar que ostentaba las siguientes garantías podía considerarse independiente e imparcial:

- 1) El tribunal militar es presidido por un juez miembro de un tribunal civil superior.
- 2) Los miembros militares del tribunal son nombrados por la Corona [Jefe de Estado] y son inamovibles.
- 3) Los jueces militares no desempeñan ninguna función en la jerarquía militar y sus sueldos son sufragados por el Ministerio de Justicia.
- 4) Los jueces prestan juramento sobre el cumplimiento de sus funciones con justicia e imparcialidad.
- 5) Los jueces no deben obediencia ni tienen que responder a nadie por sus decisiones.
- 6) Las sesiones del tribunal son públicas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho señalamientos en el mismo sentido y ha establecido que: “el Fuero Privativo Militar no es ‘un tribunal competente, independiente e imparcial’ puesto que forma parte, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Justicia Militar peruana, del Ministerio de Defensa, es decir se trata de un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo.”<sup>57</sup>

Ahora bien, si analizamos la forma en que se nombran e integran los órganos de justicia militar en México, podremos darnos cuenta que no cumplen con los estándares mínimos que aquí han sido señalados.

Por ejemplo, la Secretaría de Guerra y Marina (Secretaría de la Defensa Nacional —Sedena—) nombra al presidente y magistrados del Supremo Tribunal Militar, por acuerdo del Presidente de la República. A su vez, los secretarios y personal subalterno del mismo, son nombrados por la propia Secretaría.<sup>58</sup> Para ser magistrado, el primer requisito que se pide es ser militar en activo, pues el Supremo Tribunal Militar se compone: de un presidente, general de brigada, militar de guerra y cuatro magistrados, generales de brigada de servicio o auxiliares.<sup>59</sup>

Por su parte, los jueces, el secretario y el personal subalterno de los juzgados militares, son designados por la Secretaría de Guerra y Marina (Sedena). Para ser

---

<sup>56</sup> Comité de Derechos Humanos, caso J.P.K. c. Países Bajos, párrafo 4.2.

<sup>57</sup> CIDH, Caso Salinas y otros, p. 125 (1994) (versión en inglés).

<sup>58</sup> Cf. artículo 7 del Código de Justicia Militar.

<sup>59</sup> Cf. artículo 3 del Código de Justicia Militar.



juez se requiere como requisito indispensable ser general brigadier de servicio, o auxiliar.<sup>60</sup>

En tanto que para ser Procurador General de Justicia Militar, se requieren las mismas condiciones que para ser magistrado; y su designación y protesta, se hace de la manera indicada para aquellos funcionarios.<sup>61</sup>

De lo antes señalado resulta fácil determinar la falta de imparcialidad e independencia del Fuero de Guerra mexicano a la luz de los estándares internacionales establecidos, en razón de que:

- a) Depende del Ejecutivo Federal.
- b) El Presidente de la República nombra a los magistrados y Procurador de Justicia Militar.
- c) El Secretario de la Defensa Nacional, que es nombrado por el Presidente de la República, nombra a los jueces.
- d) No hay civiles ejerciendo funciones de jueces o magistrados en el Fuero de Guerra.
- e) El personal que labora en el sistema de justicia militar debe ser militar en activo.
- f) Los miembros del tribunal militar no son inamovibles.
- g) Los magistrados, jueces y Procurador sí desempeñan funciones en la jerarquía militar y sus sueldos son sufragados por la Sedena.
- h) Los magistrados, jueces y Procurador deben obediencia y están sujetos a la disciplina militar.

El único requisito que conforme con los estándares establecidos por diversos órganos internacionales de protección de los derechos humanos cumple el Fuero de Guerra mexicano, desde mi punto de vista, es el relativo a que las sesiones del tribunal son públicas, según se establece, con excepciones, en los artículos 689 y 918 del Código de Justicia Militar.

En este orden de ideas, podemos concluir que el Fuero de Guerra mexicano, además de poder ser declarado inconstitucional en la parte que aquí hemos venido analizando, tampoco satisface los estándares internacionales en materia de derechos humanos, porque:

1. Conoce de asuntos en los que hay civiles involucrados como víctimas y de asuntos en los que se han violado derechos humanos de éstos.

---

<sup>60</sup> Cf. artículos 24 y 27 del Código de Justicia Militar.

<sup>61</sup> Cf. artículo 41 del Código de Justicia Militar.

2. Carece de independencia e imparcialidad y con ello, agrava la situación planteada en el punto anterior, al no garantizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos certeza respecto de la verdad de los hechos, sanción de los responsables ni una participación sin intimidaciones ante estos tribunales.

Lo hasta aquí argumentado, se confirma y comprueba con lo que desarrollaré en el siguiente apartado.

#### IV. Las obligaciones internacionales sin cumplir

Como puede observarse de la lectura de los anteriores apartados, el Fuero de Guerra en México además de tener vicios de inconstitucionalidad en su actual funcionamiento, incumple con los estándares internacionales de derechos humanos.

Por ello, en el presente apartado sólo quiero destacar que México ya ha sido declarado internacionalmente responsable de violaciones a derechos humanos con motivo del funcionamiento del Fuero de Guerra cuando militares han afectado derechos humanos de civiles, en razón de que los primeros no han sido sancionados o no fueron sancionados de conformidad con una correcta aplicación de la ley, por seguirse el caso ante tribunales parciales y sin independencia que han protegido los intereses de la institución armada antes que los derechos humanos y porque, esos asuntos al involucrar civiles deberían ser del conocimiento de las autoridades civiles.

El Estado mexicano ha tenido responsabilidad internacional en los siguientes casos:

- a) Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez.<sup>62</sup>
- b) Caso 12.130, Fondo, Miguel Orlando Muñoz Guzmán.<sup>63</sup>

En el primero, la Comisión Interamericana determinó que se dieron violaciones por parte de miembros del Ejército mexicano a los derechos a la libertad personal; a la integridad personal y a la protección de la honra y de la dignidad, a las garantías

---

<sup>62</sup> Para detalles del caso véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, Informe Número 53/01*, Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez, México, 4 de abril de 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001, Original: Español. Consultable en la página de Internet: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

<sup>63</sup> Para detalles del caso véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, Informe Número 2/06*, Caso 12.130, Fondo, Miguel Orlando Muñoz Guzmán, México, 28 de febrero de 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 de marzo de 2007, Original: Español. Consultable en la página de Internet: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

judiciales y protección judicial y a los derechos del niño. Además, estableció de manera precisa la falta de idoneidad de la justicia militar para investigar, juzgar y sancionar casos que involucran violaciones de los derechos humanos; y recomendó: investigar de manera completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción penal ordinaria mexicana para determinar la responsabilidad de todos los autores de las violaciones de derechos humanos en perjuicio de Ana, Beatriz y Celia González Pérez y de Delia Pérez de González.

En el segundo caso, se debe destacar que la Comisión Interamericana estableció que: “[l]a investigación por parte de la Procuraduría General de Justicia Militar de presuntas violaciones de derechos humanos perpetradas por militares mexicanos implica una violación *per se* de la Convención Americana” y que “[c]on base en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, [...] concluye que las investigaciones de la PGJM carecen de la idoneidad, independencia e imparcialidad requeridas por la Convención Americana para determinar el paradero de Miguel Orlando Muñoz Guzmán, sancionar a los responsables de los hechos y reparar a sus familiares”. En este caso se recomendó al Estado mexicano: investigar de manera completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria mexicana para determinar el paradero de Miguel Orlando Muñoz Guzmán; y, de establecerse que hubo desaparición forzada, para sancionar a todos los responsables de los hechos que conforman dicha figura jurídica.

Además de estos casos, en agosto de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió a trámite con el número 48/08 el caso de Mirey Trueba Arciniega,<sup>64</sup> en el que nuevamente se cuestiona que delitos cometidos por militares —privación de la vida en un retén militar— en contra de civiles sean investigados y sancionados por tribunales militares.

- Por lo antes relatado, es evidente que si no se dan cambios en las interpretaciones y se continúa con los criterios establecidos hace 40 años por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, seguramente, en este caso también se determinará la responsabilidad internacional de México. Ante esta situación, la pregunta es: ¿cuándo cumpliremos nuestras obligaciones internacionales?
- Lo antes desarrollado es muestra incuestionable de lo que aquí hemos sostenido respecto del Fuero de Guerra mexicano. Además, es muestra de que los criterios de interpretación del artículo 13 constitucional y del artículo 57 del Código de Justicia Militar se deben ajustar a nuevas realidades que bus-

---

<sup>64</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Número 48/08, Petición 515-01, Admisibilidad*, Mirey Trueba Arciniega, México, 24 de julio de 2008. Consultable en el sitio de Internet: [www.cidh.org/casos/08.sp.htm](http://www.cidh.org/casos/08.sp.htm)

quen evitar la impunidad. De lo contrario, además de seguir estableciéndose responsabilidad internacional —con la posibilidad de que en el caso Rosendo Radilla Pacheco<sup>65</sup> sea la Corte Interamericana la que establezca la responsabilidad internacional del Estado mexicano—, México se seguirá mostrando al mundo como un país en el que los derechos humanos son un tema de segunda importancia o de un doble discurso, en el que es más importante una institución que los seres humanos que conforman la Nación.

---

<sup>65</sup> Comisión Interamericana de Derechos humanos, Caso Rosendo Radilla Pacheco, 12.511, Demanda contra los Estados Unidos Mexicanos, 15 de marzo de 2008. Consultable en el sitio de Internet de la CIDH: [www.cidh.org/demandas/demandasESP2008.htm](http://www.cidh.org/demandas/demandasESP2008.htm)

# Comentario bibliográfico

Michael Ignatieff, *The Rights Revolution*, Canadá, Anansi, 2000, 169 pp. (Second edition, 2007), y *Empire Lite: Nation Building in Bosnia, Kosovo and Afghanistan*, Vintage, 2003, Gran Bretaña, 134 pp.

## Sobre *La revolución de los Derechos Humanos. Otra mirada*

**T**he *Rights Revolution* es un libro que parte de un problema político fundamental en las sociedades contemporáneas, a saber: "¿cómo crear un orden político estable entre personas de diferentes religiones, culturas y clases económicas?"<sup>1</sup> Por ello, busca mantener presente tanto el tema de la cohesión social como el del conflicto en las sociedades contemporáneas, sobre la base de un hilo conductor que es la coexistencia de derechos individuales con derechos colectivos. Cabe decir, que el texto está involucrado fuertemente con el debate multicultural y es expresión de una de las vertientes ideológico-políticas que desafían a las sociedades democráticas y sus fundamentos en condiciones de globalización.

Ignatieff define la *revolución de los derechos* como "una historia de inclusión; de cómo los grupos antes excluidos han obtenido el derecho a la igualdad"<sup>2</sup> Encuentra el origen de esa gestación en los años sesenta, en algunos países industrializados, y adjudica su extensión al desarrollo de las democracias; lo cual no deja de resultar paradójico, ya que muchos de esos derechos también han buscado proteger a ciertos grupos precisamente de los efectos de la democracia.

De esta manera, *La revolución de los derechos* contiene un doble aspecto: por un lado, enaltecer el derecho a ser iguales, y, por el otro, proteger el derecho a ser diferentes. En ese sentido, los derechos humanos y los derechos constitucionalmente garantizados debieran tener una supuesta inmunidad respecto de la mayoría de los otros derechos.

---

<sup>1</sup> Michael Ignatieff, *The Rights Revolution*, Canadá, Anansi, 2000, (2a. ed., 2007) pp. viii. (Las traducciones al español son de los autores.)

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 25.

*La revolución de los Derechos Humanos* es, a final de cuentas, la historia de la inclusión de grupos excluidos a la sociedad de derechos,<sup>3</sup> sin embargo, los Derechos Humanos no siempre conducen a la igualdad, pues su lenguaje igualitario hace más visibles ciertas desigualdades que otras, como, particularmente, las de tipo económico.

El punto de partida del autor es el caso de Canadá, que le sirve para reflexionar sobre los fundamentos comunitarios que pueden derivarse de esta *revolución* y que han conformado un Estado que busca mantener libertad e igualdad entre personas que valoran sus diferencias y que quieren vivir en una comunidad política. En este sentido considera, que mientras todas las democracias modernas protegen los derechos individuales, lo peculiar del sistema canadiense es que busca reconciliar los derechos individuales con los derechos de grupo.

En la sociedad multicultural de hoy, donde se asume que literalmente todo el mundo tiene derecho a pertenecer a la comunidad, se está experimentando —por primera vez— con cierto éxito, una paz étnica relativa (con tremebundas aunque aisladas excepciones), gracias a una igual protección de los derechos.

El reconocimiento de todos como una sola especie no implica ignorar las diferencias, sino que, lo que se comparte como humanos, radica en la capacidad para diferenciar tanto a comunidades como a individuos. Lo que otorga dignidad al ser humano son sus atributos infinitos, que le ofrecen la posibilidad de una identidad específica, desde la manera de vestirse, perfumarse, hasta su habla particular. La igualdad de los Derechos Humanos permite que cada quién pueda diferenciarse a su gusto y elección.

