



CUCSH
Centro Universitario de
Ciencias Sociales y Humanidades

Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla
Rector General

Héctor Raúl Solís Gadea
Rector

Miguel Ángel Navarro Navarro
Vicerrector Ejecutivo

María Guadalupe Moreno González
Secretaria Académica

José Alfredo Peña Ramos
Secretario General

Karla Alejandrina Planter Pérez
Secretaria Administrativa

Carlos Antonio Villa Guzmán
Coordinación Editorial

José de Jesús Becerra Ramírez
*Director de la División
de Estudios Jurídicos*

José Luis Castellanos González
Coordinador de la Maestría en Derecho

María Luisa Chumacero Alarcón
Directora

revista

Jurídica Jalisciense

AÑO XXVIII NÚM. 58.

Enero-junio 2018

ISSN 1405-1451



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA
2018

La presente publicación no hubiera sido posible sin el apoyo y financiamiento del Programa de Fortalecimiento a la Calidad Educativa (PFCE 2016)

REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE

Programa de Maestría en Derecho, pertenece a la Asociación Nacional de Facultades y Escuelas de Derecho (ANFADE) y a la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (AFEIDAL).

Programa de Maestría en Derecho.
Universidad de Guadalajara.

Edición: María Luisa Chumacero.

Traductor Honorífico: Javier Alejandro González Rodríguez.

Revista Jurídica Jalisciense es una revista orientada a la: Investigación y difusión de la Ciencia del Derecho y el fenómeno social. Año XXVIII, Núm. 58, Enero-junio del 2018, publicación semestral de la Universidad de Guadalajara; a través del Programa de Maestría en Derecho, del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades con domicilio en la calle Paseo Oriente Núm.: 2093, Colonia Jardines del Country. CP 44 210. Guadalajara, Jalisco, México, teléfonos 34 47 26 63 y 34 47 39 72, chumacero_alarcon@hotmail.com y Editor responsable María Luisa Chumacero Alarcón. Reservas de derechos al uso exclusivo 04-2010-10181340800-102, ISSN: 1405-1451, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Impresa por: "Ediciones de la Noche," Calle Madero 687, zona Centro, Guadalajara, Jalisco, México. Este número se terminó de imprimir en el mes de enero con un tiraje de 200 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de Consejo Editorial de la publicación. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización escrita de la Universidad de Guadalajara.

Imágenes por Freepik © Esta página tiene como objetivo recopilar sitios en línea con material audiovisual en dominio público.

Fe de erratas cometida en la Revista Jurídica Jalisciense Número 57, Julio-diciembre de 2017.

Dice:

"La Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal: redalyc"

Y debe decir:

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal: Latindex."

Revista indexada en: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal: LATINDEX y en Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades: CLASE

revista
**Jurídica
Jalisciense**

AÑO XXVIII NÚM. 58.

Enero-junio 2018

ISSN 1405-1451

María Luisa Chumacero Alarcón
Directora

CONSEJO EDITORIAL

José Luis Castellanos González
Universidad de Guadalajara

Jorge Fernández Ruiz
Universidad Nacional Autónoma de México

Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegueda
Universidad de Guadalajara

Sergio Arnoldo Morán Navarro
Universidad Autónoma de Nayarit

Marina del Pilar Olmeda García
Universidad Autónoma de Baja California

Irma Ramos Salcedo
Universidad de Guadalajara

Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Universidad de Guadalajara

Índice

Prólogo	9
<i>Dr. José Luis Castellanos González</i>	
Presentación	13
<i>María Luisa Chumacero Alarcón</i>	
Preliminares a los artículos sociales de la Constitución de 1917	19
<i>J. Jesús Gómez Fregoso</i>	
El derecho humano a la identidad jurídica	41
<i>Irma Ramos-Salcedo</i>	
<i>José Benjamín González-Mauricio</i>	
<i>Héctor Hugo Ramírez-Lari</i>	
Caso práctico de inconventionalidad de la norma, en Baja California, México	79
<i>Emigdio Julián Becerra Valenzuela</i>	
<i>Sergio Gilberto Capito Mata</i>	
<i>Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza</i>	

Consideraciones sobre el crimen de genocidio en la legislación y jurisprudencia internacional	107
<i>Arturo Villarreal Palo</i>	
El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina	135
<i>Óscar Ernesto Garay</i>	
La responsabilidad de los estados y municipios en la fiscalización de los recursos públicos	173
<i>Jorge Chaires Zaragoza</i>	
Jueces para el siglo XXI: Una concepción crítica del derecho y la formación judicial	205
<i>Elba Edith Ramírez Bañuelos</i>	
El certificado de habitabilidad: requisito de recepción de infraestructura y equipamiento urbano	255
<i>Verónica Sánchez García</i>	

Prólogo

Dr. José Luis Castellanos González

Coordinador del Programa de Maestría en Derecho del CUCSH,
y Presidente del Consejo Editorial

Un nuevo número de la Revista Jurídica Jalisciense se presenta a la sociedad. Este número 58 continúa con las transformaciones que se han emprendido para hacerla una revista de calidad, y que contiene las aportaciones de destacados autores e investigadores que aportan al conocimiento jurídico puntos de vista novedosos y actuales sobre tópicos referentes a sus campos de especialización.

El Derecho, la Justicia y la Ley en este volumen son materia de métodos específicos de análisis en el campo de los derechos humanos, derecho penal, derecho administrativo, y la fiscalización y sus responsabilidades.

Este número surge asimismo como producto del esfuerzo de la directora de la Revista, la Mtra. María Luisa Chumacero Alarcón, en quien la publicación (auspiciada y cobijada por el programa de Maestría en Derecho del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara) encuentra una editora (curadora en la extensión amplia del término) quien se ha dedicado a darle el mejor de los cuidados para ver la luz en tiempo y forma.

Nuestro objetivo común es que una maestría en derecho de calidad (como la nuestra) reconocida por el CONACYT, cuente igualmente con una revista de calidad reconocida por el CONACYT. En

esta ocasión contamos con colaboraciones de distinguidos miembros del Sistema Nacional de Investigadores que acuden a integrar las páginas de esta obra.

Mi agradecimiento al Rector del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, y al Rector General de la Universidad de Guadalajara, por su apoyo continuado para desarrollar esta labor editorial que es producto, repito de un esfuerzo colectivo que pretende aportar una nueva visión de los estudios e investigaciones jurídicas en nuestra entidad federativa y en nuestro país.

Igualmente agradezco a los integrantes del Consejo Editorial por su apoyo y colaboración, lo que nos permite seleccionar diversas aportaciones, y que próximamente se verá enriquecida con las mejores colaboraciones de los mejores estudiantes de la maestría en derecho, mismos que darán un toque de frescura semestre a semestre a esta publicación.

Quisiera a continuación esbozar unas breves reflexiones que la lectura del libro de Luis Prieto Sanchís titulado “Constitucionalismo y Positivismo” publicado por editorial Fontamara, en México en 2011, me ha provocado con su aguda crítica a un método de análisis y descripción del derecho: el positivismo. Al respecto Prieto Sanchís menciona que *“la mayor parte de los juristas han estado siempre persuadidos de que la predicada autonomía de su objeto y de su saber reposaba en una pequeña mentira; han sido conscientes de que su lema favorito, ‘la ley es la ley’, era una verdad a medias que ocultaba que la ley es además expresión de la voluntad del poder y que encarna un cierto punto de vista sobre la justicia”*. (p.94)

Nada más preciso aplicable a nuestro país y nuestro tiempo actualmente: el derecho se mimetiza con el poder. El poder en México nos disfraza decisiones envueltas en derecho y en argumentación. Nos presentan decisiones de poder como decisiones jurídicas y piensan que no vemos que el derecho queda desnudo para mostrarnos la verdadera careta del juez, el administrador o el legisla-

dor: atender al poder, a la compleja voluntad que modifica nuestras voluntades y libertades para decirnos que la ley es la ley, y a guisa de ejemplificar, la constitucionalidad es controlada con intereses diversos: las normas oficiales mexicanas expedidas por directores de área; reglas de carácter general expedidas por el Jefe del SAT; o la jurisprudencia expresada en la pericia de jurisperitos desatentos a los postulados de justicia, y que despojan de derechos a los trabajadores cuando se alejan de la doctrina de los derechos adquiridos y señalan que pueden modificarse contratos colectivos o contratos ley siempre y cuando atiendan a los mínimos constitucionales.

Si observamos ejemplos como los anteriores, a la luz de las afirmaciones de Prieto Sanchís, podemos concluir que analizar el derecho es reconocer el ejercicio del poder en una sociedad, y que además ese poder se ejerce como cualquier otro. Así, menciona este autor que *“ya no hace falta mentir acerca de la autosuficiencia del Derecho, ni ocultar el papel de la moral. La cuestión es precisamente si merece la pena mantener esa imagen o si, por el contrario no será preferible mostrar de una vez por todas las cartas y perder el temor a confesar que los operadores jurídicos son titulares de un poder de decisión aunque de un poder de naturaleza distinta a la que encarna el legislador.”* (p.95)

Igualmente señala que *“el Derecho sigue siendo, ahora como antes, más el fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad. Por ello, aún ante sistemas que nos parezcan global o generalmente justos, cualquier presunción o propósito de la moralidad intrínseca de sus normas ha de tomarse con suma cautela; al menos, con tanta cautela como ancha es la distancia que separa el horizonte moral que figura en el frontispicio de la Constitución ... , y la realidad cotidiana de nuestro derecho en acción”*. (p. 95-96)

Cualquier parecido con los doscientos años de vida independiente de México; o los quinientos años de historia hecha en castellano desde la colonia hasta ahora; o los setecientos o más años que hacia atrás signifique el poder de los aztecas en este territorio, no hacen más

que recuperar para la memoria lo mucho que el ejercicio del poder nos debe a los habitantes de estas tierras; y lo mucho que el Derecho ha estado ausente cuando se llama a la justicia y al contenido ético de los principios jurídicos. La voluntad del poderoso no conoce limitaciones. El que carece de poder sólo puede observar que cuando se acude al derecho, este nos muestra una faceta sin igual: la carencia de justicia envuelta en ropajes de argumentación. Bastante sintomático.

Por eso, y sólo por eso la labor del estudioso, del investigador jurídico, debe tener como guía la verdad y la razón. Espero que las siguientes páginas nos aproximen a ellas.

Saludos.



Presentación

María Luisa Chumacero Alarcón

Hola amigos: autoridades universitarias, escritores, lectores y administradores en la construcción de la *Revista Jurídica Jalisciense*, me siento como castañuelita en fiesta española, mi gozo me reboza y me rebasa, así que –contra mi costumbre- con seriedad solemne les platicaré de los motivos y consecuencias del uso del APA adoptado por y para la RJJ, que es el espacio para la difusión de la investigación del Derecho y ciencias afines de la Universidad de Guadalajara, de la Maestría en Derecho y abierta a invitados de habla hispana, o que escriban en español; bajo los siguientes puntos:

1. El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), se ha sumado a esfuerzos internacionales para la publicación de investigación y tecnología actualizadas en todas las ramas del saber y recomienda APA, para las publicaciones.
2. El Consorcio Nacional de Recursos de Información Científica y Tecnológica (CONRICYT), como filial del CONACYT, también lo recomienda en todos y cada uno de sus eventos anuales ‘Entre Pares’.
3. La preferencia por este sistema de los círculos de publicaciones de punta en materias científicas, además de recomendar, lo exigen.

4. Existen apoyos bibliográficos, físicos y digitales. Existen apoyos por medio de la Red, Youtube y los tutoriales que explican diversos aspectos en el uso del APA.
5. Los mismos sistemas operativos que permiten, con lo comandos de word, hacer citas perfectas del APA, tanto intra texto como las referencias al final de obra.
6. Las bibliotecas digitales más importantes del mundo aplican el sistema en APA, entre otras: Universidad de Guadalajara, la Universidad Nacional Autónoma de México, y de países de lenguas romances.
7. APA, aún no ha resuelto su aplicación en las citas tomadas de: leyes, convenios, convenciones, simposios, personas morales, entre otros. La RJJ, lo ha resuelto usando siglas y acrónimos, que en la referencias al final de cada ensayo se registran iniciando con sus siglas o acrónimo, seguida del nombre completo de la institución de origen, con el resto de los datos siguiendo los lineamientos del APA.
8. Derivado de esto, cuando lo resuelva APA, se adoptará la solución que usen, mientras la solución propuesta creo que es buena en esta área.
9. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, (México) ha implementado un registro de tesis y jurisprudencias, por medio del cual se han individualizado, algo similar al ISSN o ISBN, pero aplicado a su hacer. Gastó un montón de dinero para realizar esta tarea, con especialistas de: Derecho, Lingüistas, Informática y no sé qué otros más. La Casa de la Cultura Jurídica, en Guadalajara, tiene CD's y USB's con la información completa.
10. Derivado de lo anterior, por favor usar esta información en sus ensayos.

Como ven, es una decisión que se fundamenta en los intereses tanto de los escritores de la RJJ, como en la misma revista y, principal-

mente en el crecimiento de la Universidad de Guadalajara. Sé que inicialmente cuesta el cambio, debe uno retomar sus costumbres y cambiarlas por otras. Al final todos ganamos.

¿Qué cómo ganamos? Los escritores adquirirán la habilidad de usar APA, y eso abre puertas en varias publicaciones importantes, además de ésta. (Ya saben, a más de calidad, originalidad, ortografía...) La *Revista Jurídica Jalisciense*, mejora su prestigio académico dentro de este entorno. La Universidad de Guadalajara mejora una de sus ventanas a la sociedad que la cobija y sostiene.

Tomemos ahora la presentación de los ensayos que en este ejemplar se publican y para mi beneplácito personalísimo el Padre 'Chuchín' me ha enviado uno: *Preliminares a los artículos sociales de la Constitución de 1917*, Doctor en Historia, egresado de la muy respetada Sorbona de París: Dr. J. Jesús Gómez Fregoso. Cuando lo conocí formaba parte de los profesores de 'Prepa 2' y sus alumnos le decían Chuchín, mientras que yo usaba un verde envidioso y seguía las formas. Hasta la fecha. Hoy confieso esa parte de mí y al mismo tiempo manifiesto mi profunda admiración por el trabajo erudito de Chuchín. La profundidad de su texto es acompañada por una claridad y sencillez muy difícil de alcanzar. Gracias Dr. Gómez Fregoso.

Nuestro segundo ensayo, es el fruto del trabajo de tres autores, la Dra. Irma Ramos Salcedo, José Benjamín González Mauricio y Héctor Hugo Martínez Larios, que bajo el título *El derecho humano a la identidad Jurídica*, tocan un tema siempre difícil y polémico, nada menos que el de todas las minorías con una condición diversa a la heterosexualidad. Su estudio incursiona en los conceptos internacionales, definiendo diversos aspectos y al mismo tiempo abonando a su derecho de ser respetados y aceptados por la sociedad y el derecho. La diversidad sexual acompaña a la humanidad desde que ésta existe. En historia reciente la lucha de estos grupos ha generado instrumentos jurídicos, en los que ha reconocido a la personalidad y la diversidad sexual, como un derecho humano a la elección del

sentir y pertenecer a un género diverso. La sociedad recientemente ha descubierto el hilo negro y circula en internet la noticia de animales gays. Tema de sobra conocido en los medios rurales.

Desde la Universidad Autónoma de Baja California, nos llega un muy interesante estudio bajo el título: *Caso práctico de inconventionalidad de la norma, en Baja California, México*. Nos habla de la comunidad de Cucapá, etnia de nuestro país que como tantas otras se ve despojada de sus derechos ancestrales pesar de la protección que los tratados internacionales, en los que México está suscrito y por ende obligado. En este asunto se trata de la supervivencia por la prohibición de pesca en sus ancestrales lugares. Estudio realizado por los profesores Emidgio Julián Becerra Valenzuela, Sergio Gilberto Capito Mata y Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza a quienes agradecemos su colaboración y damos la bienvenida.

El maltrato del hombre por el hombre se pone color de hormiga al hablar de los hechos genocidas que se producen en diversas latitudes del mundo. El estudio realizado por el Dr. Arturo Villarreal Palos, nos muestran una terrible realidad para grupos humanos, bajo la depreciación de sus semejantes. La lectura de su ensayo: *Consideraciones sobre el crimen de genocidio en la legislación y jurisprudencia internacional*, mueve y conmueve conciencias. Su lectura es indispensable.

Desde Argentina nos llega de parte de nuestro colaborador Magister en Bioética y Derechos Humanos por la Universidad de Barcelona Óscar Ernesto Garay; su estudio: *El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina*, en él trata en secciones separadas los diversos subgrupos vulnerables, que si bien está situado para la República de Argentina, tiene similitudes más que evidentes para nuestro país. Percatarse de esta realidad compartida quizá sea el motor que impulse a cambios de fondo que sí remedien estos males.

El Dr. Jorge Chaires Zaragoza en su ensayo: *La responsabilidad de los estados y municipios en la fiscalización de los recursos públicos*;

incide en un problema que llevaría a la quiebra a los particulares, el uso y abuso de los recursos públicos por quienes nos representan. El mal cuidado en el manejo y vigilancia de ellos en todos los niveles de gobierno, que nos lleva al muy conocido concepto de ‘corrupción’ que lleva al país a tener los terribles extremos de pobreza que día a día se agudizan más.