Hay que hacer la distinción, sin embargo, entre los términos de diferencia y desigualdad, mismos que no se sitúan conceptualmente en el mismo plano, pues ambos son de carácter relativo y comparativo; y presuponen la confrontación de elementos entre sí. Por ello, el criterio en el que se basa la comparación no es el mismo en los dos casos, pues existe una relación antinómica. “Así ‘igual’ no se opone a ‘diferente’ sino a ‘jerarquizado’; ‘diferencia’ no se opone a ‘igualdad’ sino a ‘idéntico’, a ‘similitud’”.<sup>4</sup> Se debe prestar atención a los criterios implicados en algunos usos de estos términos y a las articulaciones existentes entre ellos, una vez que “así como la similitud no supone necesariamente igualdad, así las diferencias no son todas generadoras de desigualdades”.<sup>5</sup>

Las diferencias son la base de las diferentes identidades, lo que Isaiah Berlin llamó el “horizonte humano”; aquello que se comparte y que se inscribe en el lenguaje moral de cada quien. “Podemos divergir sobre los fines últimos y los propósitos de la vida humana, pero al final, lo hacemos dentro de un horizonte. Los valores deben estar dentro de ese horizonte humano”.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Utilizamos Derechos Humanos —con mayúsculas— al referirnos al conjunto derechos, doctrina, cultura y filosofía de los derechos humanos; con minúsculas, cuando remite a derechos humanos específicos.

<sup>4</sup> Teresa San Román, *Los muros de la separación. Ensayo sobre alterofobia y filantropía*, Barcelona, Tecnos / Universitat Autònoma de Barcelona, 1996, p. 134.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>6</sup> M. Ignatieff, *op. cit.*, p. 136.

En definitiva, la condición humana, para el orden liberal (Berlin), es un acto de imaginación por el cual se establece el sentimiento de formar parte de una misma comunidad; la creencia en que, a pesar de todas las diferencias, hay algo que une al colectivo de seres humanos y a los ciudadanos portadores de los mismos derechos en un Estado o una comunidad política.

Es importante considerar, por otro lado, la aportación de otro autor multiculturalista (y canadiense), Will Kymlicka, respecto de su idea acerca de la "ciudadanía multicultural" como una contribución decisiva al debate relativo a las tensiones entre igualdad y diferencias; para enunciarlo brevemente, la ciudadanía multicultural se basa —por una parte— en los derechos individuales *qua* ciudadanos, y —por otra— en el reconocimiento mutuo de "derechos grupales diferenciales" por parte de todos los componentes de una sociedad. De esta manera, la concreción específica de estos derechos sólo será factible si, en cada contexto multicultural, los derechos universales se traducen en derechos particulares de determinados grupos. Y el punto de partida, para este diálogo multicultural-liberal, es la negociación del reconocimiento de derechos colectivos por un Estado, sobre la base de la concesión de derechos individuales. Los partícipes de dicho diálogo necesariamente serán las "comunidades" que se consideran portadoras de estos derechos diferenciales.<sup>7</sup>

## Los derechos fundamentales

Por otra parte, la *revolución de derechos*, en el ámbito del derecho internacional, ha desarrollado una importante legislación que ha otorgado personalidad jurídica a los individuos en la defensa de los derechos fundamentales. De esta manera, el Estado en algunas partes del mundo —Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, instaurado en 1953— puede ser demandado por abusos a derechos humanos y, cada vez en mayor medida, se ve presionado por la comunidad internacional para que cumpla sus obligaciones en esta materia, derivadas de la aceptación de tratados importantes como la Carta de las Naciones Unidas, la Convención sobre el Genocidio (1948), la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

De igual manera, se ha forzado a la mayoría de los Estados a prestar, al menos, una atención -aún si retórica- a los valores y a los intereses de pretensión universal. La Organización de Naciones Unidas (ONU) era reacia a criticar a los Estados hasta los años sesenta; esto cambió cuando se comenzó a criticar a Sudáfrica, a Grecia y al bloque de países del socialismo real, sobre todo los del Este europeo. Posteriormente, se han creado los tribunales *ad hoc* para castigar los crímenes de Bosnia y Ruanda, al mismo tiempo que se instituyó el Tribunal Penal Internacional (TPI).

---

<sup>7</sup> Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.

Sin embargo, se observa un hecho preocupante en esta evolución, señala Ignatieff: la excepcionalidad de Estados Unidos, donde se ha extendido la creencia de que ciertos derechos adquieren legitimidad sólo en virtud del consentimiento democrático. Se produce —así— una falta de coherencia entre lo que se promueve hacia fuera del país respecto de lo que se auspicia al interior de los Estados Unidos. Por ejemplo, la pena de muerte viola el artículo 3o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero se sobreentiende que expresa una voluntad democrática inapelable en virtud de un consenso mayoritario al respecto.

Esta situación ha generado, a su vez, una revolución jurídica, así como en el fenómeno del activismo, vinculados ambos a la defensa y a la promoción de los Derechos Humanos, despertando enormes expectativas que contrastan con la situación real y efectiva de los derechos humanos que es decepcionante; pues cuando los fines morales son universales pero los medios son escasos, la decepción resulta inevitable. De esta manera, el activismo sería menos vulnerable a la frustración si se tuvieran presentes en el propio discurso los límites reales y concretos de los derechos humanos.

Esta crisis tiene que ver, también, con una falta de equilibrio al tratar de conciliar los Derechos Humanos con el compromiso con la autodeterminación de los Estados; y, por último, con la reiterada y crónica incapacidad para crear instituciones legítimas capaces de garantizar la paz, el desarrollo y el respeto efectivo a los derechos humanos. Este conjunto de deficiencias han favorecido una crítica a la universalidad de los Derechos Humanos y, en consecuencia, a verlos como una expresión del eurocentrismo e, incluso, del imperialismo.

Resulta obvio que los Estados nunca creyeron que los tratados firmados acabarían constriñendo su conducta soberana. No obstante seguir prevaleciendo la soberanía; sin embargo, los tratados han “reforzado a los testigos y a las víctimas” lo que genera, a su vez, una revolución en el ámbito del activismo. Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) presionan a los Estados para que cumplan aquello que predicán, se ha roto —en parte— el monopolio de los Estados en la conducción de los asuntos internacionales y ha ganado voz la llamada sociedad civil global.

En el orden jurídico transnacional, la soberanía estatal es y será en el futuro menos absoluta, pues varias jurisdicciones superpuestas ya coinciden en la protección de los Derechos Humanos. En la práctica los que suelen recurrir a los Derechos Humanos a nivel internacional son aquellos que no se sienten protegidos en sus respectivos países, donde no tienen derechos como ciudadanos.

En nuestra opinión la reflexión de Ignatieff viene a cuento respecto del caso mexicano; la situación en México sería paradigmática en este sentido, pues los ciudadanos, al no encontrar en el Estado respuestas satisfactorias a la violación de derechos humanos, y, al ser el mismo Estado el que viola cotidianamente estos derechos, tienden a recurrir cada vez con mayor frecuencia a organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Corte para solicitar justicia. De esta manera, los ciudadanos se fijan primero en los derechos en el marco estatal y sólo cuando éstos no son de utilidad o nugatorios es que se remiten a las Convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, que cumplen un papel complementario.



Pero aún queda un espacio importante para los Derechos Humanos y su vocación universalista, que sería el de la protección de las minorías frente a las normas particularistas e injustas de las mayorías étnicas. En este sentido, los Derechos Humanos permiten a toda sociedad, que los pueda necesitar, una fuente de legitimidad jurídica para ejercer el derecho a la desobediencia respecto de órdenes probablemente legales pero carentes de autoridad moral.

Para el resto de los Estados, los Derechos Humanos proporcionan una perspectiva universalista para criticar y revisar las leyes nacionales. Así, los Derechos Humanos expresados en los tratados internacionales ayudan a juzgar los derechos cívicos de las naciones desde una perspectiva con expectativas de universalidad y legitimidad; de ese modo, otorgan argumentos filosóficos y jurídicos respecto del derecho a resistir y rebelarse cuando éstos se vulneran. "Los derechos son usados para justificar actos de poder y resistencia, y, como todo discurso, está abierto a su abuso. Propiamente entendido, son autolimitantes; decir que se tiene derecho a hacer X, es insinuar el derecho de Y a resistir. Decir que se tiene un derecho, es —además— comprometer una justificación, y todas las justificaciones implican la posibilidad de ser refutadas"<sup>8</sup>.

Así, pese a todo —puntualiza Ignatieff—, aún es utópico soñar con una era más allá de la soberanía estatal y lo cierto es que la soberanía constituye la fuente del orden en el sistema internacional. Esto ha sido tradicionalmente polémico cuando, durante mucho tiempo, los Estados eran efectivamente un peligro para los derechos humanos. Actualmente, la principal amenaza para los Derechos Humanos no proviene únicamente de la tiranía, sino también de la anarquía y de la guerra civil. Ante esas circunstancias extremas, pero bastante frecuentes, se puede decir que se redescubre la necesidad del orden estatal dentro del sistema internacional como contrapunto a modos de violencia generalizadas en las sociedades contemporáneas.

Una muestra de lo anterior se puede observar actualmente en el sistema internacional de la Posguerra Fría. Se presenta una situación de fragmentación estatal, particularmente, en tres zonas clave del mundo: los Balcanes, la región de los grandes lagos en África y la frontera islámica sur de la antigua Unión Soviética. En los tres polos se pueden observar procesos de destrucción estatal debidos a las demandas de secesión y a la violación amplia de derechos humanos de grandes sectores de la población.

En estas regiones de guerra civil endémica y ausencia de Estado, la estabilidad importa más que la democracia y los derechos humanos, la estabilidad puede pesar más que la justicia; así, apoyar a ciertos regímenes no es una hipocresía, sino una consecuencia de un conflicto fundamental de principios (el ejemplo del caso kurdo, respetar sus derechos sin crear una zona de guerras civiles perpetuas; o el caso de Timor, respetar su gobierno tiránico para evitar o disminuir la represión masiva).

Ello conlleva a una contradicción dolorosa para muchos políticos y analistas —afirma Ignatieff—, y es que los Derechos Humanos pueden a menudo entrar en conflicto con la soberanía popular, ya que no se puede imponer la democracia a otros, mucho me-

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 52-53.

nos, cuando nada asegura que ésta conlleve la justicia o el respeto a los derechos humanos, generalmente de las minorías.

Otra consecuencia del papel de los Estados en tanto que legisladores de derechos civiles y colectivos es el nacionalismo, señala el autor. Como ya se ha dicho, en opinión de Ignatieff, los Derechos Humanos han acelerado el auge de los nacionalismos porque el reclamo de los derechos (sobre todo colectivos) crean la necesidad de fortalecer el propio gobierno, siendo la secesión una de las soluciones favoritas de los grupos perseguidos.

De esta manera, para evitar el peligro de caer en la matriz intervencionista del imperialismo, Ignatieff propone una especie de prontuario de indicaciones a observar; de ese modo, una intervención debiera respetar las siguientes condiciones: "las víctimas deben solicitar la ayuda, los abusos deben ser notorios y sistemáticos, y deben causar problemas a terceros países, así como flujos de refugiados".<sup>9</sup> De ahí que la finalidad de la intervención no puede ser castigar a nadie, sino proteger a las víctimas. Lo mejor es tener el consentimiento del Consejo de Seguridad de la ONU, pero cuando éste no se produce y la intervención es imperativa y necesaria, se puede recurrir al apoyo de una gran coalición de países. Nada justifica una ocupación militar prolongada cuando las víctimas no tienen garantizada su seguridad.

## Derechos Humanos e intervenciones necesarias

Los Derechos Humanos no son, ni pueden ser, una apología del uso de la fuerza, sino lo contrario. Por eso, sólo en casos muy concretos es posible admitir una "intervención humanitaria", justamente para evitar más violencia y atentados contra la vida de las personas, apunta Ignatieff. Esto querría decir que los intereses nacionales deben equilibrarse con el respeto por los valores, entre ellos y principalmente, los Derechos Humanos. Cuando los valores no condicionan a los intereses, en política exterior la ética se convierte en una contradicción de términos.

Desde el Acta Final de Helsinki de 1975, cuando se permite en el bloque comunista disponer de organizaciones de Derechos Humanos, y, sobre todo, desde la caída del bloque socialista, hay una sola cultura de los Derechos Humanos y más facilidad para la intervención por parte de los países occidentales. Por ello, Ignatieff se pregunta: ¿cuál es el equilibrio que debe observarse entre los Derechos Humanos y la soberanía estatal? Y, en ese sentido: ¿cuándo está justificada una intervención?

En un primer momento, el objetivo de los Derechos Humanos es la mejora de la *Agencia individual*,<sup>10</sup> dice Ignatieff, por lo que hay que respetar la autonomía de los agen-

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>10</sup> La *Agencia Individual* se refiere a la capacidad de los individuos de imponerse metas a sí mismos y alcanzarlas según les convenga. *Ibid.*, p. 23 ("The word 'agency' just means the capacity of individuals to set themselves goals and accomplish them as they see fit").

tes, el deseo de gobernarse a sí mismos, a definir el tipo de vida colectiva que desean llevar, en el supuesto que cumplan con los estándares mínimos necesarios para gozar de los Derechos Humanos. Así, Ignatieff articula su argumento: "La suprema expresión de la agencia humana es la diferencia, la incesante creación de disfraces, afirmaciones, identidades y reclamos, al mismo tiempo individual y colectivamente".<sup>11</sup> Así, por ejemplo: si una religión impone ciertas prácticas machistas y éstas son consentidas por las mujeres, habría que respetarlas.

Y, en un segundo momento, buscar el consentimiento para la actuación intervencionista. Las intervenciones coercitivas sólo pueden justificarse en casos de necesidad estrictamente definidos, en los que la vida humana peligra. Por ello, Ignatieff concluye que "las intervenciones no tienen justificación como castigo, su único propósito es proteger, por lo que deben ser el último recurso".<sup>12</sup>

A este respecto, el autor señala que, desde 1991 se ha esgrimido el derecho a la intervención humanitaria para justificar las intervenciones en Haití, Somalia, Irak, Bosnia y Kosovo. Pero el estatus jurídico de estas intervenciones no está muy claro. La Carta de las Naciones Unidas exige a los Estados el respeto a los Derechos Humanos, pero prohíbe el empleo de la fuerza entre Estados y la interferencia en asuntos internos, algo que sí se deriva de los acuerdos firmados por la comunidad internacional desde 1945, sobre todo para el caso de los países europeos. La Declaración Universal asume de forma explícita que se podrá intervenir en casos de violación flagrante, siempre con el consentimiento del Consejo de Seguridad. De esta forma los principios de la intervención consisten en que ésta no erradica la soberanía, sino que la restaura y que, por tanto, hay que evitar la tentación imperialista.

Se necesitan criterios claros para decidir y en *The Rights Revolution*, al igual que en *Derechos Humanos como política e idolatría*,<sup>13</sup> Ignatieff ha planteado las condiciones necesarias para realizar una intervención, a saber: 1) violaciones graves y sistemáticas, 2) constituir una amenaza para la paz y la seguridad de la región y 3) la intervención militar debe tener una probabilidad aceptable para acabar con las vulneraciones de los derechos; hay, además, en la práctica un cuarto criterio: 4) la región debe ser de interés vital por razones culturales, estratégicas o geopolíticas y las demás potencias no deben oponerse a la intervención.<sup>14</sup>

De esta manera se observan, indica Ignatieff, dos situaciones imprevistas en la protección de Derechos Humanos: en primer lugar, que en ocasiones los valores no coinciden con los intereses (caso ruandés, en el que se llegó tarde al genocidio) y, en segundo lugar, que la separación entre las violaciones a Derechos Humanos domésticas de las que afectan a la seguridad internacional no es fácil de establecer; de lo que se desprende que el costo de aplazar una intervención puede ser impredecible.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>13</sup> Michael Ignatieff, *Los Derechos Humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 65.

La inercia del sistema internacional apunta hacia la no intervención, pero Ignatieff se pregunta si no debiera modificarse ese criterio, si bien considera que la probabilidad de cambiar esta inercia es sumamente baja, tanto como la de modificar el lenguaje sobre intervenciones en la Carta de las Naciones Unidas o el procedimiento del veto en el Consejo de Seguridad. De ahí que considere persistente la obligación de defender los Derechos Humanos del siglo XXI, aún mediante un sistema internacional concebido por los vencedores de 1945; por lo que se debe aceptar que las intervenciones difícilmente lograrán un consenso total, puesto que carecen de una legitimidad absoluta. Por lo tanto, siempre deberán ser limitadas y necesariamente parciales.<sup>15</sup>

En 1999, la intervención en Kosovo provocó el efecto no deseado de más violaciones a los derechos humanos que de no haberse intervenido; es por ello que Ignatieff propone que se debe avanzar hacia una autodeterminación progresiva y no prolongar el protectorado, ya que al final, éste puede acabar menoscabando los principios que dice defender.

Se debe desarrollar un conjunto de criterios para entender qué demandas de secesión deben concluir en independencias y qué otras peticiones pueden ser resueltas a través de la autonomía y la descentralización política. En un Estado no democrático, que niega sistemáticamente sus derechos educativos, lingüísticos y culturales, la secesión e independencia son inevitables. Sin embargo, no se puede premiar una demanda secesionista que utiliza medios terroristas y niega derechos a sus minorías. Es bueno reforzar las organizaciones multilaterales y regionales para que puedan participar las naciones o regiones autónomas, sin necesidad de que tengan que lograr una soberanía de corte estatal.

Los principios de la intervención deben ser la defensa de Derechos Humanos y la estabilidad de los Estados, esenciales para la protección de los individuos. No siempre la opción democrática —sobre todo a corto plazo— asegura la protección de los Derechos Humanos, pues como se ha visto, una mayoría bien puede querer liquidar a una minoría. En muchos casos, el autor se inclina por preferir unas soberanías más permeables, influidas por el exterior, para que las minorías se sientan menos amenazadas. Además, en un afán pedagógico un tanto exagerado, Ignatieff considera necesario promover el constitucionalismo, el equilibrio de poderes, el control judicial de las decisiones ejecutivas y la defensa de los derechos humanos de las minorías. La democracia sin constitucionalismo no sería más que la tiranía de la mayoría étnica.

Finalmente, hay que detener la competencia étnica por el poder para incrementar fuentes socioeconómicas de privilegio, independientes de los Estados. Comprometerse con los Derechos Humanos es promover el desarrollo, construir Estados y para ello la mejor manera de hacerlo es promover la democracia en el mundo.

Estos elementos de reflexión en torno al enfoque global que debe tener la intervención humanitaria guiarán, de alguna manera, el sentido de las obras posteriores de Ignatieff; no obstante, la ruptura generada por los actos terroristas, cuyo paradigma lo cons-

---

<sup>15</sup> M. Ignatieff, *The Rights Revolution*, *op. cit.*, p. 49.

tituyeron los ataques del 11 de septiembre en Estados Unidos, le han impuesto un punto de inflexión radical al discurso de Ignatieff.

### **Empire Lite o un imperio ligero**

En este nuevo contexto resulta imprescindible hacer referencia a las ideas expuestas en uno de sus más recientes libros,<sup>16</sup> *Empire Lite. Nation-Building in Bosnia, Kosovo and Afghanistan*, en el que el autor participa en el debate sobre la compleja relación entre el fenómeno del terrorismo y la doctrina de los Derechos Humanos.<sup>17</sup>

En esos ensayos, Ignatieff advierte un cambio en el contexto global y en el balance entre libertad e igualdad a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York y otros lugares de Estados Unidos; mismos que han obligado a diferentes países a promulgar nuevas legislaciones en esta materia. En el caso de Michael Ignatieff, la reflexión interpelada por el terrorismo lo ha llevado, incluso, a legitimar un *nuevo orden internacional, una nueva forma de imperio*.

Precisamente ha sido la amenaza terrorista, objetivada el 11 de septiembre, la que ha generado una serie de justificaciones a las acciones militares en contra de grupos terroristas, lo cual, no debe —en su caso— justificar las muertes de civiles y el ataque indiscriminado a sus bienes, comienza por señalar Ignatieff. Se debe evitar caer en la trampa que el terrorismo genera, es decir, “provocar a las democracias a tomar acciones represivas que dan al terrorismo una victoria política, pues ellos no pueden esperar ganar por medios militares únicamente”.<sup>18</sup>

### **Sobre el terrorismo y los Derechos Humanos**

Lugar común, pero cierto: los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 constituyen un parteaguas en la forma de pensar la política internacional y la seguridad nacional. Nuevas formas de abordar la democracia, la guerra, las intervenciones militares y el humanitarismo se han planteado en el debate académico y político. Se trata, en consecuencia, de explorar una vía teórica y política que el autor asume como herramienta de trabajo para pensar en la nueva circunstancia: la noción de *imperio* (ligero).

Ignatieff busca justificar la noción del *imperio*, un imperio legitimado en el humanitarismo, pero que sea firme en su propósito de crear un nuevo orden, en un mundo cada vez más inseguro. Ignatieff apoya las invasiones de Afganistán y la —ya inminente (en

---

<sup>16</sup> Ya hemos ensayado comentarios críticos a otros libros de Ignatieff. Ver de Arias y Sánchez, “Los Derechos Humanos como política e idolatría”, *Revista Derechos Humanos México*, núm. 9, México, 2008, pp. 187-202.

<sup>17</sup> El texto se compone por tres ensayos, publicados en la revista *New York Times*, escritos tres meses antes de la invasión a Irak.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. xi.

su momento)— de Irak, aunque mantiene una postura crítica respecto de las formas en que éstas han sido realizadas. No obstante, asume una postura sumamente controversial. Tras el fracaso de la justificación basada en la existencia de supuestas armas de destrucción masiva, el autor legitima la invasión a Irak tanto en la voluntad de los iraquíes por dotarse de una democracia, como en la idea de que los Estados Unidos son la única nación capaz de instaurarla. Ignatieff enfoca, de modo pragmático, el análisis del *imperio* en la influencia que Estados Unidos ejerce como autoridad en tres de las zonas fronterizas internacionales en conflicto: Bosnia, Kosovo y Afganistán. Donde lo que se está gestando, dice, es una nueva forma de tutelaje imperial que llama “construcción de naciones”, bajo una perspectiva propia de la Posguerra Fría, pues considera que “el *imperio* se ha vuelto la condición necesaria para la democracia en los países derrumbados por guerras civiles”.<sup>19</sup>

Así, centra la reflexión en dos conceptos fundamentales, sobre los que recae la única solución posible al problema del desorden mundial: una necesaria “*construcción de Estados*” promovida, a su vez, por un “*imperio ligero*”.

Una comparación entre el imperio romano y el nuevo *imperio* resulta pertinente, aduce Ignatieff: los Estados Unidos, desde Theodore Roosevelt, son el comienzo de una argumentación construida mediante el contraste; sin embargo, considera como diferencia fundamental entre ambos, el que —en la actualidad— los imperios no tienen colonias y no hacen conquistas; y, por su parte, Estados Unidos es un *imperio* sin consciencia de sí, pues desde su formación como Estado independiente ha luchado en contra del imperialismo e incluso ha defendido a las colonias europeas.

En conclusión, a partir de esta premisa, Ignatieff va a desarrollar un argumento acerca de la pertinencia y bondades (también de algunos de sus peligros) de un nuevo orden internacional, cuyo eje articulador habría de ser el de un imperio, si bien un imperio de nuevo tipo, atemperado en sus extremos autoritarios e intervencionistas por el humanismo —la doctrina de los Derechos Humanos— y la democracia.

## Imperio ligero

Ignatieff califica a Estados Unidos como un “*imperio ligero*”, como una “hegemonía sin colonias, una esfera global de influencia sin la carga de una administración directa y los riesgos del patrullaje cotidiano”.<sup>20</sup> Se trata, también, de un *imperio* vulnerable porque el enemigo a combatir no es un Estado determinado, el cual sería susceptible de disuasión, de influencia o de coerción. Los “nuevos bárbaros”, dice Ignatieff, están dispersos en todo el mundo, no son identificables fácilmente y tampoco pueden ser disuadidos o coaccionados. Los nuevos bárbaros han explotado una ideología global —el Islam— que les

---

<sup>19</sup> Michael Ignatieff, *Empire Lite: Nation Building in Bosnia, Kosovo and Afghanistan*, Londres, Vintage, 2003, p. 1.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 2.

permite reclutar indefinidamente adeptos y aliados en todo el mundo; cuentan con la más alta tecnología y con la libre circulación propia del libre mercado, lo cual les permitió llevar esta guerra al corazón del *imperio*, espeta el otrora moderado Ignatieff.

Una de las características que permitieron el ascenso del terrorismo, es que ninguna campaña terrorista tiene éxito a menos de que logre convencer a un amplio grupo de personas que son “ellos” quienes están del lado de los humillados. De ahí que *Al Qaeda* tuviera éxito en hacerse pasar por los representantes de todo el resentimiento de los pobres y oprimidos en el mundo islámico respecto de los Estados Unidos, representante del oprobio de la civilización occidental.

Por estas razones y debido al fracaso de las estructuras provisionales recientes, lideradas por la ONU y la OTAN —con apoyo de las ONG—, es que desde 1991 se ha buscado insistentemente la creación de un nuevo orden internacional, Ignatieff encuentra y descubre en esa línea la necesidad de un *imperio ligero*; pues se requieren medidas mucho más fuertes y efectivas que las que malamente pueden implementar las organizaciones multilaterales existentes.

Asimismo, dado que Europa tiene un poderío militar débil —políticas de desmilitarización durante la posguerra— sólo Estados Unidos puede liderar una nueva guerra contra el terrorismo. Pues mientras los Estados Unidos han mantenido un ejército poderoso y una idea de patriotismo fuerte —obsoleta para las mentalidades de Europa—, los europeos han basado su identidad centralmente en el bienestar social.