La Maestra Elba Edith Ramírez Bañuelos, hace una propuesta muy importante en el presente tránsito jurídico- académico del sistema legal escrito al sistema adversarial, que si bien deben quedar constancias documentadas, al mismo tiempo ya sabemos que el proceso en sí se está transformando en oral en varias materias de nuestra ley y al parecer la meta es reemplazar al sistema que nos ha acompañado desde que somos México. Su análisis - propuesta lleva el título: *Jueces para el siglo XXI: Una concepción crítica del derecho y la formación judicial*.

Verónica Sánchez García, fue mi alumna cuando iniciaba la carrera de Derecho y ahora ya es Doctora, me siento muy orgullosa de sus logros. Hoy nos regala con su ensayo titulado: *El certificado de habitabilidad: requisito de recepción de infraestructura y equipamiento urbano*. Tomo de sus conclusiones un párrafo que refleja la importancia de este ensayo y el interés que de él se desprende

Bajo ninguna circunstancia el ayuntamiento deberá recibir una obra de urbanización o edificación alguna y mucho menos expedir el certificado de habitabilidad, hasta que se haya comprobado que es segura y que pueda utilizarse para la actividad humana y, en su caso que el inmueble esté habilitado para cumplir con las funciones asignadas, sin menoscabo de la salud e integridad de quienes lo vayan a aprovechar.

Ahora algo que me da pena, tuve un error, fe de erratas imputable sólo a mí y que consiste en haber usado:

Redalyc, acrónimo de «Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal»; cuando debí usar: **Latindex** (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), esto en la página legal de la RJJ 57, que cubre los meses de julio a diciembre de 2017. Colocaré esta misma fe de erratas, también, en la página legal, que es donde corresponde.



Preliminares a los artículos sociales de la Constitución de 1917

J. Jesús Gómez Fregoso

Doctor en Historia por la Sorbona de París. Autor de numerosos trabajos históricos publicados en México y en el extranjero.

RESUMEN: En una pincelada histórica se exponen y en estas pocas páginas sólo se pretende indicar que los artículos sociales de la Carta Magna tenían algunos antecedentes: ya en lustros anteriores se habían ido expresando una serie de inquietudes sobre reformas sociales.

ABSTRACT: In a historical brushstroke are exposed and in these few pages it is only intended to indicate that the Constitution social articles had some antecedents: already in previous decades a series of concerns about social reforms had been expressed.

Palabras Clave: Carta Magna, artículos sociales.

Keywords: Constitution, social articles.

Adjuntos históricos

Los artículos 27 y 123 fueron ciertamente de lo más constructivo de la Revolución.

Es obvio que cada artículo de la Constitución no brotó por arte de magia: siempre existió algún problema al que se trató de dar respuesta, o, dicho en forma más sencilla, evidentemente hubo antece-

Recibido: 14 de septiembre de 2017. Aprobado: 7 de noviembre de 2017.

dentes en cada caso. En estas páginas se citan algunas voces que ya durante el régimen porfirista, proponían reformas legislativas sobre asuntos sociales. Se consideran también diversas iniciativas que fueron apareciendo en los planes revolucionarios. Ocupan lugar importante las propuestas surgidas de la Convención Revolucionaria, popularmente conocida como Convención de Aguascalientes, aunque la ciudad hidrocálida no fue su única sede.

Es sintomático de la muy agitada vida política de nuestro país que las constituciones de 1824, 1857 y 1917 se hayan elaborado en circunstancias muy lejanas a la tranquilidad, estabilidad y serenidad que hubieran sido ideales para un trabajo de profundo análisis sobre las necesidades del país. Parece evidente que, como ocurre en la vida humana, las decisiones importantes se deberían tomar serenamente, lejos de euforia desbordante o dolorosa frustración: las luchas y discordias no son el mejor ambiente para legislar constructivamente sobre el futuro de un país y difícilmente el vencedor puede tomar en cuenta los intereses de toda la comunidad.

Por supuesto que el pluralismo y la tolerancia, que estamos comenzando a aceptar y respetar, para nada pudieron existir en aquellos años difíciles ahora de imaginar. No conozco un estudio a fondo sobre cómo se conformó el Congreso Constituyente del 17; pero, por observaciones de algunos autores que en alguna forma hablan de dicho Congreso, parece ser que, si bien se excluyó a villistas y zapatistas, no se puede concluir que fuera predominantemente carrancista, o, en otras palabras se podría afirmar que el constitucionalismo o carrancismo no era un bloque monolítico; había variedad de posiciones y opiniones.

Existen estudios, como el de Pastor Rouaix sobre la Génesis de los Artículos 27 y 123 de la Constitución y, por supuesto los Diarios de los Debates son material inmejorable para ese análisis. En estas pocas páginas sólo se pretende indicar que los artículos sociales de la Carta Magna tenían algunos antecedentes: ya en lustros an-

teriores se habían ido expresando una serie de inquietudes sobre reformas sociales. No es fácil precisar hasta qué punto, en 1917, la Constitución expresó las aspiraciones del pueblo mexicano. ¿Todos los caudillos en armas y sus respectivos consejeros y asesores representaban al pueblo? ¿Fue un documento elaborado por un grupo en el poder que satisfizo las aspiraciones de la nación? En tiempos en que la libertad de expresión era muy limitada y que en el pueblo para nada tenía ni la capacidad ni el hábito de expresarse, tampoco era fácil captar las aspiraciones de toda la población. Desde luego que las minorías, que con dificultad comenzaron a expresarse a fines del siglo XX, muy difícilmente pudieron intervenir, en 1917, en la elaboración de la Carta Magna, por no decir que absolutamente quedaron excluidas. Paradójicamente, como más de una vez ocurre en la historia, no pocas de las propuestas de los vencidos fueron adoptadas por los vencedores.

Venustiano Carranza, Primer Jefe de la Revolución, nunca pretendió que se promulgara una nueva Constitución: simplemente se iba a reformar la vigente, es decir la de 1857. No en balde su movimiento fue “constitucionalista”: con la bandera de la Constitución que Porfirio Díaz no había cumplido. Ya desde 1890, por citar un referencia aproximada, muchos mexicanos repetían la famosa frase: “la Constitución ha muerto”, porque Díaz prácticamente había suprimido ya la división de poderes, porque el federalismo era una farsa y por otras muchas razones. No es de extrañar que a principios de 1913, tras los asesinatos de Madero y Pino Suárez, y después de proclamar el “Plan de Guadalupe”, Carranza denominara “constitucionalista” al ejército que estaba formando: era muy clara su idea de que se trataba de devolverle su vigencia a la conculcada y vapuleada Constitución, sobre todo en lo que se refería a los asuntos políticos.

No queda claro por qué si Carranza, como lo expresó repetidas veces, quería que la Constitución del 57 retomara toda su vigencia, tuvo la idea de reformarla. Richard Roman (p. 60) dice que Félix Palavicini

se atribuye el mérito de haber convencido a Carranza de convocar un Congreso Constituyente. Por su parte Hilario Medina, en la introducción al *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, dice:

La idea de un Congreso Constituyente destinado a fijar los principios de la revolución no aparece en ninguno de los primeros documentos de la era que se inicia en marzo de 1913; pero no es una improvisación ni un hallazgo; va dibujándose poco a poco, se puede decir que se forma a medida que avanza la lucha, y se precisan los objetivos de ésta; brota al contacto de las corrientes políticas y sociales que la misma lucha va descubriendo, y se plantea seriamente cuando se siente la necesidad de dejar aseguradas las conquistas de la revolución. (DDCC... p. 7)

En todo caso, como ya se apuntó y se puede constatar por diversas afirmaciones del Primer Jefe, nunca pretendió explícitamente elaborar una nueva Constitución; aunque ya, en el famoso discurso en Hermosillo, del 24 de septiembre de 1913, dijo que faltaban leyes para favorecer al campesino y al obrero, pero “serán promulgadas por ellos mismos, puesto que ellos serán los que triunfen en esta lucha reivindicadora y social”. Obviamente “promulgar nuevas leyes” no implica necesariamente una constitución diferente.

Exigencias de nueva legislación

Durante los gobiernos de Juárez y sobre todo de Díaz habían ido apareciendo diversas propuestas, implícitas y explícitas, de cambios de la Carta Magna vigente, sobre todo en aspectos sociales: las tierras comunales, las leyes de baldíos, los latifundios fueron temas recurrentes desde 1860 hasta 1911 en que cayó Díaz. La expresa negativa de Porfirio Díaz a intervenir en asuntos obreros, expresada en el Diario Oficial del 17 de diciembre de 1892, no puede ser más

elocuente de la necesidad de modificar la Constitución y legislar en asuntos laborales. Vale la pena detenernos un poco en esto.

Recuérdese que no existía legislación sobre salario mínimo, descanso dominical, jornada laboral; que en ocasiones los obreros trabajaban 18 y 20 horas al día, incluidos los domingos. Los trabajadores del Valle de México acudieron al Presidente de la República a solicitar ayuda y él respondió en forma increíble:

El Ejecutivo de la Unión no es ni puede ser indiferente a los males que aquejan a la clase obrera de la República; si su jornal es deficiente, si sus necesidades son muchas, si le es imposible el ahorro, si le falta trabajo, es el Presidente el primero en lamentarlo y preocuparse plenamente de esos males... Pero hay males privados que, aun reclamado todo género de simpatías, están en gran parte fuera de la acción administrativa, y tal es el caso de los que aquejan a la clase que ustedes tan dignamente representan.

*El Gobierno tiene por norma la ley, y por aspiración la justicia. Dadas las instituciones que nos rigen, le es imposible limitar la libre contratación ni intervenir de una manera directa en el mejoramiento de la condición del obrero respecto de su principal. **No hay texto legal que lo autorice,** ni conveniencia alguna económica que lo obligue a decretar Salarios, ni precios, ni horas de trabajo; nuestras instituciones, basados en los altos principios de la libertad humana y del respeto a la propiedad, vedan al Gobierno toda ingerencia directa en la relaciones de patrón a obrero... (Torre, 1984, pág. 381)*

Por lo tanto, en asuntos laborales el Ejecutivo se lavaba las manos.

Es este un ejemplo claro de que la Constitución del 57 requería reformas sobre asuntos económicos y sociales.

En 1904, el Primer Congreso Agrícola de Tulancingo, el obispo José Mora del Río y el periodista Trinidad Sánchez Santos habían propuesto una serie de medidas para mejorar la condición de los

campesinos, concretamente mejorías salariales, que no estaban reglamentadas por ninguna ley. (PCAT. 1904, pág., 124 y sgs.).

En 1906, Ricardo Flores Magón, en el Programa del Partido Liberal, proponía una serie de reformas:

1. Reducción del periodo presidencial a 4 años.
2. Supresión de la reelección...
5. Reformar y reglamentar los artículos 6° y 7° Constitucionales, suprimiendo las restricciones que la vida privada y la paz pública imponen a las libertades de palabra y de prensa, y declarando que sólo se castigarán en este sentido la falta de verdad que entrañe dolo, el chantaje, y las violaciones de la ley en lo relativo a la moral...
6. Abolición de la pena de muerte, excepto para los traidores a la Patria...
12. Declarar obligatoria la instrucción hasta la edad de catorce años, quedando al Gobierno el deber de impartir protección en la forma que le sea posible a los niños pobres que por su miseria pudieran perder los beneficios de la enseñanza.
13. Pagar buenos sueldos a los maestros de instrucción primaria.
21. Establecer un máximo de ocho horas de trabajo y un salario mínimo en la proporción siguiente: \$1.00 para la generalidad del país, en que el promedio de salarios es inferior al citado, y de más de un peso para aquellas regiones en que la vida es más cara y en las que este salario no bastaría para salvar de la miseria al trabajador.
22. Reglamentación del servicio doméstico y del trabajo a domicilio.
24. Prohibir en absoluto el empleo de niños menores de catorce años.
25. Obligar a los dueños de las minas, fábricas, talleres, etc., a mantener las mejores condiciones de higiene en sus propiedades y

- a guardar los lugares de peligro en un estado que preste seguridad a la vida de los operarios.
26. Obligar a los patronos o propietarios rurales a dar alojamiento higiénico a los trabajadores, cuando la naturaleza del trabajo de éstos exija que reciban albergue de dichos patronos o propietarios.
 31. Prohibir a los patronos, bajo severas penas, que paguen al trabajador de cualquier modo que no sea con dinero en efectivo; prohibir y castigar que se impongan multas a los trabajadores o se les hagan descuentos de su jornal o se retarde el pago de la raya...suprimir las tiendas de rayas.
 33. Hacer obligatorio el descanso dominical.
 40. Gravar al agio, los artículos de lujo, los vicios, y aligerar de contribuciones los artículos de primera necesidad. No permitir que los ricos ajusten igualas con el Gobierno para pagar menos contribuciones que las que les imponga la ley...
 48. Protección de la raza indígena.
 51. El primer Congreso Nacional que funcione después de la caída de la Dictadura anulará todas las reformas hechas a nuestra Constitución por el Gobierno de Porfirio Díaz; reformará nuestra Carta Magna, en cuanto sea necesario para poner en vigor este Programa; creará las leyes que sean necesarias para el mismo objeto; reglamentará los artículos de la Constitución y de otras leyes que lo requieran, y estudiará todas aquellas cuestiones que considere de interés para la Patria, ya sea que estén anunciadas o no en el presente Programa, y reforzará los puntos que aquí constan, especialmente en materia de Trabajo y Tierra. (González págs. 23-55)

Como se ve, Flores Magón fue muy audaz y visionario. Desafortunadamente su radicalismo lo hizo enfrentarse con Madero y todos los Jefes de la Revolución, según su propio lema “todo o nada”.

A fines del gobierno de Madero la Confederación de Círculos Católicos Obreros convocó a su congreso: a la Dieta de Zamora, en enero de 1913. Años después, los organizadores de este Congreso, “dieta2” la llamaron, se ufanaban de que sus propuestas se habían incluido en el texto del artículo 123 de la Constitución de 1917. No se puede demostrar que los constituyentes hubieran tenido a la vista el texto de las conclusiones de la Dieta, pero lo innegable es que

...los conceptos del párrafo introductorio del artículo 123... y lo que encierran casi todas sus fracciones... de manera especial las I a VI, IX, XVI, XX, XXI, se encuentran expresa o tácitamente en las conclusiones de la Dieta de Zamora” (Ulloa, 1968 pág. 337)

He aquí parte de las principales reivindicaciones que pedían los católicos:

- 1° Preservación del hogar doméstico y de la vida familiar, para lo cual se requieren, como condiciones indispensable:
 - a) La fijación en cada industria... de un salario mínimo correspondiente a un obrero adulto, en condiciones normales de vida.
 - b) Una sabia reglamentación del trabajo de mujeres y niños, tendiendo a la supresión del de mujeres casadas y del de los niños de once años, dando sólidas garantías de higiene, moralidad y seguridad al de las jóvenes solteras.
- 2° Instituciones que aseguren al obrero contra el paro involuntario, los accidentes, la enfermedad y la penuria en la vejez.
- 3° Consejos permanentes de arbitraje obligatorio para resolver pacíficamente los conflictos entre el capital y el trabajo.
- 4° Facultad de participar, en lo posible, de los beneficios y aun de la propiedad de empresas.
- 5° Protección contra el agiotaje y la especulación manifiesta o solapada que de diversas maneras, concentra en pocas manos las riquezas nacionales, abusando de la inexperiencia o necesidad ajena.

- 7° Protección eficaz del trabajo a domicilio, sobre todo el de las mujeres jóvenes costureras, fundándose, con este objeto, las obras de asistencia y defensa profesional que sean necesarias.
- 8° Representación legal ante los poderes públicos, de los intereses de los trabajadores, por medio de delegaciones profesionales corporativas.
- 9° Por lo que toca a la cuestión agraria... todo un sistema de reformas enderezado a asegurar, en lo posible, al campesino laborioso y honrado, la posesión o el uso más estable de un terreno suficiente para el mantenimiento decoroso de su familia.

Pedimos a los poderes públicos:

- 1) Que reconozcan la personalidad jurídica de los sindicatos profesionales...
- 2) Que reconozcan a los sindicatos cámaras sindicales y asociaciones privadas semejantes, el derecho de fijar una tarifa de salarios sobre la base de un salario equitativo en sí mismo y socialmente conveniente.
- 3) Que dicten y sancionen eficazmente la ley del descanso dominical.
- 4) Que introduzcan en el Código Civil las modificaciones necesarias para convertir en bienes de familia, inembargables e indivisibles pequeños dominios rurales y urbanos.
- 5) Que sometan a una severa legislación las Bolsas de Valores y Comerciales.
- 6) Que repartan más equitativamente las cargas fiscales, demasiado pesadas hoy para los pequeños contribuyentes, reformando, sobre todo, los impuestos que hacen la vida más cara y estableciendo en general un sistema de contribuciones tal que el gravamen de los pobres y el de los ricos sea proporcionado a sus fuerzas relativas. (Méndez, 1967, págs. 32 a 36)

Planes “revolucionarios” de reformas sociales

Curiosamente ninguno de los jefes triunfantes de la Revolución, es decir Madero y Carranza, proponen en sus planes iniciales medidas que, en alguna forma, impliquen modificaciones a la Constitución en temas sociales, la única reforma propuesta por Madero en el Plan de San Luis es la no reelección. Carranza por su parte, en el Plan de Guadalupe, no presenta ninguna reforma constitucional. Los vencidos de Revolución, además de Díaz y Huerta claro está, fueron Villa, Zapata y Pascual Orozco, derrotados por Carranza y a los que tardíamente la Revolución oficial fue adoptando como propios: Orozco, por su alianza con Huerta, sigue estando fuera de la Revolución oficial; Zapata sacrificado por Carranza, ya se lo ha apropiado la “Revolución Institucional”, lo mismo que Villa, odiado por Carranza y Obregón. Ciertamente que Madero en el Plan de San Luis, en el artículo 3º, tiene una muy tímida alusión al problema agrario: si se lee atentamente al Plan, se verá que propone revisar expedientes o procedimientos de compras o adjudicación de terrenos por los que no pocas comunidades indígenas fueron despojadas de sus tierras injustamente; y, si se confirma la injusticia, se les devolverán sus tierras: pero en ninguna parte habla de reformas agrarias. Por su parte, Carranza, en el Plan de Guadalupe, simplemente se empeña en desconocer el gobierno de Victoriano Huerta, pero tampoco trae ninguna propuesta de reformas agrarias u obreras. El mito de la “Revolución Social” mexicana, en su fase inicial, está por demostrarse. Otra cosa será, como veremos, lo que Carranza fue determinando a partir del 12 de diciembre de 1914.