De esta manera, es el terrorismo el que otorga su razón de ser al *imperio ligero*, pues lo dota de un objetivo estratégico a largo plazo: la erradicación global del terror. Sin embargo, Ignatieff considera un peligro para todos los imperios el dispersar en exceso sus fuerzas militares, por lo que, señala, deben ser muy cuidadosos en su conducción, pues los imperios que no entienden los límites de sus propias capacidades están destinados a morir; y “una guerra interminable contra el terror incita al imperio a prolongarse, y cuando se alarga, se vuelve vulnerable”.<sup>21</sup>

Queda así esbozado, por parte de Ignatieff, un marco geopolítico en el que Estados Unidos resulta ser la gran potencia militar capaz de hacer frente al terrorismo, aunque “no puede articular un imperio global sin la cooperación diplomática y económica de Europa”.<sup>22</sup> No es un orden —económica y políticamente— transnacional en el que se incluye Estados Unidos, sino que hay un *imperio* articulador, que firma tratados hechos a su medida —vía OMC—, si bien no aquellos, ciertamente, que le coartan su libertad de acción, como ha sido el caso de los relativos a la Corte Penal Internacional o el Tratado de Kyoto.

En *Empire lite* la idea clave con que Ignatieff busca redimir al nuevo *imperio* es la del humanitarismo. Considera que se trata de un mundo democrático donde se respetan los Derechos Humanos; sin embargo, el autor reconoce que, en la práctica, esta idea no es sólo una convicción moral sino también una retórica. Pero lo acepta como el riesgo in-

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 16.

herente a toda labor política, como también acepta, sin asumir las consecuencias teóricas, la fuerte contradicción conceptual que hay entre la misma idea de *imperio* y la de democracia.

En este sentido, las ideas de Ignatieff constituyen un intento de reconciliación de las contradicciones del nuevo imperialismo: Estados Unidos debe llevar el orden al mundo y esto sólo lo hará siguiendo sus intereses, pero debe hacerlo, respetando el derecho al autogobierno, rindiendo cuentas a sus contribuyentes y con un plan de salida de sus intervenciones militares, tales serían las condiciones necesarias inherentes a la democracia que —a su vez— se supone intenta instaurar allende sus fronteras. El sentido pragmático de Ignatieff estalla cuando afirma:

La oposición iraquí nunca se convertirá en una tiranía con una victoria militar americana y británica seguida de una larga ocupación. El pueblo afgano nunca volverá al régimen de los “señores de la guerra” y podrá consolidar su propia forma pacífica de autogobierno sólo mediante una ocupación militar preliminar por fuerzas extranjeras. Para asegurar tales procesos, la única forma posible de *imperio* compatible con la democracia es la de un *imperio* temporal, pero la de un *imperio* a fin de cuentas.<sup>23</sup>

Ignatieff analiza por separado los casos de Bosnia, Kosovo y Afganistán, “los laboratorios en los que está tomando forma el nuevo imperialismo, en los que el poder militar estadounidense, el dinero europeo y el motivo humanitario se combinan para producir una forma de ley imperial en una era post imperial”.<sup>24</sup>

## Construyendo puentes: el caso de Bosnia

La reflexión de Ignatieff acerca de Bosnia, toma a la ciudad de Mostar y a su famoso puente destruido, en la guerra de 1992-1993, como ejemplo paradigmático de la complejidad de la tarea de las fuerzas internacionales. El puente fue edificado bajo el dominio otomano en 1566 y derrumbado en la guerra civil entre la población croata y la población musulmana de Mostar, el 9 de noviembre de 1993.

Tomó 10 años para que los croatas acordaran con los musulmanes que era tiempo de reconstruir el viejo puente. Finalmente, la reconstrucción estuvo en manos de ingenieros franceses, algo que parece indicar que la convivencia entre distintas culturas ha venido de la mano de los imperios.

Para los Reyes y Emperadores franceses, los ingenieros eran tan importantes como lo eran los Sultanes en Constantinopla —recuerda Ignatieff. Luis XIV por ejemplo, tuvo un gran ingeniero, Vauban, quien construyó fuertes y puentes por toda Fran-

---

<sup>23</sup> M. Ignatieff, *op. cit.*, p. 24.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 20.



cia. Napoleón fundó la École des Ponts et Chaussées, para poder construir caminos y puentes por toda Francia a expensas de su imperio.<sup>25</sup>

Sin embargo, la reconciliación no es total. La gente en Bosnia acepta no pelearse por motivos prácticos, no en vano la ayuda a la reconstrucción ha sido de seis billones de dólares. Pero no existe una paz consolidada, una vida política normalizada en la que los criterios étnicos hayan pasado a ser secundarios.

Los líderes surgidos de la nueva democracia provienen de la etapa comunista y de la guerra. El dinero de la reconstrucción acaba, en muchas ocasiones, en manos de las mafias locales. Construir un Estado en Bosnia ya no es sólo lograr la paz o la democracia, sino hacer que funcione el imperio de la ley, por lo que se hace necesario formar a una nueva generación de jueces independientes, fiscales y abogados, plantea Ignatieff.

De esta manera se puede decir que la reconstrucción no ha siquiera comenzado y ya cuenta con algunas cargas simbólicas pesadas. El puente se ha convertido, analiza Ignatieff, en una metáfora, un puente que va "del pasado al futuro, un puente entre croatas y musulmanes, un puente entre internacionales y locales, y un puente entre el mundo Europeo y el musulmán".<sup>26</sup> El problema con toda esta carga metafórica es que la promesa de reconciliación no ha sucedido exactamente, y, aunque la población cruce de un lado al otro del puente siguen viviendo vidas completamente separadas.

De esta manera, a pesar de que la idea que legitima a esta "construcción de naciones" es un componente espiritual, "asistir a antiguos enemigos a reconciliarse, a sanar las heridas y a trascender un doloroso pasado. Eso únicamente brinda el 'encanto moral' a este proyecto imperial".<sup>27</sup>

## **El humanitarismo como imperialismo: el caso de Kosovo**

En Kosovo también ha habido avances importantes pero no definitivos, indica Ignatieff. Se ha parado la limpieza étnica y se han reconstruido escuelas y hospitales, pero las comunidades albano-kosovar y serbia siguen enfrentadas y no se logra consolidar un proyecto de autonomía dentro de la Federación de Serbia y Montenegro; la razón es que nadie en la zona realmente lo desea.

El enviado especial de la ONU a Kosovo, Bernard Kouchner, encarna la transformación que ha sufrido el humanitarismo en las últimas décadas. La figura de Kouchner se convierte en el segundo paradigma de la reflexión de Ignatieff. Fue de los primeros en denunciar la doctrina de la neutralidad y el silencio, que se practicaba en la Cruz Roja, y que consistía en nunca comentar públicamente los crímenes y abusos que sus delega-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 34-35.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 32.

dos presenciaban mientras proporcionaban ayuda; carga histórica atroz, “por ejemplo, lo que llevó a la *Cruz Roja* a no revelar lo que había visto en Auschwitz”<sup>28</sup>

Posteriormente, fundó *Médicos sin Fronteras* justamente para crear una organización humanitaria comprometida políticamente, en donde se denunciaba todo lo que se observaba. Participó en el gobierno socialista de Mitterrand y, finalmente, terminó colaborando con la OTAN para resolver el problema de Kosovo. Asimismo, en contraposición con los humanistas que consideraban que para ser humanitario se debía estar por encima de políticas nacionales y de los intereses de Estado; Kourchner argumentaba que estos “intentos de desinfectar el humanitarismo de la política y el poder del Estado eran una mera ilusión, pues la mayoría de las organizaciones humanitarias dependían de los fondos del Estado para sobrevivir y, por mucho que buscaban preservar su espacio autónomo, no podían evitar servir, cuando menos, a algunos de los intereses de sus donantes”<sup>29</sup>

Por su parte, durante su participación en el gobierno de Mitterrand, recuerda Ignatieff, promovió el “derecho de injerencia” en asuntos internacionales, pues consideraba que existían situaciones de “crisis humanitarias” en las que los propios Estados oprimían a sus ciudadanos y que sólo podían ser resueltas por el ejercicio decisivo del poder Estatal.

Ejemplo de ello fue la persecución, en 1991, de Saddam Hussein a los kurdos en las montañas del norte de Irak, en las que mató a cuantos pudo con helicópteros de combate y guerra bacteriológica. Ante este crimen, se crearon refugios de civiles para evadir las consecuencias de los bombardeos y del combate aéreo, implementados por los aliados. Sin embargo, también el recurso de los refugios civiles ha demostrado su debilidad, pues la *intervención humanitaria* no significa el cese del fuego y con ello no se ha podido prevenir la limpieza étnica o los bombardeos a civiles.

Ignatieff opina que un exceso de corrección política impide a la ONU obtener mejores resultados; la prueba se deja ver en el hecho fundamental de no haber evitado la división étnica de la región. Una de las causas es que las mismas tropas francesas al proteger a Mitrovica y no ocupar todo el territorio, como lo permitía el mandato de la ONU, han propiciado y tolerado los crímenes. Asimismo, la colaboración de líderes locales resulta la mayoría de las veces infructuosa; pues cuanto más afinidad tienen los políticos locales con la ONU, menos credibilidad interna generan y más difícil resulta poner en práctica los acuerdos a los que se llega.

A pesar de ello, Ignatieff considera que la *construcción de naciones* en Kosovo ha tenido algunos éxitos que celebrar, pues muchas personas han podido regresar a sus hogares, se ha creado un mínimo marco macroeconómico y un sistema de justicia incipiente.

En realidad, se intenta mantener la apariencia de que existe un autogobierno, pero la realidad es que Kosovo constituye un protectorado internacional para garantizar la seguridad en los Balcanes; de ahí que este proceso ilustre las contradicciones de la era

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 56-57.

posimperial, que quiere hacer el bien en lugares lejanos sin asumir las cargas de un imperio permanente.<sup>30</sup>

### Construcción *lite* de naciones: el caso de Afganistán

Afganistán es el último referente paradigmático utilizado por Ignatieff. En ese país, el objetivo ha sido construir un Estado suficientemente fuerte para evitar el regreso de los talibanes y *Al-Qaeda*. Esto supone una operación a largo plazo muy costosa, que en Washington no tiene mucho predicamento, pues algunos senadores han advertido que no se logrará a menos que el ejército, de 4,500 tropas, que patrulla en Kabul, se extienda a otras ciudades como Mazar. Por el momento, el poder de coacción militar que Estados Unidos ejerce se basa únicamente en la aviación.

Es en la ciudad de Mazar en donde los estadounidenses han estado llevando a cabo lo que pareciera ser una *construcción de naciones*, "llevando paz a una ciudad que la mayoría de los americanos no habrían podido encontrar en un mapa hace un año".<sup>31</sup> Sin embargo, las fuerzas especiales no son "hermanas de la caridad" —reflexiona Ignatieff— sino un destacamento imperial, que expande el poder americano hacia sus intereses en Asia Central.

Mazar ilustra muy bien el vacío de poder que hay en un país permanentemente en guerra; pues ahí los "señores de la guerra" como Dostum o Atta se han adueñado del territorio. Tienen armas modernas, estaciones de televisión, son líderes de clanes que recaudan tributos y hasta construyen escuelas. Ignatieff considera, que podrían ser claramente los futuros líderes de un Estado moderno, y nos recuerda que en todos los países, la construcción del Estado ha sido un proceso lento.

A pesar de ello, la estrategia de fortalecer a los señores de la guerra para derrocar a *Al-Qaeda*, por parte de los norteamericanos o los acuerdos del presidente Karzai con algunos de ellos, nunca van a tener buenos resultados. Los "señores de la guerra" representan un obstáculo a la construcción del Estado, pues, por un lado, no respetan los Derechos Humanos, y, por el otro, no parece que vayan a acceder nunca a abandonar las armas, con lo que el monopolio de la violencia que garantiza el orden nacional se hace imposible. Es así como "los señores de la guerra no amenazan la cohesión de Afganistán como nación, sino que amenazan su existencia como Estado".<sup>32</sup>

En Bosnia se logró en seis años desactivar los ejércitos serbio, croata y musulmán, y los militares se pasaron a la política. En Afganistán, de momento, una buena estrategia, si bien secundaria y de carácter complementario, es apostar por las comunidades locales que, bajo el liderazgo de las mujeres —muchas de ellas maestras a las que el régimen

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 83.

talibán prohibió trabajar—, llevan a cabo iniciativas cívicas, solicitando en algunos casos ayuda directa al Banco Mundial. Importante, pero a todas luces insuficiente.

De esta manera, la necesidad de resultados rápidos y de una estrategia de salida, perjudica la construcción del Estado afgano porque si los poderosos nacionales saben que el poder americano es algo transitorio, seguirán luchando entre ellos para estar en la mejor situación posible cuando se produzca la esperada retirada.

La contradicción entre la exigencia democrática y los objetivos perseguidos se vive en cada capítulo de la reconstrucción. Por un lado, los donantes no confían en que un gobierno afgano administre bien el dinero; y, por el otro, los fondos, para escapar de la corrupción acaban financiando a las organizaciones humanitarias de los países donantes, con lo que no se constituye un Estado nacional que sirva a su gente y que de esta manera se legitime y consolide.

Tampoco funciona limitar el uso de la fuerza para no caer en un imperialismo “duro”: “La autoridad se basa en el miedo tanto como en la fuerza”.<sup>33</sup> Los británicos consiguieron mandar sobre vastos territorios africanos, con pocos medios, pero manejando bien el miedo; Estados Unidos lo hace a través de la fuerza aérea. Y es legítimo que lo haga siempre que sea preciso en su uso y no bombardee objetivos civiles.