Propuestas de los vencidos

Estando ya Madero en la presidencia, en noviembre de 1911, Zapata proclama el Plan de Ayala, en el que establece:

Como parte adicional del Plan que invocamos, hacemos constar: que los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, científicos o caciques a la sombra de la justicia venal, entrarán en posesión de esos bienes inmuebles desde luego, los pueblos o ciudadanos que tengan sus títulos correspondientes a esas propiedades, de las cuales han sido despojados por la mala fe de nuestros opresores, manteniendo a todo trance, con las armas en las manos, la mencionada posesión...

En virtud que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terrenos que pisan sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricultura, por estar monopolizadas en una cuantas manos, las tierras, montes y aguas; por esta causa, se expropiarán, previa indemnización, de la tercera parte de esos monopolios a los poderosos propietarios de ellos, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos o campos de sembradura o de labor y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos. Los hacendados, científicos o caciques que se opongan directa o indirectamente al presente Plan, se nacionalizan sus bienes y las dos terceras partes que a ellos correspondan se destinarán para indemnizaciones de guerra, pensiones de viudas y huérfanos de las víctimas que sucumban en la lucha del presente Plan... (Womack, pp. 395-396).

Zapata siempre luchó porque los pueblos recuperaran sus tierras y esa fue la razón de su rebelión y de sus empeños: nunca le perdonó a Madero su tibieza, de hacendado educado y fiel a las leyes y a la moderación, que no entendía al mundo campesinos de los pueblos del sur. Pero, en descargo de Madero, habrá que decir que Zapata era injusto porque el chaparrito idealista, Panchito, nunca habló de reforma agraria ni de repartir tierras, sólo habló de devolver tierras a los que hubieren sido despojados de ellas en forma ilegítima: siem-

pre se mantenía dentro de lo legal y lo ordenado. El buen hacendado no debió encabezar una revolución: las circunstancias, “el hado” o “la fortuna” como diría Polibio, lo pusieron, sin proponérselo él, al frente de un grupo decidido a derrocar al que había sido amo de México por más de 30 años. Zapata era injusto al tachar de traidor a Madero. En este capítulo de promesas de campaña, Madero es el extremo opuesto de Vicente Fox: Madero, ya se dijo, nada prometió, y su lucha se reducía a derrocar a Porfirio Díaz: “sufragio efectivo, no reelección”, que irónicamente, aunque con otras palabras, era la misma bandera que Porfirio Díaz había enarbolado contra Benito Juárez en el Plan de la Noria de 1871.

En marzo de 1912, Pascual Orozco lanza el Pacto de la Empacadora en el que propone:

28. La Revolución hará efectiva la independencia y autonomía de los ayuntamientos para legislar y administrar sus arbitrios y fondos.
29. Se suprimirán en toda la república los cargos de jefes políticos, cuyas funciones serán desempeñadas por los presidentes municipales.
34. Para mejorar y enaltecer la situación de la clase obrera se implantarán desde luego las siguientes medidas: I. Supresión de las tiendas de raya bajo el sistema de vales, libretas cartas-cuentas. II. Los jornales...serán pagados totalmente en dinero efectivo III. Se reducirán las horas de trabajo, siendo éstas 10 horas como máximo para los que trabajen a jornal y 12 para los que lo hagan a destajo. IV. No se permitirá que trabajen en las fábricas niños menores de diez años, y los de esta edad hasta los diez y seis sólo trabajarán 6 horas al día. V. Se procurará el aumento de jornales armonizando los intereses del capital y del trabajo, de manera que no se determine un conflicto económico que entorpezca el progreso industrial del país. VI. Se exigirá a los propietarios de fábricas que alojen a los obreros en condiciones higiénicas...

35. Siendo el problema agrario en la República el que exige más atinada y violenta solución, la Revolución garantiza que... procederá a resolverlo, bajo las bases generales siguientes: I. Reconocimiento de la propiedad a los poseedores pacíficos por más de veinte años. II. Revalidación y perfeccionamiento de todos los títulos legales. III. Reivindicación de todos los terrenos arrebatados por despojo. IV. Repartición de todas las tierras baldías y nacionalizadas en toda la República. V. Expropiación por causa de utilidad pública, previo avalúo, a los grandes terratenientes que no cultiven habitualmente toda su propiedad; y las tierras así expropiadas se repartirán para fomentar la agricultura intensiva. (Torre, 1984, pp. 466 y 467).

Como se ve, Orozco tiene propuestas agrarias y obreras: plan más revolucionario que supera al de Ayala y, por supuesto y con mucho, a los planes de San Luis y de Guadalupe. Sin embargo, lo reitero, Orozco sigue estando fuera del santoral oficial. Villa, no obstante su fama popular, no se distingue por propuestas ni obreras ni agrarias políticas, son olvidar que murió, a bordo de un automóvil, como próspero hacendado.

Hablando de 1912 no está por demás recordar que el primer reparto agrario lo hicieron los zapatistas en Ixcamilpa, Puebla, el 30 de abril de 1912 y posteriormente el primer reparto agrario carrancista lo harían Lucio Blanco y Francisco J. Múgica, el 29 de agosto de 1913, (Taracena 1912, p. 60) en la Hacienda de los Borregos, en Matamoros, Tamaulipas. (Torre, 1984, p. 578)

Carranza inicia su movimiento que, según el Plan de Guadalupe, sólo pretende derrocar a Huerta y, aunque con la bandera de restituir la Constitución de 1857, sin ningún atisbo de reformas constitucionales. No faltan quienes afirmen que varios de los firmantes del Plan querían reformas sociales y que Carranza respondía que eso vendría después: lo urgente era derrocar a Huerta. El hecho es que el de Gua-

dalupe fue un plan meramente político. Se trataba de destruir desde los cimientos toda la estructura porfirista-huertista. En mayo de 1913, Carranza emitió un terrible decreto que en la práctica significaba que se ejecutaría, con juicio sumario, a todos los prisioneros de guerra como enemigos del constitucionalismo (Cumberland, 1980, p. 77). Para no pocos constitucionalistas el enemigo a vencer, junto con el ejército federal huertista, era la Iglesia Católica (Roman, 1976, p. 20).

Durante la campaña militar contra Huerta, de marzo de 1913 a agosto de 1914, se van dando discrepancias entre Carranza y Villa que culminarían después de la toma de Torreón por el Centauro del Norte, abril de 1914; y, al triunfar el Constitucionalismo, agosto de 1914, se vio claramente que sólo la idea común de derrocar a Huerta había unido a Villa y Carranza.

Por si las dificultades entre Villa y Carranza no bastaran, los zapatistas veían mal a los constitucionalistas: para los campesinos del Estado de Morelos los constitucionalistas eran herederos de Madero a quienes ellos habían combatido con el Plan de Ayala que exigía la devolución de sus tierras a los campesinos y la reforma agraria. Por su parte los constitucionalistas consideraban a los zapatistas como una banda de bandoleros y forajidos. No en balde los sureños tenían como canción preferida “el Abandonado”: “me abandonaste, mujer, porque son muy pobre”. Sin embargo, a pesar de esta opinión de los zapatistas parece muy claro que los jefes constitucionalistas, en una u otra forma, deseaban una serie de reformas sociales, a pesar de que inicialmente no se hayan expresado en el Plan de Guadalupe. Como sea, los zapatistas y sobre todo los constitucionalistas de Obregón y Villa derrocaron a Victoriano Huerta. Desde principios de 1914, se iban viendo muy claras las diferencias entre Villa y Carranza, y después de la toma de Torreón se determinó que, al triunfar las armas constitucionalistas se convocaría a una convención militar para determinar lo que se haría en adelante.

La Convención y las adiciones al Plan de Guadalupe

La Convención se reunió en la capital del país del 1 al 5 de octubre. No asistieron los villistas. Los zapatistas obviamente no fueron invitados. Después de complicadas negociaciones, se determinó que se trasladaran a una ciudad neutral, ni villista ni carrancista, de suerte que se escogió Aguascalientes: sesionaron del 10 de octubre al 15 de noviembre. Asistieron villistas, carrancistas, constitucionalistas independientes y, a petición de Villa, los zapatistas. La Convención, en Aguascalientes, terminó en división carrancistas contra villistas y zapatistas.

El 4 de diciembre de 1914, se reunieron Zapata y Villa en México, y, en el Palacio Nacional, se tomaron una fotografía que ha dado la vuelta al mundo: Villa feliz en la silla presidencial y Zapata, desconfiado como siempre, no acierta a sonreír. Tuvieron luego una larga conversación en Xochimilco, que se conoce como “el Pacto Xochimilco”: ambos se propusieron luchar juntos para derrocar a los “burgueses perfumados” encabezados por Obregón y Carranza. Éste había tomado la providencia de refugiarse en Veracruz y el día 12 del mismo mes de diciembre, publicó sus “adiciones al Plan de Guadalupe”, anunciando que, al triunfar el movimiento armado se expedirían una serie de leyes sociales que favorecerían a los más desprotegidos. Los anticarrancistas y más de un historiador suspicaz se preguntan por qué a Carranza y a Obregón súbitamente les brotó su espíritu social: ¿esas medidas respondían a sus convicciones íntimas o, al congraciarse con obreros y campesinos, buscaban carne de cañón para luchar contra Villa y Zapata? Pero no debe olvidarse que anteriormente, el 24 de septiembre de 1913, en Hermosillo, Carranza ya había expresado que era necesario promulgar leyes que favorecieran al campesino y al obrero, pero que “serán promulgadas por ellos mismos, puesto que ellos serán los que triunfen en esta lucha reivindicadora y social” (Ulloa, 1968, p. 493).

En Veracruz, el 6 de enero de 1915, Carranza promulgó una ley agraria que en buena medida se incorporaría en el artículo 27 de Constitución de 1917. Poco después, el 20 de febrero, Obregón firmaría el pacto entre la Revolución Constitucionalista y la Casa del Obrero Mundial por el cual se establecía que la Revolución apoyaría a los obreros y éstos a su vez apoyarían a la Revolución, formando batallones con “la denominación de rojos”. Curiosamente México sería el primer país con su ejército rojo, aun antes que la Unión Soviética. Estos batallones harían el ridículo en las batallas de Celaya y León y serían importantes en el famoso sitio del Ébano. Como sea, lo importante es reiterar que Carranza y Obregón, a fines de 1914 y principios de 1915 incursionaban en asuntos agrarios y obreros.

Volvamos a la Convención: Aguascalientes pasó a la ciudad de México, de 1 al 26 de enero de 1915 con zapatistas, mayoría villistas y algunos norteros no villistas. Del 31 de enero al 11 de marzo, la Convención pasó a Cuernavaca con villistas y mayoría zapatista. Después, del 21 de marzo al 8 de julio regresaron a México, con villistas y mayoría zapatista. Luego, del 10 de julio al 10 de octubre, en Toluca eran ya casi exclusivamente zapatistas. Finalmente, los zapatistas, en Jocutla, disolvieron lo que quedaba de la convención el 16 de mayo de 1916. Habrá que decir que, ya desde Aguascalientes, los carrancistas gradualmente se fueron excluyendo de la Convención de suerte que, como ya se indicó, desde mediados de noviembre de 1914, estaría conformada por villistas y zapatistas.

Aquí sólo nos interesa consignar lo que en alguna forma fue preparando, o al menos indicando, las reformas constitucionales o nuevas legislaciones que respondieran a las aspiraciones de los jefes del movimiento armado. Antes, conviene ilustrar, *grosso modo*, la composición de esta asamblea:

Entre los constitucionalistas había dos bandos: uno absolutamente leal a Carranza (carrancistas), y otro que estaba dispuesto a sacrificar

a Carranza en aras de la unidad revolucionaria. Estos últimos eran la mayoría y estaban organizados al mando de un comité de generales independientes encabezados por Obregón. Los zapatistas invitados a participar en la Convención, asistieron finalmente como una comisión, es decir, con voz pero sin voto, pues no querían hacer un compromiso formal con la Convención antes de que ésta, a su vez, se comprometiera formalmente al programa zapatista. (Roman, 1976, pp. 31 y 32).

Había una división bastante clara entre los zapatistas, que eran radicales y anarquistas, y los norteños, incluidos los villistas, más afines al liberalismo decimonónico.

La historia de la Convención es apasionante, con páginas surrealistas y tragicómicas; pero, lo reiteramos, sólo estudiaremos las propuestas socioeconómicas, y para comprender mejor el alcance e importancia de algunos artículos de la futura Constitución de 1917.

La Convención propuso todo un programa de reformas político-sociales, de los que transcribimos lo más relevante:

Artículo 1: Destruir el latifundismo para crear la pequeña propiedad, dando a cada mexicano lo que necesite, tierra suficiente para subsistencia y la de su familia (Barrera, 1956, III, p. 142). Artículo 2: Devolver a los pueblos los ejidos y aguas de que han sido despojados y dotar de ambos a las poblaciones que, necesiéndolos no los tengan, o los posean en cantidad insuficiente para sus necesidades (Barrera, 1956, III, p. 142)

Según se deduce la lectura de las *Crónicas y Debates*, no hubo la menor discusión sobre el artículo 2°. En cuanto al 1° hubo algunas discrepancias en lo relativo a la propiedad privada y a la comunal curiosamente no se mencionan los indios, que sin duda quedaban incluidos entre los campesinos.

Artículo 5°. Evitar la creación de monopolios y destruir los privilegios concedidos por los administradores anteriores mediante la revisión de las leyes y concesiones de explotación de bosques, petróleo, minas y demás recursos naturales. (Barrera, 1956, III, p. 142)

Artículo 6°. Aplicar una legislación minera en lugar de impedir el acaparamiento de vastas zonas, declare caducas las concesiones de aquellas minas que no se exploten durante determinado espacio de tiempo. (Barrera, 1956, III, p. 142).

Tampoco hubo mayor discusión en estos artículos, como no fuera sobre los términos de la redacción.

Entre los convencionistas había gente del norte y del sur que coincidían en su preocupación por acabar con los monopolios de los recursos y de las industrias y, sobre todo en la explotación del trabajador. No hubo mayor referencia sobre el desarrollo de la industria. Si bien los sureños zapatistas insistían en autonombrarse anarquistas, no cuestionaban mayormente el capitalismo ni la posibilidad de socializar o estatizar la industria. Tampoco aparece mayor preocupación por el hecho de que eran extranjeros los principales industriales. No se ve afirmación o preocupación nacionalista, antiimperialista o anticapitalista: la preocupación básica era antimonopolista.

Artículos 11° y 12°. Implantar el sistema de voto directo, tanto en las elecciones locales como en las federales y facultar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que decida, si así lo piden los electores, en última instancia, sobre la validez de las elecciones de los Poderes de los Estados (Barrera III, p. 142.)

La discusión de este artículo fue muy interesante al tratarse el tema de si las “masas de las población” tenían derecho al voto. Cuatro norteños, con clara visión elitista y racista, se manifestaron con toda claridad en contra del sufragio universal. Algunos opinaban que era

imposible que el indio supiera por quién iría a votar; otros afirmaban que los analfabetas tampoco tenían derecho al voto, con lo cual se excluía a un noventa por ciento de la población de poder votar. Curiosamente este grupo conservador y elitista norteño estaba muy ligado a los villistas, lo cual cuestiona la socorrida afirmación, que nosotros mismos hemos expresado arriba, de la cercanía de Villa a las bases populares. Las afirmaciones genéricas tienen también sus peligros.

Sindicatos y huelgas. (Artículos 13 y 14).

13. Reconocer amplia personalidad ante la ley a los sindicatos y sociedades de obreros, dependientes o empleados, para que el Gobierno, los empresarios y los capitalistas, tengan que tratar con fuertes y bien organizadas uniones de trabajadores y no con el operario aislado e indefenso (Barrera, 1956, p. 142 y 143).
14. Dar garantías a los trabajadores, concediéndoles amplia libertad de huelga, de boicoteo, para evitar que estén a merced de los capitalistas (Barrera, 1956, p. 143).

Sin pormenorizar en toda la discusión de estos artículos, se puede concluir que los norteños, los villistas, no aprobaban las armas legales de defensa del obrero. Transcribimos la argumentación final del villista Nieto:

...todos nosotros pugnamos por levantar al proletariado. Lo único que hay es que existe diferencia de criterio entre los señores delegados que opinan por el reconocimiento jurídico y los que no aceptamos esa idea. Es decir, hay diferencia en cuanto al medio que unos y otros deberemos emplear para la redención de los de abajo, porque nosotros, los llamados burgueses, la entendemos por medio de la civilización, y los señores socialistas la entienden poniendo en manos de los hambrientos bombas de dinamita para convertirla en fuerza destructora y ciega...Hay que levantar al proletariado mejorando su condición económica, pero al mismo tiempo hay que levantarlo mo-

ralmente, sacándolo de la ignorancia, que es la peor de las esclavitudes... nosotros los que vanidosamente nos llamamos sus maestros, debemos llevar al pueblo como se lleva a un niño; de la mano, enseñándole el camino recto y honrado. (Barrera, 1956, p. 454).

Hay que hacer notar que, de los materiales de la Convención, examinados, se concluye que nunca se discutió específicamente el problema del indio. Se habla de él, pero como parte del problema agrario...

Para concluir estas líneas sobre la Convención, diremos que se puede definir a los zapatistas como agraristas radicales autóctonos con fuerte sabor anarquista. Los villistas a su vez, por lo menos un buen número de ellos, se puede catalogar como “conservadores extremistas”.

Aunque no entran en los límites de este ensayo las consideraciones sobre el Congreso Constituyente del 17, no podemos terminar sin poner en duda la afirmación que nosotros mismos hemos hecho en más de una ocasión de que dicho Congreso fue carrancista: la lectura del *Diario de Debates* hace ver la complejidad de las discusiones. Lo innegable es que los artículos sociales, en especial el 27 y el 123 tuvieron antecedentes muy variados, como hemos mostrado en estas páginas.

Fuentes

- Barrera Fuentes, Florencio, (1956) *Crónicas y Debates de las Sesiones de la Soberana Convención Revolucionaria*, Tomo III, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.
- Cumberland, Charles C., (1980) *La Revolución Mexicana. Los Años Constitucionalistas*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Congreso Constituyente 1916-1917, (1960) *Diario de los Debates*, (2 tomos) Gobierno del Estado de Querétaro, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana de la Secretaría de Gobernación, México.

- DDCC: *Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1917*
- González Ramírez, Manuel (editor), (1954) *Planes Políticos y otros documentos*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Méndez Medina, Alfredo, (1967) *La Cuestión Social en México*, México D. F., Ediciones Corporación.
- PCAT: *Primer Congreso Agrícola de Tulancingo*, (1904) México, Tipografía particular de la Sociedad Agrícola Mexicana.
- Roman, Richard, (1976) *Ideología y Clase en la Revolución Mexicana, La Convención y el Congreso Constituyente*, México, SEP Setentas (311).
- Torre Villar, Ernesto, de la, (1984) *Historia Documental de México*, Tomo II, México D.F., UNAM.
- Ulloa, Bertha, (1968) *La Constitución de 1917*, Tomo 6 de la *Historia de la Revolución Mexicana*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1968.



El derecho humano a la identidad jurídica

Irma Ramos-Salcedo

Profesor Investigador en la Universidad de Guadalajara, en materias de Derecho Internacional y Derechos Humanos, con estudios en Derecho Internacional en el Comité Jurídico de la Organización de los Estados Americanos y Amicus Curie de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

José Benjamín González-Mauricio

Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara, estuvo en la Comisión Estatal de Derechos Humanos, defensor de víctimas de violencia en Derechos Humanos y Amicus Curie de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Héctor Hugo Ramírez-Lari

Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara y coordinador de carrera en la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara.

RESUMEN: La identidad jurídica, es un derecho inherente a la personalidad y ésta a su vez, es un derecho humano, aun así, reconocido por la comunidad internacional y garantizado por diversos instrumentos de las Naciones Unidas, hay grupos que no tienen forma de acceder a este derecho, por su condición de optar por una sexualidad diversa, nos referimos a los grupos trans, los que por esta condición se encuentran violentados en su derecho humano a la identidad jurídica; por lo tanto su situación jurídica vulnerable y es obligación de cada uno de los Estados parte de la Organización de las Naciones Unidas, incorporar mecanismos y reformas legales que integren y protejan los derechos de las personas trans.

Palabras Clave: Identidad jurídica, diversidad sexual.

Recibido: 19 de septiembre de 2017. Aprobado: 8 de noviembre de 2017.

ABSTRACT: Legal identity is a personal right, and human right at the same time, therefore it has been recognized by the whole international community and guaranteed by some instruments at the United Nations.

Some other groups are not able to access to those rights because they have a different sexuality type. Of course we're referring to the LGBTI.

People in this condition suffer a lot of violence to their rights of a juridical identity and they are over exposed to situation of vulnerability. It is United Nation's responsibility to create some legal reforms to join and protect those people's rights.

Keywords: Legal identity, sexual diversity.

Introducción

Toda persona, tiene derecho a ser reconocida por su nombre, su sexualidad, su identidad; al referirnos a ésta; necesariamente hablamos de los derechos humanos sexuales, los cuales son una fuente de diversidad y de riqueza humana, por lo que en este sentido encontramos a la identidad jurídica, a la cual tiene derecho toda persona, sólo por el hecho de serlo; la identidad sexual por tanto, es un derecho personal que debe ser ejercido por cada uno de manera libre y debe estar garantizado por los estados, los cuales están obligados a establecer mecanismos de protección y supervisión para evitar sean vulnerados.

Por ello, los Estados deben adoptar las normas generales de la comunidad internacional en esta materia e incorporar en sus legislaciones nacionales, los derechos concernientes a la identidad sexual, para garantizar a toda persona que opte por una diversidad sexual, el disfrute pleno de sus derechos. Es entonces que, para entender los derechos jurídicos de las personas con sexualidad diversa, es necesario establecer los conceptos que atañen a diversidad sexual, como es el caso de la orientación sexual y la identidad de género.

Identidad de género. Esta conceptualización de la identidad de género, es una de las preocupaciones de la comunidad internacional, al proteger los derechos de los grupos de la diversidad sexual, los cuales son el reflejo del cambio cultural en diversos Estados como el nuestro, por lo que las Organizaciones Internacionales, han procurado establecer mecanismos de protección hacia los derechos a la diversidad sexual, en todo el mundo.

Dicho lo anterior, es pertinente introducir al lector en la precisión de una serie de conceptos, necesarios para entender lo que es la diversidad sexual, no sólo por la identidad de género, sino el derecho de identidad jurídica, consagrado como el Derecho a la Personalidad Jurídica, por el sistema de Naciones Unidas en diversos instrumentos internacionales.

Por otro lado, al hablar de la identidad de género, nos referimos no sólo a la que tiene que ver con el deseo o físico o sexual, sino como lo establece Fernando Muñoz, el género, no tiene que ver con la atracción... *sino con la autopercepción del sujeto; con la coincidencia o divergencia entre la percepción que aquél tiene de sí mismo y la identidad que la sociedad –o sus padres y sus médicos, en nombre de ella– le ha atribuido.* (Muñoz, 2009, pág. 341)

La identidad sexual. Ahora bien, desde la perspectiva de las Naciones Unidas, toda persona tiene derecho a vivir su sexualidad de manera diversa, como un derecho humano, esta diversidad está vinculada a lo que cada persona es, por lo que la sexualidad no es siempre algo rígido o permanente a lo largo de la vida del ser humano, sino que es algo dinámico y puede cambiar, atendiendo a la situación personal y privada, por lo que la identidad sexual es una decisión personal concatenado al derecho de elección.

Al hablar de identidad sexual, para diversas instituciones, se deben considerar tres dimensiones: La orientación sexual, la identidad de género y la identidad política, propiamente dicha. (Censida, 2016 s/p)

Al respecto consideramos que la primera dimensión es la que se refiere a la orientación sexual; lo que hace referencia al sentimiento de atracción sexual hacia hombres, mujeres o ambos.

En lo que se refiere a la segunda dimensión, encontramos a la identidad de género; esto se refiere a que la persona tiene un sentimiento de ser hombre o mujer, independientemente de su sexo genérico, es la percepción que tiene la persona de sí misma.

En tanto que en la tercera dimensión encontramos a la identidad política: la que no es sino la identificación pública realizada por la sociedad, relacionada con una preferencia sexual por lo que la persona puede ser denominadas: heterosexuales, homosexuales, bisexuales, transexuales, etcétera.

Respecto a estas tres dimensiones de la identidad sexual, las personas con diversidad sexual, se permiten optar por una serie de combinaciones que pueden permanecer o cambiar a lo largo de la vida personal.

En el tema que nos interesa, es necesario hablar de personas transgénero; concepto que generalmente se usa para describir a personas cuya identidad de género (el sentido de sí mismo como hombre o mujer) o expresión de género, difiere de aquella que se asocia a su sexo de nacimiento. De tal forma que, cualquier persona cuya identidad, apariencia, o conducta se encuentre fuera de las normas de género convencionales se puede clasificar como transgénero.

Por lo anterior, como lo hemos venido precisando, la identidad de género y la orientación sexual son dos cosas diferentes. La orientación sexual hace referencia a la atracción que una persona siente hacia un hombre, una mujer, ambos o ninguno, mientras que la identidad de género se refiere al sentido que la persona tiene de sí misma como hombre o mujer, a la forma en que se percibe.

Así que el término transgénero, constituye una denominación genérica con el que se ha designado a aquellas personas cuya identidad de género y/o sexual es diferente a las expectativas convencionales o conservadoras, basadas en las características físicas sexuales o al sexo que les fue asignado al momento de nacer.

El concepto transexual. Por otra parte, encontramos que el término transexual se refiere a aquellas personas que aspiran a someterse a una reasignación genital para cambiar su sexo de nacimiento. Estas personas están en desacuerdo psicológicamente con sus genitales ya que éstos no lo definen en su convicción de hombre o

mujer, por la cual, la persona se identifica con el sexo opuesto a su sexo biológico, y por ende, desea un cuerpo acorde con su identidad y sentimiento, además de ser aceptado como una persona del sexo al que siente pertenecer... *La transexualidad es característica por presentar una discordancia entre la identidad de género y el sexo biológico.* (Glocer, 2010, pág. 30)

La persona transexual, manifiesta el deseo de modificar las características sexuales externas –biológicas- que no corresponden al género con el que se siente identificada, lo que la lleva a pasar por un proceso de transición en el cual busca adaptar su cuerpo al género, al que siente que pertenece... *A esto se le suele denominar operación de ‘cambio de sexo’ pero el cambio existe previamente en la psique de la persona transexual.* (Pichot, 1995, pág. 55)

Hemos encontrado, además, otras categorías de personas trans en las que se incluyen a las personas andróginas, multigénero, disconforme con el género, de tercer género y personas de dos espíritus. Aunque las definiciones científicas no son exactas, estos términos varían de persona a persona y pueden cambiar con el tiempo, pero generalmente son incluyentes en sentido de combinación y/o alternancia de género. En algunos casos las personas LGBTI -personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales-, usan estos términos para describirse a sí mismas, las distintas personas nombran o denominan de diferente manera sus propias identidades.

I. La visión internacional sobre la diversidad sexual

En el mundo, las personas somos únicas e irrepetibles, con los mismos derechos de dignidad humana y gozamos de los mismos derechos humanos, al mismo tiempo, que todos, tenemos una identidad propia, irrepetible y personal, que nos hace ser diferentes y diversos, ese derecho es el que reconoce la Organización de las Naciones Unidas.

También, la diversidad sexual se da con el deseo de relacionarse erótica y sexualmente, valores que han sido reconocidos como resultados de la necesidad de una comprensión de las relaciones entre la cultura de las personas y los grupos diversos; sin embargo, en la actualidad, quienes optan por la elección erótica distinta a la tradicional o clásica, sufren de humillaciones, tratos discriminados o son rechazados socialmente.

Esta discriminación, de la que son objeto las personas con diversidad sexual tiene como fundamento el rechazo a todo aquello que se considere diferente y con este argumento se justifica de manera intolerante esta versatilidad. Una persona intolerante no acepta la complejidad como marco de convivencia porque no reconoce y no se da cuenta de que en la pluralidad se encuentra la posibilidad de enriquecimiento personal y social de todas las esferas personales y sociales.

Además, la discriminación cometida contra las personas por sus identidades sexuales distintas, se conoce como homofobia, la que se manifiesta a través de actos que restringen o limitan el acceso, goce o ejercicio de los derechos humanos relacionadas con estos grupos hasta llegar a la violencia y en casos extremos, crímenes de odio, contra quien ostenta esta diversidad.

Las personas que son víctimas de actos de discriminación no pueden desarrollarse plenamente en su vida y su esfera personal, por lo que la Organización de las Naciones Unidas (ONU), está comprometida en generar instrumentos para lograr que esta intolerancia y discriminación sea erradicada de la cultura de los Estados, incorporando mecanismos para la convivencia pacífica y armónica de estas personas que eligieron una sexualidad diversa.

A consecuencia de esto, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobó en su tercera resolución, el acuerdo para proteger de la violencia y de la discriminación a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). En

esta resolución se destaca la preocupación por el tema de la nulidad de acceso al disfrute de los derechos de estos grupos, y por ello se nombra a un experto independiente en temáticas LGBTI para evaluar la realidad de la diversidad sexual en el mundo, identifique vacíos legislativos y procure las buenas prácticas en materia de igualdad, de igual manera, informe si los países miembros de la ONU respetan o no los derechos humanos, además de que a este organismo se le ha encomendado que sensibilice a los Estados y recomiende acciones para superar la homofobia y transfobia, para lograr los objetivos del reconocimiento y protección de la diversidad sexual.

Es muy importante este nuevo paso que da la ONU en materia de no discriminación, pues se contará con un experto que diagnosticará la realidad LGBTI y propondrá medidas, al margen de cualquier consideración política o ideológica. Lo que primará es la universalidad de los derechos humanos. (ONU-ACDH, 2016, s/p)

Votaron a favor de esta resolución, en la asamblea general de las Naciones Unidas en 2016, los países de: Albania, Alemania, Bélgica, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Francia, Georgia, Letonia, México, Mongolia, Reino de los Países Bajos, Panamá, Paraguay, Portugal, República de Corea, Eslovenia, Suiza, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Reino Unido, Venezuela y Vietnam, los cuales realizarán acciones para que estos esfuerzos se vean reflejados en sus legislaciones internas.

En contra de estos principios se pronunciaron los Estados de: Argelia, Bangladesh, Burundi, China, Congo, Costa de Marfil, Etiopía, Indonesia, Kenia, Kirguistán, Maldivas, Marruecos, Nigeria Qatar, Rusia, Arabia Saudita, Emiratos Árabes y Togo, por lo que han manifestado su inconformidad a incorporar estos principios en sus legislaciones internas, por considerarlas contrarias a la formación de la familia.

En sentido progresista, se manifestaron los Estados de Colombia y Costa Rica, según su Informe sobre Derechos Humanos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales Trans e Intersex, que fue enviado para la 19ª Ronda del Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas; en este informe se habla sobre la situación de los Derechos Humanos relacionados con la orientación sexual e identidad y expresión de género y los derechos sexuales y reproductivos de las personas.¹ El objetivo es alentar a los gobiernos nacionales, a tomar medidas concretas y efectivas para eliminar toda situación que vulnere los derechos de las personas LGBTI y garantice los derechos sexuales y reproductivos para todas las personas.

Se rescata de este informe el derecho a la igualdad y a la no discriminación, haciendo énfasis en que las constituciones políticas de varios países, consagran estos derechos en su cuerpo normativo, se hace mención que las denuncias presentadas en casos de discriminación por orientación sexual, no llegan a conocerse por instancias judiciales y no se cuenta con mecanismos específicos de seguimiento a la ineficiencia estatal, que permitan la aplicación de normas de protección y existe además una ausencia total de respaldo institucional. Al realizar una búsqueda de información, de los informes periódicos, en el caso concreto, sobre discriminación, encontramos que en 2012, *son las mujeres lesbianas quienes más sufren de discriminación en los ámbitos recreativos, en tanto que las personas trans, sufren en lo laboral, un mayor índice de discriminación.* (SRI, 2016 s/p)

Si bien es cierto; que el Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas otorga una esfera de protección a las personas

1. El Examen Periódico Universal (EPU) es un procedimiento establecido por la ONU, para la supervisión de la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros que con periodicidad, deben someterse a ese examen que está especialmente diseñado para garantizar el principio de igualdad entre los Estados miembros a la hora de someterse a la evaluación de la situación de los derechos humanos.

transgénero y transexuales en relación al derecho de la identidad jurídica; la cual debe ser analizada de manera cronológica, también es cierto que en la actualidad, la evolución política y social de la comunidad internacional ha mostrado distintas y nuevas facetas que se han configurado desde la denominada era de los derechos fundamentales, incorporando de manera paulatina la protección de los derechos humanos, no así los derechos de la diversidad sexual.

Así pues, todos los Estados Miembros de la ONU incluido México, tienen importantes obligaciones en materia de derechos humanos en el que se incluye la *Diversidad Sexual*, por lo que es necesario incorporar un Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos para supervisar el accionar de los Estados miembros y cooperar con sus esfuerzos en este campo, para lo cual, los países deben contar con dos mecanismos de protección denominados mecanismos de protección de los derechos humanos en la diversidad sexual... *El mecanismo convencional y el mecanismo extra-convencional de protección de los derechos humanos*. (Caballero, 2009, pág. 557)

Además es necesario hacer un repaso de los Instrumentos Internacionales, que son parte del sistema universal de protección de los derechos humanos, en los cuales encontramos el derecho a la personalidad jurídica, y que se extiende también a la protección de la identidad jurídica, los cuales analizaremos a continuación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; que propone 30 artículos de los derechos humanos, considerados básicos o fundamentales, los cuales deben garantizarse a todas las personas en el mundo, como lo es el derecho de la personalidad jurídica, que se encuentra establecido en el artículo 6 que a la letra dispone:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. (ONU, Resolución 217 A (III), 1948, s/p)

Indiscutiblemente, este documento marca la pauta para que los estados reconozcan el derecho a la identidad jurídica de las personas trans y lo incorporen a sus legislaciones nacionales, por lo que respecto de este derecho es inherente a cualquier ser humano y deben ser reconocidos con todos sus efectos en todas las legislaciones nacionales del mundo. Este artículo manifiesta el reconocimiento a la identidad sexual al establecer que este... *Reconocimiento formal de una persona como tal, por el mero hecho de existir, con independencia de su voluntad, circunstancias, condición social, etc.* (Amnistía, Catalunya, 2009, s/p).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es un documento denominado tratado multilateral general, en el que se reconoce a todas las personas, sus derechos civiles y políticos, independientemente de su condición social u orientación sexual, así como los mecanismos para su protección y preservación. “Dicho texto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI)” (Sieghart, 1983, pág. 25).