En definitiva, la tarea de construcción de un Estado en Afganistán parece más complicada que en los Balcanes. También el establecimiento de una cultura de respeto a la ley y de separación de poderes es la condición necesaria para el desarrollo de la democracia en ese país.

Los tres casos analizados describen una nueva forma de ejercicio imperial, aunque estas zonas no vayan a ser ocupadas a perpetuidad. Bosnia y Afganistán son ya supuestamente Estados independientes y Kosovo está siendo preparado para un futuro independiente también, planteaba Ignatieff.<sup>34</sup> Sin embargo, los tres necesitarán de ayuda por mucho más tiempo, dado que su supervivencia depende de tropas extranjeras, de ayuda internacional y de la protección diplomática de las grandes potencias.

La empresa de “construcción de naciones” ha buscado generar orden en esas tres zonas; orden que es necesario para garantizar la seguridad de las grandes potencias. “Es imperial pues, finalmente, mientras el poder nominal puede ser devuelto a las capitales locales —Kabul, Sarajevo y Pristina— el poder real continuará siendo ejercido desde Londres, Washington y París”.<sup>35</sup>

Los Derechos Humanos han servido como justificación moral a estas intervenciones. En los casos de Kosovo y Bosnia, se argumentaba que las tropas eran enviadas no sólo para reinstaurar el orden, sino para proteger a la gente de la limpieza étnica y de las masacres. En el caso de Afganistán, los Derechos Humanos jugaron un papel secundario, pues si bien la intervención mejoró la condición de las mujeres afganas, no se puede decir que éste era el motivo principal de la intervención norteamericana.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>34</sup> De hecho, la independencia de Kosovo fue decretada el 17 de febrero de este año, 2008.

<sup>35</sup> M. Ignatieff, *op. cit.*, p. 109.

El nuevo *imperio* pretende servir a una causa moral universal. Pero si Estados Unidos fuera consistente con esta idea debería mandar *marines* a todos aquellos lugares en los que el caos impide el ejercicio de los derechos humanos, algo evidentemente imposible —Chechenia, partes de la Asia central, China, por ejemplo-. Sólo lo hace en aquellos casos en los que tiene intereses estratégicos y en los que no entra en conflicto con otras potencias. Sin embargo, Ignatieff considera que la imposibilidad de llevar a cabo una idea o su realización derivada de otros intereses ajenos a ella no invalida la idea misma.<sup>36</sup>

El ejercicio del *imperio* con fines democráticos es también un ejercicio contradictorio. Una democracia no puede regirse por extranjeros. “Manejar esta contradicción es el arte del *imperio* moderno; hay que construir instituciones por el bien de la gente sin confiscar su capacidad de decisión, forzarlos a adquirir responsabilidades sin abandonarlos a los demonios del pasado”.<sup>37</sup> Estas líneas de Ignatieff constituyen, sin duda, la evidencia de una actitud política y moral propia de un paternalismo político de nuevo cuño, una suerte de despotismo ilustrado moderno en trance de justificar un *imperio*, que tal como se formula aquí, parece una copia demasiado parecida de todos los viejos colonialismos europeos y cuya liberación —contradictoriamente— ha sido, a juicio del autor, uno de los valores propios de los Estados Unidos.

La premisa moral del antiimperialismo no es incorrecta, dice Ignatieff, pero “la historia no es un relato moral”.<sup>38</sup> El *imperio* es necesario desde el momento en que la descolonización y la liberación del yugo europeo no se han traducido en más desarrollo y libertad. El derrumbe del bloque soviético ha llevado al caos a un gran número de países. Durante 30 años las potencias se basaron en las políticas desarrollistas sin querer ver la corrupción que éstas provocaban, posteriormente “el mercado” se erigió como la solución que hoy se aprecia de altísimos costos sociales y culturales.

El mercado por sí sólo no “crea” orden, más bien “requiere” orden para poder funcionar,<sup>39</sup> reclama sin pudor Ignatieff; y el único elemento en el que se puede confiar —insiste— para obtener orden es el Estado, garante de la seguridad y del imperio de la ley. Las formas autoritarias de Estado son a largo plazo inestables, sólo las que cuentan con el apoyo del pueblo y respetan los Derechos Humanos garantizan un desarrollo en paz y dan seguridad a la comunidad internacional, añade Ignatieff, tratando de paliar la rudeza autoritaria y —al final— conservadora de su argumento pro imperial.

Así pues, en el orden de estos argumentos paliativos aunque no esenciales, Ignatieff exige un mayor compromiso de las potencias en la construcción de naciones democráticas, porque hacerlo a medias y fracasar significa traicionar la confianza de los pueblos, lo que genera resentimiento y más inseguridad. A diferencia de quienes invocando el humanitarismo y la promoción democrática justifican el apoyo a regímenes de todo tipo, Ignatieff piensa que sólo el apoyo a las democracias puede garantizar la seguridad de un país; y más allá del día a día, apuesta por una estrategia imperial a largo plazo fuerte y efectiva.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 124.

## Conclusiones y epílogo

La ideas de Michael Ignatieff, en el libro *Sobre la revolución de los Derechos Humanos*, queda marcado —para bien y para mal— por ser un texto cuyo objetivo primordial resulta ser el de un posicionamiento político del autor en su tránsito personal de intelectual a político. Así, el libro se refiere a un abanico de temas de actualidad política, principalmente tópicos de política internacional que, sin embargo, resultan de interés para el público —y el electorado— canadiense. Se trata, en consecuencia, de una obra redactada para establecer posturas políticas y no es un trabajo preocupado por la indagación o la innovación teóricas.

Este libro, realiza una revisión panorámica de temas, tratados con erudición aunque con velocidad argumentativa; por ende, con una relativa superficialidad. No obstante, la búsqueda de un mensaje de posiciones políticas claras, ubicadas en un lugar preciso —un nicho político no convencional para un político no convencional (un reconocido filósofo y académico)— del espectro político, a caballo entre el liberalismo y el centro izquierda, le exige al autor un bien logrado esfuerzo de clarificación y síntesis altamente apreciable. El texto resulta de utilidad, sobre todo para quienes se asoman a estos tópicos de modo inicial, puesto que realiza un recorrido que apunta a la mayoría de los temas que el debate multicultural y la doctrina de los Derechos Humanos han incidido y problematizado en los últimos años.

Por otra parte, en *Empire lite*, *Nation building*, el *imperio* y terrorismo resultan ser las dos caras de una misma moneda. El *imperio* es necesario para contener al terrorismo. Algunos analistas opinan que es el *imperio* el que estimula al terrorismo, contrariamente a Ignatieff que establece una clara dicotomía orden-desorden, en la que Estados Unidos tiene el papel de evitar las corrientes entrópicas mundiales. El profesor de Harvard, devenido en aspirante a político profesional, sostiene que la situación actual del mundo, en el que existe una única potencia, con una hegemonía militar indiscutida, no tiene precedente desde la era de los últimos emperadores romanos. La diferencia es que a los romanos no les inquietaba sentirse un imperio mientras que los norteamericanos insisten en creer lo contrario.

Sin embargo, el 11 de septiembre fue sentido en Estados Unidos como una sacudida similar a la que sufrieron los romanos cuando Roma fue saqueada por primera vez, especula el filósofo repentinamente historiador. Se tuvo la conciencia de la amenaza de los bárbaros. La moral oficial de *imperio*, los derechos humanos, nos impide usar el término “bárbaro” para referirnos a la población de las zonas más conflictivas de Afganistán, Somalia, Yemen o África Occidental, lo que no arredra a nuestro autor. Ignatieff se decide, pese a ello, a hablar de los “nuevos bárbaros” argumentando que en estos países la noción de Derechos Humanos no existe, las élites locales son corruptas e ineficaces, los conflictos religiosos son sangrientos. En los países donde la herencia colonial es débil, el escenario está preparado para caer en un estado que no es otro que el de la barbarie.

El colapso de las instituciones estatales se ha visto exacerbado por la urbanización imparable, hay un crecimiento de barriadas de gente desempleada que contempla en la

televisión la prosperidad de la globalización. Es por ello, que ahí donde el Estado no provee los servicios básicos a la gente más pobre, los grupos religiosos radicales se expanden, financiando escuelas islámicas, hospitales, orfanatos, en otras palabras, una protección que reciben los pobres a cambio del adoctrinamiento en el odio, abunda Ignatieff. Hay pues, que intervenir ahí donde se fragua la inseguridad mundial, en las zonas explosivas como Afganistán, Pakistán o Irak, concluye.

La opción no puede consistir, dice Ignatieff, en privilegiar la estabilidad por encima de todo, aunque sea en detrimento de la democracia; resulta mejor apoyar un régimen autoritario sólido, decente y anticorrumpo —Pakistán— que puede contener al extremismo religioso, que una democracia corrupta cuya supervivencia consista en apaciguar a los partidos religiosos. Para Ignatieff privilegiar la estabilidad por encima de la democracia fue justamente el rasgo básico de la política exterior norteamericana durante la Guerra Fría. En un primer momento esta estrategia puede funcionar, pero a largo plazo las democracias tienden a ser más estables.

Ignatieff critica la idea pesimista sobre la democracia y pone como ejemplos exitosos de procesos democratizadores a Polonia, la República Checa, los Estados bálticos y Sudáfrica. El *imperio* de Ignatieff es un *imperio* que debe propagar la democracia en el mundo. Y lo debe hacer según sus posibilidades. El debate sobre si Estados Unidos debe ser más o menos multilateral es, desde el 11 de septiembre, arcaico, nos dice el autor. Estados Unidos va a ser unilateral cuando quiera, multilateral cuando se vea obligado, en un mundo con una división del trabajo instaurada en la que Estados Unidos realiza los ataques fuertes y Europa ejerce de policía estabilizadora en las zonas fronteras.

Ignatieff concluye con la idea de que la *némesis* del imperio es, no solamente el nacionalismo, sino el narcisismo: “la incorregible auto-satisfacción de las élites imperiales, su creencia de que todos los pueblos del mundo aspiran nada más y nada menos que a ser una versión de ellos mismos”<sup>40</sup>

El texto de Ignatieff resulta en un alegato bastante inconsistente en pro del nuevo imperialismo estadounidense; su recurso de fundamentación por la vía de la utilización de la doctrina de los Derechos Humanos resulta no sólo débil, sino incongruente; deja traslucir el proceso de transmutación oportunista del otrora promisorio intelectual y académico en aprendiz de político, cuya imagen pública intenta rescatar la apariencia del académico jugando los temas al alza de una opinión pública autocensurada y —eventualmente— reprimida.

J. ALÁN ARIAS MARÍN

Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

ÚRSULA SÁNCHEZ SOLANO

Asistente de investigación del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 121.





# *Nuevas adquisiciones*

## Centro de Documentación y Biblioteca Libros (mayo-julio)

- ACEVES, Willian J., *The Anatomy of Torture. A Documentary History of Filartiga v. Pena Irela*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2007], xxiii, 793 pp.  
364.67 / A174a / 24961
- ALBERT, Hans, *La ciencia del derecho como ciencia real*. [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 108 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 101)  
340.1 / A334c / 24850
- ANDÍA PÉREZ, Bethsabé, Arlette Beltrán Barco, Raquel Coello Cremades [y otros], *Hacia la transparencia y la gobernabilidad con equidad: presupuestos sensibles al género en la Región Andina*. [Ecuador], UNIFEM, [2004], 399 pp.; il.  
305.43 / A566h / 840
- Aprender de la experiencia. El capital social en la superación de la pobreza*. Santiago de Chile, Naciones Unidas, CEPAL, Cooperazione Italiana, 2005, 228 pp. : cuad., (Libros de la CEPAL; 86)  
362.5 / A658 / 3613
- AROLD, Nina-Louisa, *The Legal Culture of the European Court on of Human Rights*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, ix, 211 pp., (The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library; 29)  
341.481 / A816l / 24963
- AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La regulación internacional del agua dulce. Práctica española*. [Navarra], CEU. Universidad Cardenal Herrera, Aquagest Levante, Thomson, Aranzadi, [2008], 354 pp., (Colección Monografías Aranzadi; 501)  
628.16 / A922r / 24977

- ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 155 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 91)  
347.013 / A882c / 24842
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*. [México], Distribuciones Fontamara, [2005], 174 pp., (Cátedra Ernesto Garzón Valdés; 2003)  
340.11 / A882d / 24899
- ATIENZA, Manuel, *Marxismo y filosofía del derecho*. [México], Distribuciones Fontamara, [2004], 192 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 23)  
340.1 / A882m / 24830
- AZAOLA, Elena, *Imagen y autoimagen de la policía de la Ciudad de México*. [México], Ediciones Coyoacán, Secretaría de Seguridad Pública del Gobierno del Distrito Federal, CIESAS, FLASUD, [2006], 168 pp., (Alter Libros; 3)  
363.2 / A992i / 24926
- BACHMAIER WINTER, Lorena, *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 198 pp., (Colección Monografías Aranzadi; 541)  
347.014 / B128i / 24971
- BARBERIS, Mauro, *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*. [México], Distribuciones Fontamara, [2006], 134 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 98)  
340.1 / B216h / 24847
- BARTLETT, Peter, Oliver Lewis y Oliver Thorold, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*. Leiden, Arts Humanities Research Council, Martinus Nijhoff Publishers, [2007], xlv, 377 pp., (International Studies in Human Rights; 90)  
362.4 / B278m / 24959
- BELLO, Álvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La lección colectiva de los pueblos indígenas*. Santiago de Chile, Naciones Unidas, CEPAL, 2004, 222 pp. : cuad., (Libros de la CEPAL; 79)  
323.11 / B456e / 5619
- BERUMEN, Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*. [México], Ediciones Coyoacán, [2008], 227 pp., (Derecho y Sociedad; 18)  
340.1 / B582t / 24919
- BITENSKY, Susan H., *Corporal Punishment of Children: A Human Rights Violation*. [Ardsey], Transnational Publishers, [2006], xxvi, 398 pp.  
362.71 / B674c / 24953