En este documento los Estados parte reconocen el... “Compromiso de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos registrados, sin distinción alguna de raza, color, sexo, género, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (ONU-PIDCP, 1966, s/p).

Con posterioridad, el derecho a la personalidad, se incorpora en Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos, como un pleno derecho a la personalidad jurídica que gozan las personas y que encontramos en su artículo 16, que dispone: “Todo ser humano

tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (ONU-PIDCP, 1966).

Existen sistemas jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos (DDHH), como el Alto Comisionado de Naciones Unidas en Derechos Humanos (ACNUDDHH) y derivado de éste, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) creado en 2006 por la resolución 5/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que son las instituciones que promueven, garantizan y protegen los Derechos Humanos, incluidos los de la identidad sexual de las personas.

La Declaración de Montreal sobre los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales; incorpora los derechos de la diversidad sexual, por lo que está presente la progresividad de los derechos de identidad jurídica ya que manifiesta que... “Es uno de los primeros documentos adoptado el 29 de julio de 2006 en Montreal, Quebec, Canadá, por la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT, como parte de los primeros Outgames mundiales”, (ONU-CDH, 2014, s/p).

En este documento, se pretende hacer referencia a las incapacidades que tiene la Organización de las Naciones Unidas en el momento de aplicar de manera consistente la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por lo que el instrumento de protección, es una declaración que establece parámetros claros en el momento de identificar una serie de derechos y libertades relativos a las personas LGBTI, además de que este documento se convierte en una carta de referencia y enlista las demandas y exigencias de los movimientos internacionales LGBTI, como lo es; librarse de la discriminación y la tutela de los derechos de diversidad sexual.

Posteriormente, se generan otros instrumentos internacionales que tienen como objetivo internacional, la tutela los derechos de la comunidad de la diversidad sexual; Principios de Yogyakarta, por lo que un selecto y distinguido grupo de 29 especialistas en derechos humanos procedentes de 25 países, se reunieron en la Universidad

de Gadjah Mada, Indonesia, en noviembre de 2006, para controvertir la extrema vulnerabilidad y múltiples violaciones de que eran objeto, la comunidad de la diversidad sexual, por lo que de manera unánime adoptaron los *Principios de Yogyakarta* sobre la Aplicación del Derecho Internacional en Relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género.

En este documento se contienen una serie de principios legales, para garantizar la aplicación de las leyes internacionales de DDHH en relación a la orientación sexual y la identidad de género, ya que en... “Él se establecen los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen en la protección de los Derechos Humanos de las personas LGBT”. (ONU-CDH- PY, 2006, s/p).

Dicho documento, denominado de Yogyakarta, contienen un total de 29 principios que consideran los derechos a la vida, la no discriminación, el empleo, la salud, la educación, además de que abordan una amplia gama de normas de derechos humanos, establecen la necesidad en los Estados que la suscribieron, en la protección y aplicación de mecanismos de protección de los derechos de las personas con diversidad en la orientación sexual y la identidad de género.

En este texto, se ratifican los parámetros legales internacionales vinculantes, que los diferentes Estados de la ONU, se comprometieron cumplir. En cada uno de estos estándares, se establecen recomendaciones detalladas, relativas a cuestiones fundamentales, además de que incluyen también observaciones dirigidas, entre otras, a instituciones nacionales e internacionales de derechos humanos y a la organización Mundial de la Salud (OMS).

En dicho instrumento encontramos enunciada a la Diversidad Sexual y su derecho a la identidad jurídica, ya que está contemplado por estos principios en el número 3, el cual establece textualmente:

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. (ONU-CHH-PY. 2006, s/p).

De acuerdo a lo establecido en este principio, se habla no sólo del reconocimiento de la personalidad jurídicas, sino de la incorporación en las legislaciones nacionales del reconocimiento de la identidad jurídica, para lo cual se hace mención, sin distinción, entre la orientación sexual y la identidad de género, por lo que en este precepto, se establecen las bases para hacer exigible su cumplimiento a los Estados miembros de las Naciones Unidad, de proteger los derechos de la comunidad de la diversidad sexual, reorientándolos en las políticas públicas y las estrategias de desarrollo, considerados en un marco conceptual de los derechos humanos... *Las personas de diversidad sexual, tienen derechos legitimados por la comunidad internacional, a través de un sistema coherente de principios.*² (Abramovich. 2006 p. 18)

La Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, es un instrumento de la ONU; la cual fue una iniciativa de Francia y respaldada por la Unión Europea y presentada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008. En esta reunión se condenó la violencia, el acoso, la discriminación, la ex-

2. Abramovich, sintetiza los principales supuestos de la diversidad sexual. Al igual que algunos informes de la ONU, a partir de la interpretación realizada de los tratados internacionales de derechos humanos.

clusión, la estigmatización y el prejuicio basado en la orientación sexual y la identidad de género, así mismo se realizó una condena a los asesinatos y ejecuciones, las torturas, los arrestos arbitrarios y la privación de derechos económicos, sociales y culturales, originados por motivos de orientación sexual e identidad de género; y así lo hicieron sentir, plasmándolo en el artículo 4. “Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género”. (ONU-DOSIG. 2014, s/p)³.

Al decir de la declaración, esta redacción permitirá un avance para los derechos humanos, permitiendo la ruptura de tabúes y paradigmas sobre los derechos de la comunidad LGBTI en la comunidad internacional, facilitando la incorporación de los mecanismos de protección a estas personas, en las legislaciones nacionales.

Ahora bien, atendiendo a estas interpretaciones, el *Consejo de Derechos Humanos* de la ONU ha insistido en erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género y ha sido enfática en condenar dicha actividad, por considerarla un acto denigrante a la integridad de las personas de diversidad sexual.

Así pues, el 17 de junio de 2011 fue aprobada la Resolución A/HRC/17/L.9/Rev.1 de la ONU sobre *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género* que motivó al Estado Chileno a votar, condenando la violencia y la discriminación por orientación sexual o identidad de género, quedo plasmado en el texto de esta resolución, por lo que se establece:

Expresando su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género,... [el HRC]

3. Texto adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1996 y entro en vigor el 25 de marzo de 1976.

decide celebrar una mesa redonda durante el 19º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, sobre la base de los hechos señalados en el estudio encargado por la Alta Comisionada, y mantener un diálogo constructivo, fundamentado y transparente sobre la cuestión de las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. (ONU-CDH, 2014 s/p).

Es por ello, que la comunidad internacional alerta a los Organismos Internacionales, de que muchos Estados imponen unilateralmente normas de género y de orientación sexual, a las personas a través de las costumbres, las leyes y la represión, lo más grave es que controlan las formas en que ellas experimentan las relaciones personales y cómo se identifican a sí mismas. Alejada de todos los principios y el sistema de protección de la ONU para estas personas de diversidad sexual; por lo que sin esta supervisión y vigilancia, poco o nada se logra en la incorporación y armonización de las legislaciones nacionales de los derechos de las personas a una identidad jurídica.

Dentro del marco de los trabajos de la XIV edición, en la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrado, en 2002, los Estados consideraron necesaria, la elaboración de Reglas Básicas (Reglas de Brasilia) relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, por lo que se elaboraron, analizaron y desarrollaron los principios de acceso a la justicia en la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano*, específicamente los que se incluyen en la parte denominada una justicia que protege a los más débiles.

Aun con todos los esfuerzos por parte del sistema Universal de la ONU, para garantizar la eficacia de los derechos de acceso a la justicia, su falta de regulación nacional en cada país, afecta a todos los ámbitos de la política pública, por ello encontramos que la vulnerabilidad es mayor, cuando se trata de personas en la condición de diversidad

sexual, ya que éstas encuentran mayores obstáculos para su ejercicio. Para ellos, la exigencia es mayor y es necesario que los Estados lleven a cabo una actuación y vigilancia más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones, proporcionando el acceso a la justicia, a las personas que son sujetas a esta condición vulnerable... “De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social”⁴ (CJI-CDPJEJ-RB, 2002, s/p).

Respecto de la Diversidad Sexual, la Organización de Estados Americanos (OEA) ha adoptado una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, conocido como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En este sistema regional, se reconocen y definen los derechos consagrados en esos instrumentos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección.

De igual manera, este sistema regional crea dos órganos destinados a velar por la observancia de los Derechos Humanos, incluidos los de Diversidad Sexual... “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en la ciudad de Washington D.C. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en San José de Costa Rica.”⁵ (CIDH, 2014, s/p)

El sistema interamericano de Derechos Humanos, contiene fundamentos para los derechos de Diversidad Sexual, en sus diversos instrumentos jurídicos, desde la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en 1948, al igual que

-
4. Las 100 Reglas de Brasilia, sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, son el estándar del sistema judicial iberoamericano para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
 5. Revista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana”, 2014.

la Carta de la OEA, suscrita en 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969, vigente desde 1978.

Asimismo, respecto de la Convención Americana citada anteriormente, podemos observar que determina que la Comisión y la Corte Interamericanas, son los órganos facultados para conocer de los asuntos y obligaciones establecidas en la Convención... “Establece que la Comisión y la Corte son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención”. (OEA-CA, 2015), s/p.

Igualmente regula su funcionamiento, así como para la promoción y protección de los derechos humanos de los habitantes del Continente Americano, que han sido objeto de violaciones a sus derechos por parte del Estado, y respecto de la identidad jurídica, encontramos que en su artículo 3 establece: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. (OEA-CA, 2015 s/p).

En lo que respecta al concepto de persona transgénero y transeuales, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no establece expresamente en sus disposiciones normativas el derecho a la identidad, sin embargo, con esta discrepancia, la “Corte Interamericana ha considerado que dicho derecho está protegido bajo el derecho internacional, toda vez que es un elemento consustancial del ser humano”. (OEA-CRIDH, Caso Gelman, 2011, s/p).

Es así, que, el derecho a la identidad constituye un elemento inherente al ser humano tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad. Además, la Corte IDH ha concluido que... “El derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”. (OEA-CRIDH, Caso Contreras y otros, 2011 s/p).

En este mismo sentido, la preocupación por el órgano interamericano se ve manifestado al reconocer el estado de vulneración que sufren ciertas personas, por lo que el Comité Jurídico Interamericano ha señalado que... “El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”(OEA-CJI, 2007, p. 3)

Con posterioridad, encontramos que, el 17 de diciembre de 2010 llega a la jurisdicción de la Corte IDH el primer caso relacionado con derechos de la diversidad sexual, teniendo por nombre Caso Atala Riffo y niñas”. (OEA-CRIDH- Caso Atala Riffo, 2010, s/p).

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación en perjuicio de Karen Átala, por parte de una jueza chilena, a Karen Atala se le había retirado judicialmente la custodia de sus (para entonces) tres menores hijas con base en argumentos discriminatorios relacionados con su orientación sexual.

Previamente en la misma sentencia, la Corte Interamericana, afirmó que la orientación sexual y la identidad de género constituían categorías de discriminación sospechosas o prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y que, por tanto, una vez establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de dichos criterios, corresponde demostrar al Estado que la conducta desplegada por éste, no constituye una forma de discriminación. En otras palabras, la Corte Interamericana estableció que, la orientación sexual y la identidad de género de las personas, son categorías protegidas por la Convención. Está prohibida por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho nacional o interno, sea por

parte de autoridades estatales o de particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su preferencia u orientación sexual.

Bajo estos argumentos la Corte Interamericana (CRIDH), dictaminó que la orientación sexual comporta ciertos elementos esenciales del derecho a la vida privada de los individuos. Dicho esto, estableció una trascendental afirmación, lo que consolidó el derecho a la Diversidad Sexual y estipuló, en el sistema interamericano, un marco de respeto y garantía de la expresión sexual diversa o no tradicional, para todas las personas del sistema regional.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó y publicó el 12 de noviembre de 2015, el informe regional sobre la violencia perpetrada contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales en América Latina, donde podemos observar, el fenómeno social de violencia y discriminación, derivado de los múltiples testimonios que se vierten en el informe, enfocado a identificar la violencia contra las personas LGBTI. Los actos de violencia contra las personas LGBTI, como se desprende del informe, se transmutan a crímenes de odio, comprendido bajo el concepto de violencia por prejuicio motivada por las sexualidades e identidades no normativas.

De esta forma, la violencia contra las personas LGBTI, es utilizada para sancionar y denigrar a las personas que se ubican fuera de estos conceptos denominados “normales”, en razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género. Es preocupante, que un año después de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, rindiera el informe del 2015, en el informe número 16, que rindiera esta misma, en lo referente a la incorporación de medios de defensa y protección de Derechos Humanos en las legislaciones de los Estados, consideren una circunstancia excepcional la situación de vulnerabilidad de la identidad de género de las personas transgénero y transexuales (se han incrementado los crímenes de odio a

las personas de la Diversidad Sexual) señalando que en esos casos la Comisión:

En circunstancias excepcionales, y luego de haber solicitado información a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del presente Reglamento, la Comisión podrá abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo. La decisión será adoptada en una resolución fundada que incluirá un análisis de las circunstancias excepcionales. (OEA-CIDH, 2016, p. 1)

Las organizaciones latinoamericanas, al rendir sus informes manifiestan que, la expectativa de vida de las mujeres trans en el continente americano es de 30 a 35 años de edad. Según la información estadística recolectada por la CIDH, 80% de las personas trans asesinadas durante un período de 15 meses tenía 35 años de edad o menos, cifra que es alarmante y que hace manifiesta la necesidad y urgencia de incorporar mecanismos de protección de derechos a la personas en esta condición vulnerable.

También, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha recibido informes de organismos no gubernamentales, que demuestran que las mujeres trans que ejercen trabajo sexual son particularmente vulnerables a la violencia en su entorno comunitario, siendo objeto de consistentes violaciones y delitos realizados en su contra, no por el hecho de ser trabajadoras sexuales, sino por su condición de persona trans. “La violencia que sufren las personas intersex difiere de la que por lo general sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) Muchos de los actos de violencia contra las personas LGBT, comúnmente conocidos como crímenes de odio, se comprenden mejor bajo el concepto de violencia por prejuicio, motivadas por las sexualidades e identidades no normativa. Las orientaciones e identidades sexuales diversas desafían las nociones

fundamentales sobre el sexo, sexualidad y género heteronormativas”.⁶ (OEA-CIDH, 2015, p. 30)

Ahora bien, al estudiar otros sistemas de protección de los Derechos Humanos, encontramos el Sistema Europeo de Derechos Humanos, al que diversos estudiosos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consideran que es el que mayores progresos ha tenido en esta materia, ya que amplía la gama de protección de Derechos Humanos a los de la Diversidad Sexual.

“El Sistema Europeo para la protección de los derechos humanos, es el sistema regional más antiguo y el que mayor grado de evolución y de perfección ha alcanzado”. (Fernández, 1995, p. 88).

Esta condición de identidad de género fue analizada por el Tribunal Europeo ya que en el año de 1992, en el denominado Caso B, el... “*Tribunal Europeo Derechos Humanos reconoció por vez primera, el hecho de que un Estado se negara a permitir que las personas transgénero cambiaran sus indicadores de género en sus documentos oficiales, con lo cual se violentaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*” (TEDH- Caso B., 1992, s/p).

Con este reconocimiento se crea un precedente de la violación a los derechos humanos de los grupos trans y permite la actuación de un órgano Internacional. Bajo esta misma tesis y argumentación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dicho también, que... “*la eliminación de la referencia hombre y mujer en la Charter of Fundamental Rights of European Union, amplía su alcance en relación con los artículos concordantes de otros instrumentos, pero la referencia al derecho interno refleja la diversidad de las reglamentacio-*

6. CIDH, Informe regional sobre la violencia perpetrada contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales LGBTIT.

nes nacionales que permiten la cobertura amplia de derechos a estas personas”.⁷ (TEDH-Caso 28957/95 vs. Reino Unido, 2000, Párr. 100)

Además, advierte este tribunal que la tendencia, no sólo es de aceptar los derechos de la persona trans, sino a favorecer, el reconocimiento legal de la nueva identidad sexual... “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el cambio de los documentos de identificación y la adecuación del nombre, no permite vivir a los transexuales, de acuerdo con la identidad que les es propia y sufren continuas humillaciones y discordancias en el trato que se les da, por haberse cambiado el género de forma irreversible, al no obtener todos los derechos del género adoptado y al tener que revelar en múltiples actos de su vida un sexo al que ya no pertenecen.” (TEDH-Caso *Schalk and Kopf*, 2000, párrafo 60)

Es entonces, que a partir del caso de *Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*, se observa la progresividad de las jurisprudencias actuales en el TEDH, ya que se refleja “El reconocimiento y la reafirmación de que la discriminación por orientación sexual y la identidad de género, violan los derechos humanos protegidos.”⁸ (TEDH, *Caso Christine Goodwin* 1999, s/p).

II. Panorama de la diversidad sexual en México

Es cierto que las Constituciones de diversos países de América Latina han integrado el reconocimiento de los derechos humanos en sus Constituciones de manera expresa. Por lo que el esfuerzo de México,

7. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó dos casos sobre derecho de identidad, el primero fue el *Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*. Párrafo 100 y el *Caso Schalk and Kopf Vs. Austria*. Párrafo 60

8. El *Caso Smith y Grady vs United Kingdom*, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, número 33985/96, resuelto en 1999. Ya que en 1999, el Tribunal Europeo sostuvo que la baja de los miembros de la Real Fuerza Aérea por motivos de su homosexualidad violaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, reconocido por primera vez, el derecho a la diversidad sexual.

aunque tarde, tiene el objeto de cumplir con las obligaciones internacionales suscritas ante la comunidad internacional y en cumplimiento a estas obligaciones, en junio de 2011 se da la tan anhelada reforma constitucional en materia de derechos humanos, trasformando, cuando menos en lo legal, el sistema jurídico de protección de los derechos plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos que protegen los derechos humanos.

Los efectos de la reforma, hasta el momento, son positivos, ya que permite que los operadores de los poderes judiciales y otras autoridades Estatales, utilicen estas herramientas de defensa hacia las personas con sexualidad diversa, permitiendo a los jueces del Estado, la libre interpretación de la norma en una interpretación persona, observando en todo momento los principios de la no discriminación, la igualdad y la inclusión.

Debemos considerar que antes de la reforma en Derechos Humanos en México, no había distinción entre estos y las Garantías Individuales, los cuales eran sólo buena voluntad del Estado, afortunadamente, el presupuesto jurídico ha sido rebasado, convirtiéndose ahora en un sistema garantista y reconociendo plenamente los derechos humanos de la diversidad sexual, ya que no hace distinción alguna respecto de los derechos de las personas con sexualidad diversa.

En México, el reconocimiento de los diversos tratados del derecho internacional de los DDHH, aplica incluso a los derechos que no estén reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, por lo que los derechos de las personas a la identidad jurídica cuando se trata de personas trans, son fundamentales; los cuales se consideran fundamentales, para ser atendidos e incorporados en el bloque de Constitucionalidad, la cual puede ser incluyente a través de la reglamentación adecuada, del artículo primero constitucional.

En contravención a lo expresado anteriormente, en México, se ha relegado a la comunidad trans, no sólo por ser un grupo en contra de la

normalidad establecida por la sociedad, sino tratada como un sector vulnerable, invisible, al que le es difícil de acceder a sus derechos humanos, debido a que no existen políticas públicas, para atender los problemas que les afectan y repercuten en su vida diaria, mediante costumbres tradicionales arraigadas de la sociedad y cuyos patrones se repiten en un círculo vicioso, que sólo desaparecerá cuando se ofrezcan oportunidades iguales a esta personas con diversidad sexual distinta a la conducta conservadora.

De tal manera, es necesario que se reformen en el país, las legislaciones internas, para hacer que las leyes sean accesibles al reconocimiento pleno de la identidad jurídica de las personas transgénero y transexuales o bien que las ya existentes, se armonicen con una perspectiva de derechos humanos, basados en el Art. 1 Constitucional, al mismo tiempo en el que se establece una estrategia de sensibilidad hacia la sociedad e incluso la comunidad internacional, atenta e informada sobre lo que sucede respecto de este tema y establezca los mecanismos de acceso a la vida integral hacia las personas trans, que permita al Estado mexicano y a otros Estados, lograr una atención eficiente y efectiva de las personas en esta condición vulnerable.

Ahora bien, para lograr la armonización de las leyes nacionales en México, expertos en Derechos Humanos, establecen que deben observarse los siguientes principios normativos en la reforma:

- a) Normativa: que tome en cuenta la legislación internacional y nacional en derechos humanos que tutela a la diversidad sexual, en la que el Estado acepta que ha de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, según lo establece el Artículo 1 Constitucional;
- b) Procesal: Son las directrices dadas por el Centro de Estudios para América Latina (CEPAL) y que se refieren a crear en las legislaciones nacionales y en las leyes secundarias, “programas, procesos, mecanismos y políticas coherentes con sus conteni-

dos en acciones concretas y las normas en las que se sustentan” (ONU- CEPAL, 2016, p. 22).

Es necesario establecer en estos sistemas de armonización, diversos sistemas de monitoreo y evaluación para la adecuada implementación de los mismos, “en una lógica de multi-direccionalidad en la que los diversos actores obligados e interesados en el tema han de interactuar, dando con ello un carácter dinámico al concepto y respondiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad” (ONU- CEPAL, 2010, p. 22)

Cada uno de los Estados está obligado a promover e instaurar en sus legislaciones, los estándares mínimos para salvaguardar los derechos humanos y la identidad jurídica de las personas de sexualidad diversa, “En este sentido, los principios y las obligaciones cumplen la promesa de la constante creación de los derechos humanos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles, siempre permanecerán como una promesa a futuro, luego, los derechos humanos siempre serán los derechos por venir.” (Serrano, 2012: p. 17)

Ante todas estas omisiones, como ya lo analizamos con anterioridad en diversos instrumento internacionales y regionales, existen los parámetros y condiciones para consolidar los Derechos Humanos reconocidos en al ámbito local, referentes a la personalidad jurídica, que permita al Estado mexicano ser vanguardista, ya que inicio en 2011 una reforma constitucional en materia de protección de los Derechos Humanos.

Para lograrlo debe allegarse de los diversos instrumentos legales internacionales, recurriendo al análisis de los Derechos Humanos consagrados desde la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos... *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”* (DUDH, 1948 s/p)

A lo largo de estas páginas, hemos conocido de situaciones que corroboran el grado de discriminación y de vulnerabilidad de las personas trans, dado las limitantes en razón del ejercicio de su derecho a la personalidad jurídica, respecto de la identidad de género, visualizando las condiciones contextuales que versan en las directrices legales a nivel de los Estados, tanto en el ámbito nacional e internacional en materia de derechos humanos, que ahora con la progresividad de los derechos, deben guardar la máxima tutela constitucional y convencional.

De este modo, todo el planteamiento y desarrollo de la reforma constitucional mexicana es incompleta, al estar fundada en la prevalencia de diversos tipos de afectaciones a la violación a los derechos de las personas trans, ya que al no cumplir con la protección de los derechos a la identidad jurídica de estas personas en las legislaciones internas de las entidades federativas, no cumplen con el respeto al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y no garantizan los derechos otorgados a todas las personas en materia de identidad jurídica, aun, cuando la plataforma de igualdad de derechos que deben de tener toda persona humana, estén reconocidos en la constitución mexicana en su artículo primero.

Desde esta perspectiva constitucional y desde la perspectiva de Juan Enrique Medina, la personalidad jurídica es parte fundamental de la Identidad por lo que... *“Personalidad jurídica entenderemos, a aquel hecho que reconoce a una persona y brinda la capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros.* (Medina, 2010, pág. 575)

Por tanto, desde esta visión, los países, al reconocer en su legislación nacional, derechos de personalidad jurídica, pueden ampliar su protección a la identidad jurídica, la... *“Personalidad jurídica y sus derechos de identidad, no son más que la atribución otorgada por*

el ordenamiento jurídico de derechos y obligaciones, a los titulares de los seres humanos”, (Medina, 2010. p. 583.)

De tal manera que al conceptualizar el término “persona” en las legislaciones del mundo, se de amplia protección e inclusión en el marco legal, a un conjunto de derechos y obligaciones, que constituyen una entidad psicológica y biológica del mundo del ser. Al referirnos de manera específica al concepto de persona física, tal y como lo describe Kelsen, el ámbito del término “*persona*” es como “*portador*” de derechos y obligaciones. Así pues, podemos inferir que el... “*Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se refiere a la facultad de ejercer y gozar de sus derechos, la capacidad de asumir obligaciones, y la capacidad de actuar.*” (Kelsen, 2003, pág. 87).

III. El Derecho Humano a la personalidad jurídica

La personalidad jurídica se advierte del enfoque y bajo la perspectiva de los derechos humanos, el derecho de la personalidad jurídica es uno de tantos derechos humanos, que integran la contextualización de la dignidad humana y establecidos desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerando este derecho de personalidad es un presupuesto convencional y constitucional de todos los derechos y manifestaciones de núcleo vital de una sociedad.

Por lo tanto, estos derechos de personalidad e identidad jurídica son... “Inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna.” (ONU-ACD-HNU, 2014 s/p).

Dicho de otra manera, el Doctor Sergio García Ramírez, define los DDHH, como todos “Aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todo ser humano, en cuanto al pleno desarrollo del proyecto de vida; entendiendo como derecho subjetivo cualquier

*expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica.*⁹ (García, 2002, p. 26).

*Es entonces que se puede indicar que los Derechos Humanos (DDHH) son las condiciones mínimas y básicas indispensables que permiten a las personas desarrollarse plenamente en la sociedad. De igual manera, Luigi Ferrajoli, nos señala que los derechos de personalidad son... “Derechos universales que gozan todas las personas, a todos los ciudadanos, a todos los sujetos con capacidad de obrar, cualquiera que sea la extensión de la clase de sujetos que en un determinado ordenamiento jurídico sean calificados como personas que los haga titulares para el ejercicio de alguna expectativa positiva o negativa por derivación de un mandato normativo.”*¹⁰ (Ferrajoli, 2005. p. 19.)

Ahora bien, recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, ha declarado mediante la jurisprudencia .1a./J.8/2017 (10.a.) de la 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación en Materia Constitucional, con Fecha de Publicación del 27 de Enero de 2017, que a partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia, entiende que “la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres” (SCJN-Ira.Sala, 2017, jurisprudencia 1ª/j.8/2017), con lo que no sólo se reconoce el derecho a la personalidad jurídica para estos efectos, sino que garantiza el acceso efectivo a todos los dere-

9. García Ramírez, Sergio. Fue Juez y Presidente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

10. Ferrajoli, explica la evolución de los derechos fundamentales en: Teórica, Formal o estructural, Neutral.

chos emanados de la personalidad jurídica, y que le son aplicables también a la comunidad sexual diversa.

Aportaciones

México, ha suscrito innumerables convenios, pactos y acuerdos que contienen los derechos a la personalidad, incluyendo la identidad jurídica, sin embargo no tiene una reforma integral en esta materia, sólo la reforma del Artículo primero es incompleta, pretende ser una reforma en derechos humanos, sin embargo, no alcanza para identificar en las legislaciones nacionales los derechos de la personalidad, menos los derechos a la identidad jurídica; por lo que no encontramos mecanismos idóneos y efectivos para reconocer la personalidad jurídica de las personas trans, y el sentido de la reforma constitucional en derechos humanos es proteger a “todas las personas, sin distinción de raza, color, religión, sexo etcétera”, sin embargo, deja a las personas con sexualidad diversa en un estado de indefensión y sin acceso a una justicia efectiva, sumergiéndolas en un estado de vulnerabilidad y propensas a la discriminación y violencia en su condición de persona trans, ya que se les deja sin el derecho a gozar de su identidad jurídica.

Para que podamos entender la dimensión del problema, es necesario reconocer e incorporar mecanismos efectivos y eficaces para la protección de los derechos de las persona LGBTI; los cuales no tienen reconocidos estos derechos derivados de su orientación sexual e identidad de género, lo que limita y frena el desarrollo pleno de sus capacidades, y son continuamente, objeto de discriminación por esa falta de acceso al pleno ejercicio de sus derechos, no basta sólo el reconocimiento de estos, sino deben establecerse procesos de vigilancia y cambiar su condición de vulnerable.

Ahora bien, para resolver la problemática de la falta de mecanismo de acceso a los derechos a la identidad jurídica, debemos

destacar la necesidad y urgencia de armonización los Códigos Civiles nacionales, en materia de género; acordes a lo dispuesto por la propia Constitución Federal, la cual reconoce que los DDHH son inalienables e innatos al ser humano, que configuran el desarrollo a su personalidad humana, la cual es una necesidad básica para este grupo histórico en situación de vulnerabilidad, puesto que de ello deviene la violación a otros tipos de derechos, como el derecho al trabajo, seguridad social, derechos económicos, sociales y culturales, y cuya justiciabilidad se encuentra en el artículo 1.1 de la Convención Americana,

En el ánimo de los instrumentos internacionales y la intención del legislador mexicano en la reforma al artículo primero constitucional, la reforma en derechos humanos, pretende que todos los Derechos Humanos sean garantizados sin exclusión alguna, sin embargo al no prever instituciones o mecanismos de acceso a la personalidad jurídica de grupos con diversidad sexual, sujetas y bajo la protección del Estado mexicano, la reforma constitucional tan festejada, es ineficaz, ineficiente y parcial, ya que estas personas sujetas a su jurisdicción, no tienen acceso a su identidad jurídica, por lo que para la legislación nacional, no existen o son invisibles.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, uno de sus principios fundamentales, es que... “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados de razón y conciencia”, derivado de lo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en su artículo 17 establece que... “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”, así mismo podemos evidenciar en todo momento que la identidad jurídica es un derecho de la población trans, como binomio inseparables de sus derechos de personalidad jurídica; así como se desprende del preámbulo de la Convención Americana de los Derechos Humanos y de los demás instrumentos internaciona-

les, en los cuales se establece que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, por lo que este tipo de derechos exigen la misma atención y urgencia, porque son derechos que garantizan el acceso y la justiciabilidad de manera directa.

Para que esta violación sea declarada por algún sistema de derechos humanos, llámese nacional e internacional, debe existir una declaración de la violación autónoma de este derecho, en relación con las “obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana cuando las circunstancias del caso concreto así lo exijan”. (Ferrer Mac-Gregor, 2013, Caso Suárez Peralta vs Ecuador, párrafo. 4 Pág. 19)

No basta que esta investigación resalte la urgencia de atacar la desigualdad en la que se encuentran las personas que optan por la sexualidad diversa, sino que el Estado debe acatar las disposiciones y principios de la Convención Americana y las consideradas en los ámbitos nacionales o regionales que son considerados de “extrema gravedad,” por lo que habiendo resaltado el proyecto de acuerdo 146 del 2008 del consejo de Bogotá, las legislaciones nacionales, como la nuestra, “Son omisas al realizar una interpretación evolutiva, es decir, acorde a los tiempos y necesidades actuales que se centran en todo acuerdo o práctica ulterior de los Estados Parte” (Vio Grossi, 2012, p.21), tal y como se desprende del Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi en el Caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica, Sentencia del 28 de Noviembre de 2012, sobre el tema de Fecundación *in vitro*, casos que son urgentes y deben ser atendidos de forma adecuada en cada uno de los países miembros de la ONU.

Es necesario además, incorporar a la legislación civil nacional, los criterios derivados de la Carta Americana de Derechos Humanos, tales son la interpretación y la progresividad, tal y como los establece en los artículos: 29 y 26, el primero referente al alcance interpretativo de los derechos humanos que en relación con el segundo, el artículo 26, en relación a la aplicación al desarrollo progresivo

de los derechos, son principios interpretativos sobre los cuales ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,

En lo relativo a la plena efectividad de derechos y su justiciabilidad, encontramos que no existe en la legislación mexicana esta efectividad y eficiencia de los derechos humano, menos aún la justiciabilidad de los derechos a la identidad jurídica, dejando en una situación de extrema vulnerabilidad a las personas trans, las legislaciones nacionales desconocen el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas transgénero y transexuales en ejercicio a la igualdad. Tal y como se establece en la Observación General número 18, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales del 24 de noviembre del 2005 en su párrafo 5; por lo que México incumple en la efectividad de los derechos.

En México, el reconocimiento a los derechos de la personalidad se encuentran dentro del marco normativo Estatal, por lo que su armonización debe realizarse de forma que sea compatible con todos los instrumentos de protección de DDHH que representa el corazón del Sistema Interamericano, para que la reforma constitucional mexicana, en materia de Derechos Humanos, sea completa y efectiva.

El método de interpretación y el activismo de grupos vulnerados en sus derechos, permitirá desafiar al sistema sexo/género de forma radical, para que con ello se desarrollen políticas y normativas para la instrumentación de sistemas de protección de las personas trans. No tengo dudas de que esas propuestas encontrarán detractores que intentaran limitar o prohibir la incorporación e un sistema progresista en derechos humanos, pero también estoy cierta en que estas propuestas, encontrarán eco en activistas, legisladores y organismos de la sociedad, ávidos por concluir integralmente la reforma constitucional en los derechos humanos.

El principal reto jurídico para el reconocimiento de las personas trans, lo encontraremos en la sociedad, en razón de su formación

como sociedad mexicana, apegada a sus usos y costumbres conservadoras, por lo que es necesario implementar sistemas de sensibilización con la población en general, que permita la tolerancia y el respeto de los derechos a figuras jurídicas para el control y determinación de identidades diversas.