- BONANATE, Luigi, *El terrorismo como perspectiva simbólica*. [México], Ediciones Coyoacán, [2008], 99 pp., (Filosofía y Cultura Contemporánea; 44)  
303.62 / B778t / 24915
- CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 531 pp. : graf., (Colección Monografías Aranzadi; 527)  
342.066 / C252m / 24976
- CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, [2005], 266 pp., (Serie Doctrina Jurídica; 247)  
323.4 / C252u / 24938
- CARRILLO, Jorge y Claudia Schatan, *El medio ambiente y la maquila en México: un problema ineludible*. México, Naciones Unidas, CEPAL, Sede Subregional de la CEPAL en México, 2005, 318 pp. : cuad., graf., (Libros de la CEPAL; 83)  
331.76 / C282m / 10113
- CARRILLO, Marc, *El derecho a no ser molestado (información y vida privada)*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2003], 172 pp., (Colección Divulgación Jurídica)  
323.448 / C282d / 24939
- CASAS, Bartolomé de las, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. [México], Distribuciones Fontamara, [2005], 198 pp., (Colección Argumentos; 21)  
970.01 / C296b / 24890
- CELANO, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*. [México], Distribuciones Fontamara, [2009], 119 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 78)  
340.1 / C384d / 24832
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, Julián Valero Torrijos e Ignacio Villaverde Menéndez, *La administración y la información = L'administració i la Informació*. Madrid, Agència Catalana de Protecció de Dades, Marcial Pons, 2007, 96, 94 pp.  
323.448 / C422a / 25001
- Children's Health and Children's Rights*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2006], viii, 337 pp.  
323.4054 / F796ch / 24942
- COHEN, Ernesto y Rolando Franco, *Gestión social. Cómo lograr eficiencia e impacto en las políticas sociales*. [México], CEPAL, Siglo XXI Editores, [2005], 316 pp. : graf., diag.  
361.6098 / C574g / 7409

*Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe. Síntesis.* [Santiago de Chile], Naciones Unidas, CEPAL, Agencia Española de Cooperación Internacional, Secretaría General Iberoamericana, [2007], 77 pp. : graf.

302.3 / C574 / 14291

COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho.* [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 149 pp., (Cátedra Ernesto Garzón Valdés; 2006)

342.02 / C626c / 24900

CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (30.: 1985 : 4 al 8 de noviembre, México), *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, 2 vols., (Serie G: Estudios Doctrinales; 103 (I), 105 (II))

342.0206 / C658m / 5018-19

CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES MIGRANTES (2006 : 24-25 de abril, México), *Memoria del Congreso Internacional sobre los Derechos Humanos de las Mujeres Migrantes: acciones para su protección.* México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), [2006], 515 pp. : graf., map

305.4 / C658m / 1573

CORREAS, Óscar, coord., *Derecho indígena mexicano.* [México], UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Ediciones Coyoacán, [2007], 344 pp., (Derecho y Sociedad; 17)

323.11 / C734d / 24918

CORREAS, Óscar, *Pluralismo jurídico. Otros horizontes.* [México], UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Ediciones Coyoacán, [2007], 324 pp., (Derecho y Sociedad; 19)

323.11 / C734d / 24920

CRAIG, Ronald, *Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality.* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2007], xii, 327 pp., (International Studies in Human Rights; 91)

305 / C796s / 24960

DAVID, Paulo, *Article 31. The Right to Leisure, Play and Culture.* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 33 pp.

323.4054 / D232a / 24949

- DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*. [Navarra], Thomson, Civitas, [2008], 102 pp., (Cuadernos Civitas) 340.112 / D716e / 24969
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*. 3a. ed., [Navarra], Thomson, Civitas, [2008], 597 pp. 323.4 / D716s / 24980
- DOEK, Jaap E., *Article 8. The Right to Preservation of Identity. Article 9. The Right Not to Be Separated From His or Her Parents*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 31 pp. 323.4054 / D816a / 24945
- DUGUIT, León, *El pragmatismo jurídico*. [México], Ediciones Coyoacán, [2008], 116 pp., (Derecho y Sociedad; 28) 340.1 / D954p / 24923
- EENENSTEIN, William, *La teoría pura del derecho*. [México], Ediciones Coyoacán, [2004], 241 pp., (Diálogo Abierto. Derecho; 80) 340.1 / E12t / 24907
- EIDE, Asbjørn y Wenche Barth Eide, *Article 24. The Right to Health*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, xii, 51 pp. 323.4054 / E33a / 24944
- EIDE, Asbjørn y Wenche Barth Eide, *Article 27. The Right to an Adequate Standard of Living*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, xii, 49 pp. 323.4054 / E33a / 24943
- ENCUENTRO REGIONAL DE MUJERES LÍDERES (2006: 25 al 27 de abril, Heredia C. R.), *Los desafíos del desarrollo y la integración de Centroamérica desde la perspectiva de las mujeres: memoria*. Costa Rica, FLACSO, [2006], 271 pp.; il.: graf. 305.43728 / E56d / 6954
- ENDICOTT, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del derecho*. [México], Distribuciones Fontamara, [2004], 133 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 97) 340.1 / E57p / 24846
- ENRÍQUEZ ROSAS, Rocío, coord., *Los rostros de la pobreza*. [Guadalajara, México], ITESO, Universidad Jesuita de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Universidad Loyola del Pacífico, Centro de Estudios Ayuuk, Universidad Indígena Intercultural Ayuuk, [2008], 334 pp. 362.5 / E66r / 24936
- ESPINOSA G., Isolda, *Las metas del milenio y la igualdad de género. El caso de Guatemala*. Santiago de Chile, Naciones Unidas, CEPAL, Unidad Mujer y Desarrollo, UNIFEM, 2005, 80 pp. : cuad., graf., (Serie Mujer y Desarrollo; 74) 305.49 / E88m / 24866

- FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Challenges for Human Rights*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2007], xiv, 137 pp., (Nijhoff Law Specials)  
323.4 / F166ch / 24941
- FANLO, Isabel, comp., *Derecho de los niños. Una contribución teórica*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 214 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 90)  
323.4054 / F192d / 24841
- FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 301 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 88)  
340.1 / F392e / 24839
- FERRERES, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 127 pp., (Cátedra Ernesto Garzón Valdés; 2007)  
342.02 / F394c / 24901
- FRANCO, Rolando y Jorge Lanzaro, coords., *Políticas y políticas públicas en los procesos de reforma de América Latina*. [Argentina], Naciones Unidas, CEPAL, Flacso, Ministère des Affaires Étrangères, Miño y Dávila Editores, [2006], 448 pp. : graf.  
320.6 / F758p / 12325
- FREEMAN, Michael, *Article 3. The Best Interests of the Child*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 79 pp.  
323.4054 / F796a / 24947
- FISS, Owen, *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 120 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 105)  
325.1 / F516u / 24853
- FONDO DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER, *El progreso de las mujeres en el mundo 2005: mujeres, trabajo y pobreza*. [Nueva York], Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, [2005], 112 pp. : tab., fot.  
305.42 / F656p / 24878
- FONDO DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER, *Imaginemos una vida sin violencia: estrategias de comunicación y de los medios para terminar con la violencia contra las mujeres*. [Nueva York, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, Media/Materials Cleringhouse del Centro de Programas de la Comunicación de la Universidad Johns Hopkins, 2001], 77 pp.: fot.  
303.62 / F656i / 24875

FONDO DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER, *Las mujeres en la conquista de la paz. Guatemala, El Salvador, Nicaragua*. [México], Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, [2005], 108 pp.: fot.  
305.4 / F656m / 24872

FONDO DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER, *Manual para jóvenes HIV y SIDA, derechos humanos y género*. [México, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, UNESCO, ONUSIDA, 2007], 83 pp. : il.  
612.11822 / F656m / 24885

FONDO DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER, *Perfil de género de la economía del Istmo Centroamericano*. [México, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2006], 43 pp.  
331.48 / F656p / 24870-71

*The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2006], 471 pp.  
341 / F976 / 24965

GAMMAGE, Sara y John Schmitt, *Los inmigrantes mexicanos, salvadoreños y dominicanos en el mercado laboral estadounidense: las brechas de género en los años 1990 y 2000*. México, Naciones Unidas. CEPAL, Unidad de Desarrollo social, 2004, 98 pp., (Serie Estudios y Perspectivas; 20)  
325.1 / G192i / 24867

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Importancia de la teoría jurídica pura*. [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 42 pp., (Colección Argumentos; 59)  
340.1 / G248i / 24896

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*. [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 177 pp., (Colección Argumentos; 62)  
340.1 / G248l / 24897

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, comp., *Derecho y filosofía*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 216p., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 18)  
340.1 / G296d / 24828

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, comp., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. 3a. ed., [México], Distribuciones Fontamara, [1999], 129 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 21)  
320.5 / G296c / 24829

- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 448 pp., (Colección Monografías Aranzadi; 531)  
342.066 / G312i / 24974
- Genomics and Public Health. Legal and Socio-Ethical Perspectives*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2007], 329 pp.  
573.2 / G412 / 24954
- GILBERT, Jérémie, *Indigenous Peoples' Land Rights Under International: Law from Victims to Actors*. [Ardslley], Transnational Publishers, [2006], xxiii, 327p.  
323.11 / G476i / 24957
- GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro, *Un mundo sin cárceles es posible*. [México], FLASUD, Ediciones Coyoacán, [2008], 156 pp., (Alter Libros; 8)  
365.3 / G582u / 24928
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *La Unión Europea en sus documentos*. Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 1167 pp., (Colección Textos y Documentos)  
340.094 / G582u / 24940
- GONZÁLEZ, Daniel, *G. H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 100 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 87)  
340.1 / G614g / 24838
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y Ladislao Adrián Reyes Barragán, *Educación y derecho. La administración de justicia del menor en México*. [México], Distribuciones Fontamara, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, [2005], 212 pp., (Colección Argumentos; 4)  
346.013 / G614e / 24889
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y Ladislao Adrián Reyes Barragán, *Metodología jurídica epistémica*. [México], Distribuciones Fontamara, [2006], 229 pp., (Colección Argumentos; 49)  
340.1 / G614m / 24895
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y Ladislao Adrián Reyes Barragán, *Técnica, ciencia y epistemología legislativas*. [México], Congreso del Estado de Morelos. XLIX Legislatura, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Distribuciones Fontamara, [2006], 249 pp., (Colección Argumentos; 42)  
340.1 / G614t / 24894
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos, *La incidencia de los acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales en la jurisprudencia de*



- derecho eclesiástico del Tribunal Constitucional*. [Navarra], Thomson, Civitas, [2008], 141 pp., (Monografías) 261.72 / G614i / 24972
- GUARINONI, Ricardo, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 100p., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 106) 340.11 / G862a / 24854
- GUIMELLI, Christian, *El pensamiento social*. [México], UNAM, Facultad de Psicología, Ediciones Coyoacán, [2004], 131 pp., (Filosofía y Cultura Contemporánea; 22) 300 / G936p / 24916
- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Griselda, *Democracia posible: el diseño político de Max Weber*. [México], Ediciones Coyoacán, [1994], 244 pp., (Dialogo Abierto. Política; 18) 320.1 / G974d / 24903
- HERRÁN SALVATTI, Mariano *et al.*, coords., *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción con fundamento en la Convención de Palermo*. [México], Fiscalía General del Estado, Ediciones Coyoacán, [2007], 562 pp., (Derecho y Sociedad; 25) 364.106 / H44a / 24922
- Human Rights Law: from Dissemination to Application. Essays in Honour of Göran Melander*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, x, 394 pp., (The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library; 26) 341.48107 / H93 / 24955
- Human Rights Protection in the Field*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 424 pp., (International Studies in Human Rights; 87) 341.481 / H93 / 24956
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Los 'hechos' en la sentencia penal*. [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 223 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 99) 347.014 / I14h / 24848
- INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE, *Women, Girls, Boys and Men Different Needs - Equal Opportunities*. [s.l.], Inter-Agency Standing Committee, Gender Handbook in Humanitarian Action, 2006, 112 pp.: fot. 305.4 / I61w / 24873-74
- IOWA. ESTADOS UNIDOS. STATE OF IOWA CITIZENS' AIDE/OMBUDSMAN, *Annual Report 2007*. Des Moines, Iowa, [Office of the Citizens Aide/Ombudsman], 2008, 19 pp.: graf., fot. 350.91777 / I65a / 2007 / 24982