El reto resulta aún mayor, al encontrar que el ordenamiento jurídico tiene como objetivo preservar el orden y recrear la dominación del sistema hetero-normativo, por lo que la tarea no será fácil y conlleva una serie de sinsabores. En cualquier caso, el desarrollo normativo y jurisprudencial impulsado en los últimos años por otras comunidades, ha demostrado que es posible mejorar las condiciones de vida de la población trans a través del derecho y fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos, creando nuevas apuestas políticas desde el Estado, comprendiendo que las instituciones jurídicas, juegan un papel relevante en la toma de decisiones sociales y en los discursos públicos sobre la sexualidad y su diversidad, dejando como tema pendiente y urgente derivado de la reforma constitucional, la propuesta de mecanismos eficientes que verifiquen la tutela y protección de estos derechos. La realidad nos muestra que el transgénero y la transexualidad son fenómenos reales y que las personas trans son personas reales que sufren inmensamente por esta situación que les ha tocado vivir, en tanto la sociedad violenta y discrimina a estas personas, ellos y ellas se sienten incomprendidos y vulnerados en sus derechos.

Las personas transgénero y transexuales, en su condición de inexistencia jurídica, constituyen una población especialmente vulnerable y por tanto, se encuentran en una posición de desventaja social, en comparación con el resto de la sociedad, de manera más intensa en ciertas etapas de la vida que resultan fundamentales para desarrollo integral, psicológico y personal: nos referimos a la adolescencia y la juventud-madurez, que suele ser la etapa del inicio de los cambios en la orientación e identidad sexual.

Las personas pertenecientes a estos grupos vulnerables o LGBTI, continuamente se enfrentan a la discriminación, por lo que la comunidad internacional ha exigido a los gobiernos nacionales, tomar acciones positivas para fomentar los derechos LGBTI y erradicar la discriminación sobre todo en las áreas de salud en general, subvenciones de cirugías de reasignación de sexo, tratamientos médicos necesarios a estas personas y atención a las necesidades específicas de esta población, tal y como se señala en la Declaración de Montreal en su cuarto artículo.

Fuentes

- Abramovich y Pautassi. (2006). *Jornadas pobreza y derechos humanos*, Cap.7. El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales, Recuperado 17/II/2017 <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-derechos-y-la-institucionalidad-de-las-politicas-sociales.pdf>
- Amnistía, Cataluña, (s/f) Recuperado 7/VII/2009 <http://www.amnistiatalunya.org/edu/es/historia/dh-a6.html>
- Caballero. (Coordinador). (2009) *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*. México: Porrúa.
- Censida- GDL, (2015), Diversidad sexual. s/p. Recuperado 16/X/2017 <http://www.censida.salud.gob.mx/interior/prevencion/nueva/condon.html#>
- CEPAL-ONU, (2016) *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*. Recuperado 7/VII/2017 <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40326-estudio-economico-america-latina-caribe-2016-la-agenda-2030-desarrollo>
- CRIDH-Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, (2013) s/p. Voto Concurrente del Juez en su Sentencia del 21 de mayo del 2013, en el Caso Suárez Peralta vs Ecuador, párrafos 4 y 5. Recuperado 10/VI/2016 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf
- CRIDH-Vio Grossi, Eduardo, (2012). p.21.Voto Disidente del Juez, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs Costa Rica, Sentencia

- de 28 de Noviembre de 2012. Recuperado 16/VII/2017 http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- DUDH. (1948). s/p. Recuperado 11/XI/2016. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Fernández de Casadevante. (1995) “*El Sistema Europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa*”, Lecciones de Derechos Humanos. Aspectos de Derecho Internacional y de Derecho Español, Librería Carmelo, San Sebastián, pp. 89-144.
- (1995) “*Lecciones de derechos humanos aspectos de derecho internacional y derecho español*” España. Ediciones Carmelo.
- Ferrajoli, L. (2005), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Estructuras y procesos. Derecho. Madrid: Trotta.
- García Ramírez. (2002) *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Glocer. (2010). “*Sexualidades nómades y transgénero*”. Diversidad sexual. Buenos Aires, Argentina: B. Zelcer.
- Kelsen H. (2003), *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Verengo. México: Porrúa.
- Medina (2010). “Derecho civil. Aproximación al Derecho.” *Derecho de Personas*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Muñoz. (2009). *Derechos Humanos y diversidad Sexual: contexto general*, Chile: Universidad Austral. Recuperado 10/X/2016. https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.339-354.pdf
- OEA-CIDH. (2014). s/p, CRIDH-Revista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana”. Recuperado 09/IX/2016. <http://www.centrocarbonell.mx/wp-content/uploads/2017/01/ABC-de-la-coidh.pdf>
- OEA-CIDH. (2016). Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1/ 16 pág.- 1. Recuperado 7/07/2016, en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-16-es.pdf>
- OEA-CIDH-informe. (2015) p. 01. Recuperado 16/XI/2016 <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/143.asp>
- OEA- (2014). <http://www.oas.org> Recuperado 02/II/2014

OEA-CIDH. (2016). Recuperado 20/II/2016 <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>
<https://www.oas.org/es/cridh>

OEA-Comité Jurídico Interamericano- (2007). Opinión, supra nota 133, párr. 12, y Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 123. Recuperado 05-12-2015 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

OEA-CADH. (2014). Artículo 26, desarrollo progresivo de los Derechos Humanos. Recuperado 02/1/2015 http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

OEA-CRIDH- Caso “Atala Riffo y niñas” 2010, s/p, Sentencia de 28 de febrero de 2003, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 98, párr. 147. Visto 06/VIII/2016 http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=es

OEA-CRIDH,-Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, y Corte IDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, Visto 06/VIII/2016 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

OEA-CRIDH-Caso Contreras y otros vs. El Salvador (2011). Párr. 113; y Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 122. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf

ONU-WORD OUTGAMES. (2014). Recuperado 28/XII/2014. <https://www.dailymxtra.com/how-montreal-lost-the-gay-games-twice-30808>

ONU- CDH- (2014) Resolución A/HRC/17/L.9/Rev.1, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Recuperado 28/XII/2014 www.outrightinternational.org/content/iglhrc-celebrates-historic-un-panel-about-ending-violence-and-discrimination-based-sexual

ONU- PIDCP (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). (1966), art. 2 y 21 (No. 16) en 52, Doc. ONU A/6316.

ONU.-ACDHNU. (2016) Consejo de Derechos Humanos. s/p. Recuperado 20/X/2017.<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/023.asp>

ONU-AGNU, Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de (1948) en París. Recuperado 15/VII/2016. <https://nomadecosmico.wordpress.com/tag/resolucion-onu-217-iii-del-10-de-diciembre-de-1948>

- ONU-CDH-Principios de Yogyakarta. (2006) s/p. Recuperado 28/XII/2014 en <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>
- ONU-Cumbe Judicial Iberoamerican-Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. (2002). s/p. Recuperado 28/12/2014 <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/reglasbrasilia>
- ONU-Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas (1948). Recuperado 28/XII/2014 s/p. https://oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf
- ONU-Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). art. 1. Recuperado 20/X/2017. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- ONU-OACDHNU. (2014). s/p. Recuperado 15/XII/2014. <http://www.un.org/es/sections/what-we-do/protect-human-rights/>
- Pichot, Pierre, (1995). DSM IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Barcelona: Masson, p- 55.
- SCJN-Jurisprudencia, primera sala, (2017). 1ª/J.8/2017, 10 a de la 10 época
- Serrano y Vázquez. (2012) p. 17: “*Guía de Estudio de la Materia Enfoque de los Derechos Humanos. Maestría Derechos Humanos y Democracia*”, Flacso-México.
- Sieghart. (1983) “*The International Law of Human Rights*”, EEUU: Oxford University Press.
- SRI - Polish Federation for Women and Family Planning, y otras, Iniciativa por los Derechos Sexuales (SRI) Equipo de Trabajo en Sexualidades y Géneros; Visto 07-7-2016. www.polishfederationforwomenandfamilyplanning.org
- TEDH- Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido.(1995), numero 28957/95, Párrafo 100 y CtEDH.
- TEDH- CtEDH- Caso Schalk and Kopf Vs. Austria, (2000), Párrafo 60.
- TEDH- caso Smith y Grady V. United Kingdom, (1999), con número 33985/96.
- TEDH-Caso B. V. France, (1992), número 13343/87, s/p. Visto 12/07/2017



Caso práctico de inconventionalidad de la norma, en Baja California, México

Emigdio Julián Becerra Valenzuela

Maestro en Derecho. Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Correo: emigdio.becerra@uabc.edu.mx

Sergio Gilberto Capito Mata

Profesor-investigador. Maestro en Derecho Constitucional y Amparo, Candidato a Doctor en Derecho Penal. Coordinador del área penal en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Correo: scapito@uabc.edu.mx

Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza

Maestro en Ciencias Jurídicas. Profesor de Tiempo Completo y Responsable de los Programas de Especialidad en Derecho y Maestría en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Correo: antonio.rodriguez30@uabc.edu.mx

RESUMEN: La siguiente investigación tiene como objetivo principal demostrar la inconventionalidad de la norma en la comunidad indígena Cucapá la cual está situada en el estado de Baja California, con un caso práctico sobre la violación de la libertad de pesca ancestral a la comunidad antes mencionada. La metodología utilizada fue la documental empírica, que se llevó a cabo por medio de entrevistas a la comunidad indígena Cucapá, con el fin

de que el legislador mexicano pudiera situar en el mismo nivel jerárquico los tratados Internacionales en los que México sea parte y La Carta Magna, protegiendo los derechos que ambos proporcionan, para devolver a esta ancestral comunidad indígena los derechos a que ella asisten.

Palabras clave: inconventionalidad, Cucapá, Baja California.

Recibido: 18 de abril de 2017. Aprobado: 7 de julio de 2017

ABSTRACT: The following research's main objective is to show the inconvenience of the norm in the Cucapá Indian community which is located in the state of Baja California, with a case study on the violation of freedom of ancestral fishing to the aforementioned community the methodology used it was the empirical documentary, which was conducted through interviews with the indigenous

community Cucapá. In order that the Mexican legislature could put in the same hierarchical level International treaties to which Mexico is a party and the Carta Magna, also protecting the rights they both provide, to return to this ancestral indigenous community rights to attend it.

Key words: inconvenience, Cucapá, Baja California.

SUMARIO: Introducción • I. Caso de Inconvencionalidad • II. Antecedentes • III. Planteamiento del problema • IV. Conclusiones • Fuentes

Introducción

A continuación se proyecta el trabajo de investigación referente a un caso de inconvencionalidad, en el cual se ponen de manifiesto los conocimientos vertidos en el estudio del derecho público, respecto a los conceptos identificados como: medios de control constitucional, la supremacía constitucional, control difuso y control de la convencionalidad, entre otros; lo anterior, con una una visión crítica, analítica y reflexiva del marco normativo vigente en materia de Derecho Humanos y Tratados Internacionales, con el objetivo principal de aportar ideas, comentarios, sugerencias y respuestas a los problemas que se presentan en la cotidianidad de una sociedad cada vez más globalizada y regida por las leyes internacionales.

I. Caso de inconvencionalidad

Antes de iniciar con el análisis y argumentación del caso práctico, se considera necesario señalar un breve antecedente de la reforma

constitucional en materia de derechos humanos del 10 de Junio de 2011, ya que no hay que perder de vista que mencionadas reformas, surgen en acatamiento a la sentencia emitida en fecha 23 de Noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada con caso Rosendo Radilla vs Los Estados Unidos Mexicanos,¹¹ a través de la cual dicho Tribunal condena al Estado Mexicano a cumplir con determinados mandatos judiciales tendientes al respeto íntegro de los Derechos Humanos de la víctima y sus familiares.

En virtud de lo anterior, el Congreso de la Unión con la mayoría de la aprobación de los Estados, realiza una reforma trascendental y de fondo en materia de Derechos Humanos que involucra cambios a la denominación del capítulo I del título primero, así como los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B, y 105, fracción II, de la Carta Magna de la nación mexicana.

En general, las incorporaciones más importantes al sistema jurídico mexicano resultado de la reforma antes mencionada y que sirven de base para el entendimiento del presente trabajo, las podemos identificar de la siguiente manera:

- I. La obligación de todas las autoridades de proteger no sólo los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.
- II. La interpretación conforme a la Constitución para favorecer en todo tiempo la protección más amplia.
- III. La obligación de proteger y garantizar esos derechos de acuerdo con los principios rectores en la materia; de ahí que el punto toral de dicha reforma fue maximizar la protección de los dere-

11. Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2009, Puntos Resolutivos primero a cuarto.

chos humanos con independencia del tipo de legislación donde se consagren.¹²

Los tres numerales antes transcritos son lo que constituyen hoy en día, el nuevo paradigma de los Derechos Humanos, que se traducen de manera clara en las instituciones identificadas como: control de la convencionalidad, principio pro persona y los principios consagrados en el artículo 1 de la Constitución como lo son: el de Universalidad, Progresividad, Interdependencia e Indivisibilidad, este tercio de incorporaciones al marco normativo constitucional vigente, hacen una nueva forma de interpretar y aplicar el derecho positivo mexicano.

Una de las aportaciones más trascendentales de la reforma y que es importante para la realización del presente trabajo, es que con ella se armoniza la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos con los compromisos internacionales que nuestro país ha adoptado a lo largo en el devenir histórico, gracias a la ratificación de la mayoría de tratados universales y regionales en la materia de Derechos Humanos. (Carbonell, 2012, pág. 61)

Efectivamente, la reforma eleva a rango constitucional las normas de derechos humanos de fuente internacional, de manera que éstas sirven de parámetros para la actuación del Estado frente a los gobernados.

Ahora bien, para una mejor comprensión del presente trabajo, considero oportuno mencionar el concepto de Control de la Convencionalidad que nos proporcionan los criterios de nuestro máximo tribunal, los cuales señalan de manera clara que de los artículos 10. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción

12. Vid. Tesis 1a. CCXC/2015 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época*, octubre de 2015.

está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte.¹³

De lo anterior, podemos establecer que como bien lo manifiesta el Doctor Miguel Carbonell el Control de la Convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que ha firmado se apliquen cabalmente (Carbonell, s/f, pág. 69), de allí que resulte que si existe una controversia entre el contenido o disposición de una norma jurídica del ordenamiento jurídico interno de nuestro país con algún tratado internacional, éste en base al principio de pro persona y de universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad contemplados en el artículo 1 de la propia Carta Magna, así como de los contenido en el artículo 133 del mismo ordenamiento legal, se tendrá que aplicar en beneficio del operante, por encima del ordenamiento interno.

Una vez esclarecido los puntos anteriores, procederemos a identificar el caso práctico, que si bien es cierto ha sido materia de debate en la comunidad bajacaliforniana, aún no ha sido materia de pronunciamiento y de estudio por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, previendo la necesidad desde este momento de enfatizar en el tema que nos ocupa.

13. Vid. Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, octubre de 2015.

Caso práctico

Víctima: **Comunidad Indígena Cucapá.**

Autoridad Responsable: **Estado Mexicano.**

Violación: **Libertad de pesca en territorio ancestral, entre otros.**

Normatividad Inconvencional: **DECRETO** por el que se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera, la región conocida como Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, ubicada en aguas del Golfo de California y los municipios de Mexicali, Baja California, de Puerto Peñasco y San Luis Río Colorado, Sonora.

Artículo Primero. Por ser de interés público, se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera, la región conocida como “Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado” ubicada en aguas del Golfo de California y los Municipios de Mexicali, Estado de Baja California, de Puerto Peñasco y de San Luis Río Colorado, Estado de Sonora.

Artículo Décimo Primero. La Secretaría de Pesca establecerá las épocas y zonas de veda para la pesca de los recursos pesqueros no incluidos en este decreto, en las porciones acuáticas comprendidas dentro de la Reserva de la Biosfera “Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado”, conforme a las disposiciones jurídicas aplicables y atendiendo al programa de manejo.

Antecedentes

Se cree que los ancestros de los Cucapá migraron a la región del Delta del Río Colorado entre los años 1,000 a. C. y o d. C. La evidencia arqueológica sugiere que para el año 700 d.C., la mayoría de los hablantes de la lengua yumense, familia lingüística a la cual pertenecen los Cucapá, se trasladaron más al norte de la Cuenca Baja o lo largo del Río. (EMCSI-INEGI).

Durante siglos los Cucapá pescaron en sin fin de cauces y humedales que atravesaban y llenaban el Delta, usando redes y trampas

hechas de sauce para atrapar peces de agua dulce y de agua salobre. A partir de los años treinta, la construcción de la presa Hoover y el llenado del Lago Mead redujeron los flujos del Río Colorado al Delta en más de la Mitad. (EMCSI-INEGI).

A fines de los años ochenta los Cucapá empezaron a buscar otros sitios para pescar de manera comercial y con la falta de oportunidades en otros lugares, su atención se centró en las porciones más sureñas del río, donde el agua del mar se mezcla con la poca agua dulce que pueda haber. Con las inundaciones de 1992-93, las mareas trajeron grandes cantidades de corvina, una especie que se creía extinta. A fin de darle protección a ésta y a la totoaba, el gobierno mexicano creó la Reserva de la Biósfera del Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, estableciendo un área prohibida en la zona de núcleo de la reserva imponiendo una veda temporal para permitir que la curvina se reprodujera. (EMCSI-INEGI).

Planteamiento del Problema

Con la publicación del Decreto por el que se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera, la región conocida como Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, ubicada en aguas del Golfo de California y los municipios de Mexicali, Baja California, de Puerto Peñasco y San Luis Río Colorado, Sonora, y el nacimiento del delito federal a la actividad de pesca de los Cucapá en esa zona, estas restricciones generan un conflicto directo con las prácticas comerciales de esta comunidad indígena, ya que se enfrentan los derechos y tradiciones de los pueblos contra las leyes modernas ambientales, lo que trae consigo que se genere un posible caso de inconventionalidad ya que estas disposiciones internas contravienen los siguientes convenios internacionales: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, los cua-

les, se constituyen como parte de la normatividad del país a partir de su ratificación por México: los primeros se ratifican en 1981 y el segundo en 1990.