- JIMENA QUESADA, Luis, *Dignidad humana y justicia universal en España*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 253 pp., (The Global Law Collection Legal Studies Series)  
323.4 / J53d / 24968
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, 221 pp., (Manuales Universitarios)  
342.02946 / J53c / 25008
- JOINT UNITED NATIONS PROGRAMME ON HIV/AIDS, *Keeping the Promise: An Agenda for Action on Women and AIDS*. [s.l., The Global Coalition on Women and AIDS, s.a.], 29 pp.  
612.11822 / J67k / 24868-69
- Los jóvenes y el empleo en América Latina. Desafíos y perspectivas ante el nuevo escenario laboral*. [Colombia], CEPAL, Mayol Ediciones, GTZ, [2006], xxiii, 302 pp. : cuad., graf.  
331.34 / J76 / 3113
- KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. [México], Ediciones Coyoacán, [2007], 124 pp., (Derecho y Sociedad; 13)  
341.37 / K36c / 24917
- KELSEN, Hans, *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*. [México], Distribuciones Fontamara, [2004], 180 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 81)  
340.1 / K36e / 24834
- KLOT, Jennifer, Nathalie Holvoet y Elizabeth Villagomez, coords., *Gender Budget Initiatives: Strategies, Concepts and Experiences*. Nueva York, [UNIFEM, IDRC, CRDI, Commonwealth Secretariat], [2002], 197 pp.: Tab.  
323.4 / K64g / 6953
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela y Bernardino Ramos Iturbide, coord., *Derechos y cultura indígenas. El PRD frente a la reforma constitucional de 2001*. [México], Grupo Parlamentario del PRD, Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, LIX Legislatura, [2004], 92 pp.  
323.11 / L178d / 1605
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*. [México], Ediciones Coyoacán, [2007], 131 pp., (Dialogo Abierto. Política; 9)  
342.02 / L326q / 24902
- LAZO BRIONES, Pablo, comp., *Ética, hermenéutica y multiculturalismo*. [México], Universidad Iberoamericana, [2008], 268 pp.  
303.482 / L376e / 24934

- LAZO BRIONES, Pablo, comp., *Interpretación y acción. El sentido hermenéutico del pensamiento ético-político del Charles Taylor*. [México], Ediciones Coyoacán, [2007], 346 pp., (Filosofía y Cultura Contemporánea; 37)  
190 / L376i / 24914
- LEA, John, *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la criminología realista de izquierda*. [México], Ediciones Coyoacán, FLASUD, [2006], 380 pp., (Alter Libros; 1)  
364.1 / L378d / 24924
- LÓPEZ MÉNDEZ, Irene, *Género negado, vivido y la política de desarrollo. El concepto de género y sus implicaciones para el desarrollo*. [Bilbao, UNIFEM, 2005], 58 pp., (Working Papers / Munduan; no. 8)  
305.42 / L818g / 2464
- LOUCAIDES, Loukis G., *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, xiv, 272 pp., (Nijhoff Law Specials; 70)  
341.48194 / L842e / 24962
- MADRID ESPINOZA, Alfonso, *Introducción a la filosofía del derecho y de la política*. [México], Distribuciones Fontamara, [2005], 249 pp., (Colección Argumentos; 26)  
340.1 / M156i / 24891
- MAESTRE ALFONSO, Juan, Ángel M. Casas Gragea y Alba González Jácome, comp., *Nuevas rutas para el desarrollo en América Latina: Experiencias globales y locales*. [México, Universidad Iberoamericana, 2008], 413 pp.  
330.9 / M162n / 24935
- MAGALDI, Muria, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, 206 pp.  
346.017 / M166d / 25013
- MÁRQUEZ PRIETO, Antonio, *Repensar la justicia social. Enfoque relacional, teorías de juegos y relaciones laborales en la empresa*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 187 pp., (The Global Law Collection. Legal Studies Series)  
344.01 / M346r / 24978
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons, 2007, 392 pp., (Filosofía y Derecho)  
342.02 / M362c / 25005
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la, *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del proce-*

- sado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 370 pp., (Colección Monografías Aranzadi), Incluye disco compacto: La individualización de la pena en los tribunales de justicia. Jurisprudencia a texto completo. 345.02 / M388i / 24973
- MÉNDEZ DE HOYOS, Irma, *Transición a la democracia en México. Competencia partidista y reformas electorales 1977-2003*. [México], Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede Académica de México, Distribuciones Fontamara, [2006], 313 pp., (Colección Argumentos; 40) 321.4 / M516t / 24893
- MENDONÇA, Daniel y Ulises Schmill, comps., *Ficciones jurídicas: Kelsen, Fuller, Ross*. [México], Distribuciones Fontamara, [2006], 124 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 94) 340.1 / M536f / 24844
- MÉXICO. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2008*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 699 pp. : anexos, cuad., tab. 350.9172 / M582i / 2008 / 25016-25018
- MÉXICO. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Programa Nacional para Abatir y Eliminar la Violencia Escolar. Programa y manual de aplicación*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 57 pp. 371.58 / M582p / 24998-500
- MIAILLE, Michel, *El Estado del derecho. Introducción al derecho constitucional*. [México], Ediciones Coyoacán, [2008], 252 pp., (Derecho y Sociedad; 21) 342.02 / M588e / 24921
- MONTAÑO, Sonia, coord., *Guía de asistencia técnica para la producción y el uso de indicadores de género*. Santiago, Unidad Mujer y Desarrollo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2006, 243 pp.; il. 305.490212 / M784g / 7156 9964
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, coord., *El Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos*. México, Max-Planck-Gesellschaft, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, ULSA, Facultad de Derecho, 2004, 497 pp. 341.552 / M856e / 24929

- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, coord., *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*. [México], Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, Jus Poenale, 2002, 161 pp.  
345.05 / M856f / 24931
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, coord., *Globalización e internacionalización del derecho penal: implicaciones político-criminales y dogmáticas*. México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003, 485 pp.  
345.05 / M856g / 24930
- MORESO, José Juan, Pablo E. Navarro y Cristina Redondo, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. [México], Distribuciones Fontamara, [2002], 186 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 84)  
340.1 / M856c / 24836
- MUNTARBHORN, Vitit, *Article 34. Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Children*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 41 pp.  
323.4054 / M964a / 24950
- NACIONES UNIDAS. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Educación reproductiva y paternidad responsable en el Istmo Centroamericano*. [México], Organización de las Naciones Unidas, [2002], 450 pp.  
612.6 / N12e / 6787
- NACIONES UNIDAS. JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2007*. Nueva York, Naciones Unidas, 2008, 141 pp.  
364.157 / N12i / 2007 / 24861
- Nadando contra la corriente: mujeres y cuotas políticas en los Países Andinos*. [Bogotá, UNIFEM, UNFPA, Universidad Nacional, IEP, CIDEM, FLACSO, 2005], 232 pp.: il.  
305.5826 / N14n / 6973
- NARAGHI ANDERLINI, Sanam, *Women at the Peace Table: Making a Difference*. [Nueva York], UNIFEM, [2000], 64 pp.  
305.42 / N25w / 8481
- OBOOKATA, Tom, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2006], xvii, 247 pp., (International Studies in Human Rights; 89)  
341.77 / O15t / 24964

- ONUSIDA, *Mujeres y VIH/SIDA: enfrentarse a la crisis*. [Ginebra, ONUSIDA, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2004], 64 pp.: fot. 362.11822 / O51m / 24876
- OQUENDO, Ángel R., *Democracia y pluralismo*. [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 280 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 96) 321.4 / O54d / 24845
- ORUNESU, Claudina, Pablo M. Perot [y] Jorge L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*. [México], Distribuciones Fontamara, [2005], 144 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 100) 342.02 / O73e / 24849
- PAPAGIANNI, Georgia, *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2006], xxvi, 392 pp., (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe; 10) 325.1 / P212i / 24958
- PARADA, Ramón, *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2008, 77 pp. 342.06 / P214c / 25004
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2008, 2 vols. 342.06 / P214d / 25014-15
- PECES-BARBA, Gregorio, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, 383 pp., (Manuales Universitarios) 340.1 / P328c / 25011
- PECES-BARBA, Gregorio, Eusebio Fernández y Rafael de Asís *La constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, 828 pp. 342.02946 / P328c / 25006
- PAVARINI, Massimo, Agustín A. Pérez Carrillo y Fernando Tenorio Tagle, *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*. [México], CONACYT, FLASUD, Ediciones Coyoacán, [2006], 315 pp., (Alter Libros; 2) 364.14 / P284s / 24925
- PEÑA, Carlos, *Rawls: el problema de la realidad y la justificación en la filosofía jurídica*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 129 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 110) 340.11 / P384r / 24856

- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, 294 pp., (Derecho y Filosofía)  
340.1 / P414c / 25002
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, *La derrotabilidad del derecho*. [México], Distribuciones Fontamara, [2006], 220 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 89)  
340.1 / P414d / 24840
- PÉREZ FRAGOSO, Lucía y Rosalío L. Rangel Granados, *Guía para la formulación de presupuestos públicos con enfoque de género en el sector salud*. [México, Secretaría de Salud, 2004], 95 pp.  
305.49 / P414g / 24884
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*. 11a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, 1005 pp., (Manuales Universitarios)  
342.02946 / P414c / 25010
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*. [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 134 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 104)  
323.4 / P414d / 24852
- POWER, Jonathan, *Conundrums of Humanity. The Quest for Global Justice*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 240 pp., (The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library; 28)  
303.3 / P848c / 24952
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*. [México], Distribuciones Fontamara, [2005], 106 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 60)  
342.02 / P926c / 24831
- Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law = La Promotion de la Justice, des Droits de l'Homme et du Règlement des Conflicts par le Droit International*. [Leiden], Martinus Nijhoff Publishers, [2007], xxxviii, 1236 pp.  
341 / F976 / 24966
- RAMÍREZ SÁIZ, Juan Manuel, *El acceso a la información pública gubernamental: la gestión de una ley desde las organizaciones cívicas*. [México], ITESO, Universidad Iberoamericana, [2008], 146 pp.  
323.445 / R174a / 24933
- REHN, Elisabeth y Ellen Johnson Sirleaf, *Mujeres, guerra, paz*. [s.l., United Nations Development Fund for Women, 2002?], 36 pp., A la Cabeza de la portada: El progreso de las mujeres en el mundo 2002. Volumen 1. Sumario Ejecutivo.  
305.42 / R338m / 24863

- REISEN, Mirjam van, *Accountability Upside Dawn. Gender Equality in a Partnership for Poverty Eradication*. [s.l.], Eurostep, Social Watch, [2005], 76 pp.: tab., fot.  
305.49 / R342a / 24877
- RIAÑO BRUN, Iñaki, *La instrucción criminal en el proceso penal*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 231 pp., (Colección Monografías Aranzadi; 511)  
345.05 / R488i / 24975
- RIVERA, Faviola, *Virtud y justicia en Kant*. [México], Distribuciones Fontamara, [2003], 230 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 93)  
170 / R624v / 24843
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, *La seguridad social de los empleados, cargos y servidores públicos*. [Navarra], Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada, Thomson, Aranzadi, [2008], 278 pp., (Colección Monografías Aranzadi; 515)  
350.99 / R674s / 24979
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, 199 pp.  
323.4 / R674a / 24981
- RUSTAGI, Preet, *Gender Biases and Discrimination Against Women: What do Different Indicators Say?* [Nueva Delhi], UNIFEM, [2003], 83 pp.: Tab.  
305.4954 / R958g / 5735
- SAGOLS SALES, Lizbeth, *Interfaz bioética*. [México], UNAM. Facultad de Filosofía y Letras, Distribuciones Fontamara, [2006], 121 pp., (Colección Argumentos; 34)  
174.2 / S158i / 24892
- SAGOLS SALES, Lizbeth, *¿Transformar al hombre? Perspectivas éticas y científicas*. [México], UNAM. Facultad de Filosofía y Letras, Distribuciones Fontamara, [2008], 257 pp., (Colección Argumentos; 70)  
573.2 / S158t / 24898
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, *Educación. Discriminación y tolerancia*. [México], Cal y Arena, [2007], 187 pp.  
321.4 / S224e / 5457-58
- SAUCA, José María, *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*. [México], Distribuciones Fontamara, [2001], 184 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 79)  
340.11 / S492c / 24833



- SCARPELLI, Uberto, *Ética jurídica sin verdad*. [México], Distribuciones Fontamara, [2007], 129 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 102)  
340.112 / S532e / 24851
- SCHABAS, William y Helmut Sax, *Article 37. Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, xii, 96 pp.  
323.4054 / S542a / 24951
- SCHMITT, Carl, *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. [México], Distribuciones Fontamara, [2008], 173 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 109)  
320.1 / S552l / 24855
- SCHOPENHAUER, Arthur, *La libertad*. [México], Ediciones Coyoacán, [2007], 160 pp., (Dialogo Abierto. Filosofía; 32), Título original: *Die Verwandlung*.  
323.44 / S556l / 24906
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, Alfredo Islas Colín y Florence Lézé, *Locuciones latinas jurídicas*. México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, 160 pp.  
340.03 / S814l / 24937
- SOJO, Ana y Andras Uthoff, comps., *Desempeño económico y política social en América Latina y el Caribe. Los retos de la equidad, el desarrollo y la ciudadanía*. [México], Naciones Unidas, CEPAL, Flacso, GTZ, Indesol, Fontamara, [2007], 501 pp., (Colección Argumentos; 44)  
330.98 / S828d / 4045
- SOSA WAGNER, Francisco, *La construcción del Estado y del derecho administrativo. Ideario jurídico-político de Posada Herrera*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, 142 pp.  
342.06 / S848c / 25009
- SUÁREZ ESPINO, María Lidia, *El derecho a la intimidad genética*. Madrid, Marcial Pons, 2008, 229 pp.  
573.2 / S946d / 25012
- SUCAR, Germán, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 2008, 475 pp., (Derecho y Filosofía)  
340.1 / S952c / 25003
- SUMMERS, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*. [México], Distribuciones Fontamara, [2001], 173 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 82), Traducción de: Pablo Larrañaga.  
340.01 / S972n / 24835

- THORGEIRSDÓTTIR, Herdís, *Article 13. The Right to Freedom of Expression*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 53 pp.  
323.4054 / T494a / 24946
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, 222 pp.  
342.02946 / T622c / 25007
- TOMASINI BASSOLS, Alejandro, *Pena capital y otros ensayos*. [México], Ediciones Coyoacán, [2002], 263 pp., (Dialogo Abierto. Filosofía; 127)  
364.66 / T622p / 24910
- TOMILLO URBINA, Jorge, coord., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*. [Navarra], Universidad de Cantabria, Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, Thomson, Civitas, [2008], 754 pp.  
347.071 / T628f / 24970
- UNAIDS INTERAGENCY TASK TEAM ON GENDER AND HIV/AIDS, *Operational Guide on Gender HIV/AIDS a Rights-Based Approach*. [Amsterdam], UNAIDS Interagency Task Team on Gender and HIV/AIDS, 2005, 45 pp.  
612.11822 / U43o / 24881
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT FUND FOR WOMEN, *A Critical Analysis of Progress Made and Obstacles Encountered in Increasing Protection for War-Affected Children*. [s.l.], UNIFEM, NORWAY, UNICEF, [s.a.], 68 pp.  
323.4054 / U47a / 24887
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT FUND FOR WOMEN, *Making a Difference: Strategic Communications to End Violence against Women*. [Nueva York, United Nations Development Fund for Women, 2003], 49 pp. : fot.  
305.42 / U47m / 24862
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT FUND FOR WOMEN, *Not a Minute More. Ending Violence Against Women*. [Nueva York], United Nations Development Fund for Women, [2003], 112 pp. : fot.  
305.42 / U47n / 24858-59
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT FUND FOR WOMEN, *Progress of the World's Women 2002. Gender Equality and the Millennium Development Goals*. [Nueva York, United Nations Development Fund for Women, 2002], 68 pp. : tab., graf., fot., UNIFEM Biennial Report.  
305.42 / U47p / 24864-65

- URSUA, Nicanor, Ignacio Ayestarán y Juan de Dios González, *Introducción a la filosofía de las ciencias humanas y sociales*. [México], Ediciones Coyoacán, [2006], 188 pp., (Filosofía y Cultura Contemporánea; 32)  
300 / U81i / 24912
- VÁZQUEZ, Rodolfo, comp., *Corte, jueces y política*. [México], Nexos, Distribuciones Fontamara, [2007], 151 pp., (Doctrina Jurídica Contemporánea; 41)  
347.014 / V37c / 24888
- VÁZQUEZ, Rodolfo, comp., *Laicidad. Una asignatura pendiente*. [México], Ediciones Coyoacán, [2007], 277 pp., (Filosofía y Cultura Contemporánea; 33)  
211.6 / V37l / 24913
- VÁZQUEZ, Rodolfo, comp., *Tolerancia y pluralismo*. [México], Ediciones Coyoacán, [2005], 288 pp., (Filosofía y Cultura Contemporánea; 18)  
179.9 / V37t / 24911
- VERHEYDE, Mieke y Geert Goedertier, *Article 43-45. The UN Committee on the Rights of the Child*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, xvi, 50m pp.  
323.4054 / V55a / 24948
- VITALE, Ermanno, *Derechos y paz: destinos individuales y colectivos*. [México], Distribuciones Fontamara, [2004], 147 pp., (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; 86), Traducción de: Pedro Salazar Ugarte.  
323.4 / V85d / 24837
- WALDORF, Lee, *CEDAW and the Human Rights Based Approach to Programming*. [Nueva York, UNIFEM, 2007], 84 pp.  
341.481 / W22c / 6957
- WEBER, Max, *El político y el científico*. [México], Ediciones Coyoacán, [2008], 120 pp., (Dialogo Abierto. Sociología; 27)  
320.1 / W36p / 24905
- WEBER, Max, *Estructuras de poder*. [México], Ediciones Coyoacán, [2006], 91 pp., (Dialogo Abierto. Sociología; 82)  
303.3 / W36e / 24908
- WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. [México], Ediciones Coyoacán, [2006], 195 pp., (Dialogo Abierto. Sociología; 24)  
280.4 / W36e / 24904
- WEBER, Max, *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. [México], Ediciones Coyoacán, [2006], 146 pp., (Dialogo Abierto. Sociología; 126)  
300 / W36s / 24909

*Women and Food Security: The Experience of the SADCC Countries.*

Londres, IT Publications, 1991, vi, 210 pp. : il.

331.04096 / W78w / 6975

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Integrating Gender into HIV/AIDS Programmes. A Review Paper.* [Ginebra], Department of Gender and Women's Health, Family and Community Health, World Health Organization, [2003], 52 pp.

612.11822 / W82i / 24882

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal.* [México],

FLASUD, Ediciones Coyoacán, [2007], 234 pp., (Alter Libros; 5)

345.03 / Z17e / 24927

ZANOTTI, Isidoro, *Extradition in Multilateral Treaties and Conventions.*

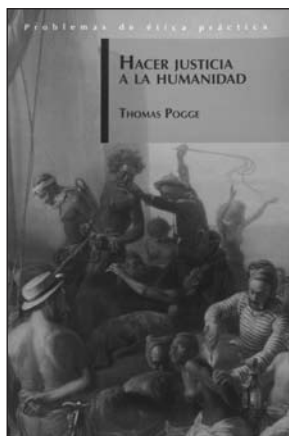
Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, [2006], xx, 428 pp., (Studies on the Law of Treaties; 3)

341.488 / Z32e / 24967

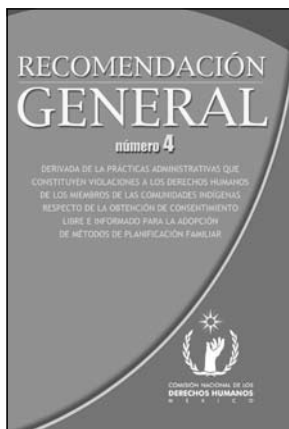
# *Nuevas publicaciones*

**Mayo-julio 2009**

***Hacer justicia a la humanidad***  
ISBN: 978-607-02-0498-2  
México, CNDH / UNAM / FCE, 2009, 528 pp.



***Recomendación General número 4***  
ISBN: 970-644-289-8  
México, CNDH, 2009, 32 pp.





**Declaración sobre la Protección de Todas las Personas  
contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles,  
Inhumanos o Degradantes**

ISBN: 978-970-644-420-3  
México, CNDH, 2009, 12 pp.



**Campana Nacional de Promoción y Difusión de los Derechos  
Fundamentales de las Mujeres Trabajadoras.  
Algunos aspectos de la violencia de género:  
el caso de la mujer trabajadora**

ISBN: 978-970-644-562-9  
México, CNDH, 2009, 96 pp.



**El 60 Aniversario de la Declaración Universal  
de los Derechos Humanos. Relatos y collage**

ISBN: 978-970-644-620-6  
México, CNDH, 2009, 124 pp.

**Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas "Globalización y Derechos Humanos". Los excluidos de la globalización (fascículo 2)**

ISBN: 970-644-456-4  
México, CNDH, 2009, 116 pp.



**Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas "Globalización y Derechos Humanos". Mecanismos de protección a los derechos humanos (fascículo 9)**

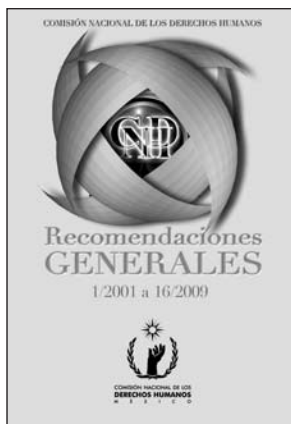
ISBN: 970-644-463-7  
México, CNDH, 2009, 168 pp.



**Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas "Globalización y Derechos Humanos". Terrorismo y política internacional (fascículo 7)**

ISBN: 970-644-461-0  
México, CNDH, 2009, 64 pp.

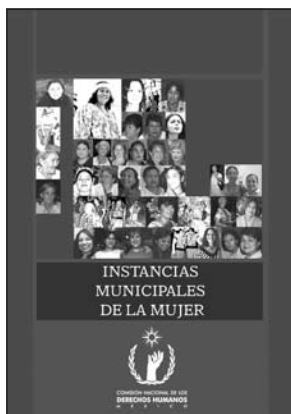




***Recomendaciones Generales 1/2001 a 16/2009***

ISBN: 978-970-644-624-4

México, CNDH, 2009, 340 pp.



***Instancias municipales de la mujer en México***

ISBN: 978-970-644-618-3

México, CNDH, 2009, 416 pp.



***Participación política de la mujer en México***

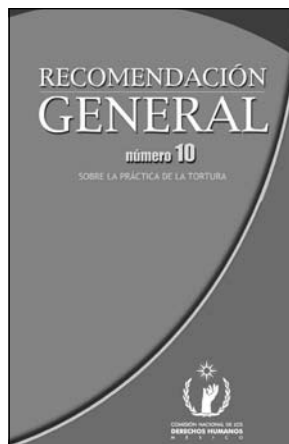
ISBN: 978-970-644-625-1

México, CNDH, 2009, 288 pp.



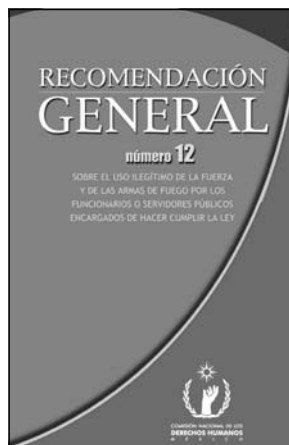
**Recomendación General Número 10**

ISBN: 978-970-644-568-1  
México, CNDH, 2009, 32 pp.



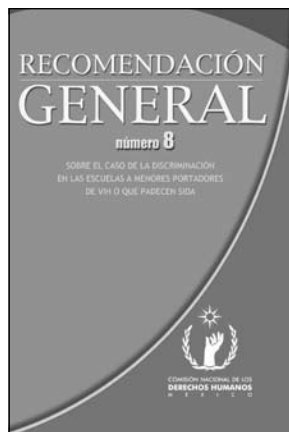
**Recomendación General Número 12**

ISBN: 970-644-473-4  
México, CNDH, 2009, 36 pp.



**Recomendación General Número 8**

ISBN: 970-644397-5  
México, CNDH, 2009, 40 pp.





**Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)**

ISBN: 978-970-644-560-5

México, CNDH, 2009, 44 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia. Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller de Derechos Humanos para Padres de Familia. Derechos Humanos de la Familia. Programa**

ISBN: 978-970-644-535-3

México, CNDH, 2009, 20 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia. Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller de Derechos Humanos para Padres de Familia. Derechos humanos de la familia, sesiones 2 y 3**

ISBN: 978-970-644-537-7

México, CNDH, 2009, 24 pp.

**Programa para el Fortalecimiento de la Familia.  
Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller  
de Derechos Humanos para Padres de Familia. Derechos  
humanos de la niñez, sesión 4**  
ISBN: 978-970-644-538-4  
México, CNDH, 2009, 36 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia.  
Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller  
de Derechos Humanos para Padres de Familia. Derechos  
humanos de la mujer, sesión 5**  
ISBN: 978-970-644-539-1  
México, CNDH, 2009, 24 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia.  
Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller  
de Derechos Humanos para Padres de Familia. Derechos  
humanos del adulto mayor, sesión 6**  
ISBN: 978-970-644-540-7  
México, CNDH, 2009, 24 pp.





**Programa para el Fortalecimiento de la Familia. Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller de Derechos Humanos para Padres de Familia. Derechos humanos del discapacitado, sesión 7**

ISBN: 978-970-644541-4  
México, CNDH, 2009, 16 pp.



**Recomendación General Número 6**

ISBN: 970-644-382-7  
México, CNDH, 2009, 24 pp.

*Derechos Humanos México*, editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en octubre de 2009 en los talleres de REPRODUCCIONES Y MATERIALES, S. A. DE C. V., Presidentes núm. 189-A, col. Portales, C. P. 03300, México, D. F. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