Una vez establecido los parámetros anteriores, procederemos a establecer los argumentos lógicos jurídicos a través de los cuales daremos nuestra postura respecto a la convencionalidad del caso en cuestión y que arroje la presente investigación.

Primeramente observaremos el contenido del Decreto en mención, el cual para su mejor apreciación se resalta y se transcribe la parte que nos interesa:

10 de junio de **1993** **DECRETO por el que se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera**, la región conocida como Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, ubicada en aguas del Golfo de California y los municipios de Mexicali, B.C., de Puerto Peñasco y San Luis Río Colorado, Son.

Artículo Primero. Por ser de interés público, se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera, la región conocida como “Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado” ubicada en aguas del Golfo de California y los Municipios de Mexicali, Estado de Baja California, de Puerto Peñasco y de San Luis Río Colorado, Estado de Sonora, con una superficie total de 934,756-25-00 has., integrada por una zona núcleo denominada “Delta del Río Colorado” con superficie de 164,779-75-00 has...

...

Artículo Décimo Primero. La Secretaría de Pesca establecerá las épocas y zonas de veda para la pesca de los recursos pesqueros no incluidos en este decreto, en las porciones acuáticas comprendidas dentro de la Reserva de la Biosfera “Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado”, conforme a las disposiciones jurídicas aplicables y atendiendo al programa de manejo.

Como se desprende de la lectura de los artículos anteriores, resulta por demás evidente, que el área donde el pueblo indígena de

los Cucapá realiza su actividad pesquera desde época ancestral, ya no se puede llevar a cabo ni con la misma frecuencia, ni con la misma producción, ni mucho menos en los periodos y en los lugares que estaban destinados para el efecto, lo que genera un problema alimenticio y de comercio en la comunidad, pues su actividad pesquera preponderante se encuentra restringida, ahora bien los indígenas manifiestan que ellos respetan desde épocas prehispánicas los momentos y lugares de producción de los animales de la región, pues ellos tienen una comunión directa con la naturaleza de la región, así mismo establecen, que ellos desconocen la ley del hombre pero que a contrario *sensu* conocen a plenitud las leyes de la naturaleza, no obstante lo anterior las autoridades mexicanas continúan aplicando la normatividad vigente.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (1969) adoptada en San José de Costa Rica, establece de manera clara lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

...

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho **a circular por el mismo** y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores **no puede ser restringido** sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede, asimismo, ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

De la simple lectura de las letras anteriores, podemos establecer dicha Convención concede a todo ciudadano, incluyendo a la comunidad indígena Cucapá, la certeza jurídica de que el Estado Mexicano tiene la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, además de que les conceden el derecho de circular por el territorio de su país sin discriminación y que este derecho sólo podrá ser restringido únicamente en circunstancias específicas y en virtud de una ley, lo que no se actualiza en el presente caso, ya que sí bien es cierto, el Estado Mexicano emite una ley sustentándola en el orden público e interés social, porque con su emisión se protegen especies en un supuesto peligro de extinción, ésta no respeta los medios económicos de subsistencia del pueblo indígena que habita la región desde épocas ancestrales y que respeta el equilibrio ecológico y desarrollo sustentable de su lugar de origen, lo que pone de relieve el conflicto del interés social.

Ahora bien por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) establecen de manera clara y precisa lo siguiente transcrito:

Artículo 1

1. **Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación.** En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y **proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.**

2. Para el logro de su (sic) fines, **todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales**, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, **sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**

...

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un **Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.**
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes **mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley**, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y liber-

tades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

...

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, **la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual** y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27

En los Estados en que **existan minorías étnicas**, religiosas o lingüísticas, **no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural**, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Los artículos anteriormente transcritos, sustentan y ratifican lo mencionado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a la libre circulación en el territorio nacional y la no discriminación, aunado a lo anterior este instrumento internacional adhiere la protección a las riquezas y recursos naturales, así como también la protección a los grupos étnicos que habiten en los estados miembros y sus derechos, lo que no es posible con la emisión del Decreto de veda.

Aunado a lo anterior, el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1957) señala lo siguiente:

2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

- b) **que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;**
- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán **gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.** Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.
2. No deberá emplearse ninguna **forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados,** incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) **deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales**, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos **y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;**
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, **medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida** y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las

circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. **El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud** y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8

1. **Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.**
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

...

Artículo 13

1. **Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.**
2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. **Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicional-**

mente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equi-

tativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtener su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.
4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.
5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Tomando en consideración el articulado anteriormente transcrito, podemos advertir varios derechos humanos concedidos a los pue-

blos indígenas que le son aplicables a los Cucapá y que no le son respetados por el Estado Mexicano al momento de la expedición y sobre todo la aplicación del Decreto en cuestión.

Efectivamente, de la lectura de los artículos transcritos con anterioridad provenientes del documento internacional citado, se desprenden varias prerrogativas a los grupos indígenas, tales derechos los podemos identificar a grandes rasgos como los siguientes:

1. Libre determinación de los pueblos.
2. Derecho de Circulación y de Residencia.
3. Promoción a la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos.
4. Respeto a la identidad social y cultural, las costumbres y tradiciones, y sus instituciones.
5. Protección a la salvaguarda de las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
6. Respeto y protección a los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales.
7. Derecho a que los consulten, mediante procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
8. Obligación de los estados de establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos.
9. Derecho al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados.
10. Obligación de los gobiernos de velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos.

11. Derecho de que al momento de la aplicación la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
12. Derecho de que al aplicar las disposiciones del Convenio señalado con anterioridad, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios.
13. Derecho de reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.
14. Derechos a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
15. Derecho de no ser trasladados de las tierras que ocupan.

Una vez plasmado esto, y de la interpretación armónica de los instrumentos legales internacionales citados con anterioridad, identificados como Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, podemos advertir claramente un **caso de inconventionalidad** respecto del Decreto por el que se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera, la región conocida como Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, ubicada en aguas del Golfo de California y los municipios de Mexicali, Baja California, de Puerto Peñasco y San Luis Río Colorado, Sonora; lo anterior en virtud de que el Estado Mexicano al emitir el decreto en cuestión **jamás** consultó ni de manera indirecta al pueblo indígena Cucapá para su emisión, tampoco tomó en cuenta sus costumbres y tradiciones de pesca y respeto a la naturaleza, no respeta ni protege el desarrollo económico del pueblo indígena,

vulnera en gran medida las condiciones de vida y de trabajo que repercuten en la salud del pueblo, no respetó ni ponderó la importancia cultural y de valores especiales que para los indígenas reviste su relación con las tierras, no respeta ni protege el Derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente le pertenecen a los Cucapás, tampoco respeta el Derecho de circulación y residencia, así como el derecho de la libre determinación.

Efectivamente, los Convenios Internacionales señalados con anterioridad le conceden a los pueblos indígenas, en este caso a los Cucapá, derechos intransferibles e irrenunciables como lo son el de libre determinación, el derecho al desarrollo propio, el derecho a la consulta entre otros, los cuales no fueron atendidos ni observados por el Estado Mexicano al momento de la emisión y aplicación del decreto en cuestión, lo anterior es así, en virtud de que con su aplicación al pueblo Cucapá se le vulneró su derecho a ser tomado en cuenta en una consulta, no les respetan su derecho de propiedad ancestral, no tomaron en cuenta los usos y costumbres desarrollados en el espacio geográfico decretado como reserva, no atiende ni busca el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, no se evaluó ni mínimamente la incidencia social, espiritual, cultural y de medio ambiente que sobre los Cucapá tiene la prohibición de la pesca en determinadas zonas y épocas del año, y por supuesto el derecho que le asiste sobre los recursos naturales existentes en sus tierras y sobre todo el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Lo resuelto por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”, de fecha 31 de Agosto de 2001, sirve de sustento a lo anteriormente señalado, ya que de manera clara y precisa manifestó lo siguiente:

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; **la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.** Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹⁴

...

151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. **Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.**¹⁵

Sirve de sustento también, lo resuelto por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al resolver el “Caso Comunidad indígena

14. Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Audiencia Pública. Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 31 de Agosto de 2001, sección IX, p. 78.

15. *Ibidem.* p. 79

Yakye Axa Vs. Paraguay de fecha 17 de Junio de 2005”, que en su parte VIII, XI menciona lo siguiente:

63. En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable **que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres** (supra párr.51).¹⁶

...

120. En cuanto al artículo 21 de la Convención, la Comisión alegó que:

c) **la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia**, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra.¹⁷

...

135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.¹⁸

16. Cfr. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Junio de 2005, sección VIII, p. 61.

17. Vid. Op. cit. Supra. p. 72

18. Ibídem, p. 79.

También sirve de antecedente lo resuelto por el Tribunal Interamericano en el caso “Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay” de fecha 29 de marzo de 2006, la cual en su parte IX de las consideraciones de la Corte, menciona lo siguiente:

120. **Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”** 188. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.¹⁹
121. **En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.** Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de

19. Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay. Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de Marzo de 2006, parte IX, p. 70.

una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”189.²⁰

Así pues, en virtud de lo anteriormente analizado, argumentado y sustentado por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es factible y razonable señalar que con la publicación y aplicación del Decreto por el que se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera, la región conocida como Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, ubicada en aguas del Golfo de California y los municipios de Mexicali, Baja California, de Puerto Peñasco y San Luis Río Colorado, Sonora, nos encontramos ante un evidente caso de inconventionalidad, ya que el mencionado documento interno del Sistema Jurídico Mexicano, contraviene las disposiciones generales contempladas en los ordenamientos jurídicos internacionales, en específico las que hablan sobre la libre determinación de los pueblos indígenas, su derecho de consulta, su derecho de tránsito, el derecho de propiedad y su libre desarrollo cultural, social y económico.

II. Conclusiones

Una vez establecido lo anterior, podemos concluir que la reforma constitucional del año 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da a los medios de control constitucional un nuevo enfoque que busca el máximo e íntegro respeto a los Derechos Humanos, así como también obliga a los impartidores de la justicia en nuestro país, que al momento de emitir acuerdos, resoluciones

20. Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de Marzo de 2006, parte IX, p. 70.

o sentencias, éstos siempre sean procurando la mayor protección a la persona en estricta observancia a los principios de Universalidad, Interdependencia, Progresividad e Indivisibilidad; además la reforma antes señalada, como se vio a lo largo del presente trabajo, abre la puerta del Sistema Jurídico Mexicano a los Tratados Internacionales del que México sea parte, ponderando los que regulan Derechos Humanos al grado de jerarquizarlos al mismo nivel que el de nuestra Carta Magna, como así mismo ésta lo establece.

Por lo anterior, también, podemos concluir que el legislador mexicano imprime una nueva forma de observar y de aplicar los Derechos Humanos y no solamente los que se encuentran consagrados en nuestra Constitución, sino también aquellos que se encuentran contemplados en instrumentos jurídicos internacionales, lo que concede al gobernado una ampliación de la protección de su esfera jurídica, e impone al Estado Mexicano la obligación de acatarlos en su integridad en todos y cada uno de sus actos.

Por su parte la protección en materia de derechos humanos adoptada por el Estado Mexicano, al reformar la Constitución Federal en el año 2011, representa una obligatoriedad el velar en todo momento por el interés de las personas. Por lo que a la brevedad el Estado Mexicano, deberá realizar un análisis respecto los alcances del Decreto, que limita el derecho ancestral de los indígenas Cucapá, con la finalidad de permitirles el libre desarrollo el cual jamás debió ser restringido.

La presente investigación, se ha basado no sólo en el conocimiento empírico, sino también en el jurídico, nos señala que no son los únicos problemas que aquejan a esta comunidad indígena del estado norte de Baja California, los cuales merecen ser analizados a profundidad, para hacer valer en todo momento los derechos mínimos que les son asistidos por nuestra Carta magna y las leyes y tratados que de ella se desprenden a todos los mexicanos.

Fuentes

- Carbonell, M. (s/f) “Introducción al Control de la Convencionalidad”, <http://biblio.juridicas.UNAM.mx/libros/7/3271/11.pdf>, consultado en 13 de marzo de 2017.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (2012) *La Reforma Constitucional de Derecho Humanos un Nuevo Paradigma*, México: Porrúa.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. (2008) Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de Marzo de 2006.
- Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. (2001) Audiencia Pública. Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos de fecha 31 de Agosto de 2001.
- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. (2005). Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Junio de 2005, sección VIII, p. 61.
- Caso Radilla Pacheco Vs. México. (2009) Convocatoria a Audiencia Pública. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2009, Puntos Resolutivos primero a cuarto.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (1969). Adoptada en San José de Costa Rica y abierta a firma el día 22 de Noviembre de 1969, con las Declaraciones Interpretativas al párrafo 1 del Artículo 4 y al Artículo 12 y la reserva al Artículo 23, Párrafo 2, que formulara el ejecutivo de la unión al proceder a su adhesión.
- Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. 1957
- DECRETO (10-VI-1993) por el que se declara área natural protegida con el carácter de Reserva de la Biosfera, la región conocida como Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, ubicada en aguas del Golfo de California y los municipios de Mexicali, Baja California, de Puerto Peñasco y San Luis Río Colorado, Sonora.
- Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), (2015) *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, octubre de 2015.

Tesis 1a. CCXC/2015 (10a.), (2015) *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época*, octubre de 2015.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1976.

Saldivar, Joaquín, *Delta del Río Colorado Tierra de los Cucapá*, Estados Unidos de Norte América, Julio de 2000, disponible en <https://sonora-ninstitute.org/files/pdf/colorado-river-delta-land-of-the-kwapa-spanish-08062009.pdf> consultado en 10 -III- 2017



Consideraciones sobre el crimen de genocidio en la legislación y jurisprudencia internacional

Arturo Villarreal Palos

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Penal. Profesor Investigador Titular en el Departamento de Derecho Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Investigador Nacional Nivel II, CONACYT, México. Correo electrónico: arturo.villarreal@academicos.udg.mx

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis de los elementos del crimen de genocidio a la luz de la legislación y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y, asimismo, se estudia la instigación directa y pública para cometer genocidio, que, por así haberse establecido en la Convención Internacional de 1948, tiene una categoría propia.

ABSTRACT: This paper analysis of the elements of the genocide crime and is carried out in the light of the legislation and International Criminal Court jurisprudence, and also the direct and public instigation to commit genocide is studied, since, according to in the International Convention of 1948, has its own category.

Palabras clave: Genocidio, jurisprudencia, tribunales nacionales, tribunales internacionales.

Keywords: Genocide, jurisprudence, national Courts, international Courts.

SUMARIO: Introducción • I. Elementos del crimen de genocidio • II. La instigación directa y pública para cometer genocidio • Conclusiones • Fuentes

Recibido: 4 de octubre de 2017. Aprobado: 8 de noviembre de 2017.

Introducción

La palabra genocidio tiene para nosotros una connotación unívoca: el exterminio o eliminación sistemática de un grupo humano por motivo de raza, etnia, religión, política o nacionalidad, en palabras del Diccionario de la Real Academia Española.

Sin embargo y pese a que asesinatos en masa contra determinados grupos humanos han podido documentarse desde la antigüedad, siendo los más relevantes los cometidos contra los armenios por los turcos en la primera guerra mundial y los perpetrados por los nazis en contra de los judíos en la segunda, lo cierto es que el término genocidio es de data más reciente, pues en los años concomitantes a esas guerras solía hablarse de crímenes contra la humanidad, pero no de genocidio.

Fue Raphael Lemkin, quien en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, publicada originalmente en 1944, utilizó por primera vez ese término.

En palabras de Lemkin, las nuevas concepciones requerían nuevos términos y así por “genocidio” deberíamos entender la destrucción de una nación o un grupo étnico. Esta nueva palabra, acuñada por el autor “para denotar una antigua costumbre en su expresión moderna”, surge –según lo explica él mismo– de la antigua palabra griega *genos* (raza, tribu) y de la latina *cide* (matar) y así, se corresponde, en su formación, a palabras tales como tiranicidio, homicidio, infanticidio, etcétera (Lemkin, 2009: 153).

Posteriormente, las definiciones y conceptos elaborados por Lemkin, sirvieron de base para la elaboración de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 260 (III), del 9 de diciembre de 1948.

Este instrumento internacional fue el fruto de la Resolución 96 del 11 de septiembre de 1946 de la Asamblea General de las Nacio-

nes Unidas, mediante la cual encargó al Consejo Económico y Social (CES) emprender los estudios necesarios con el objetivo de redactar un proyecto de Convención sobre el crimen de Genocidio (Gómez-Robledo, 2002: 920).

Como consecuencia de ello, el 28 de marzo de 1947 el CES adoptó una resolución pidiendo al Secretario General se realizaran los estudios necesarios para la elaboración de un proyecto de convención que debería ser puesto a la consideración del propio Consejo, cuestión que el Secretario encomendó a la División de Derechos Humanos, quien a su vez se auxilió de tres expertos: el propio Rafael Lemkin, Henri Donnedieu de Vabres, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París y antiguo juez del Tribunal de Nuremberg y Vespaciano V. Pella, profesor de Derecho Romano y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Schabas, 2000: 51 y 52).

El 13 de junio de 1947 el grupo de expertos concluyó un primer borrador y después de un proceso de diversas consultas y revisiones, a inicios de 1948 se preparó un nuevo proyecto, el cual fue presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo finalmente aprobado el 9 de diciembre de 1948, avalándose, al día siguiente, otro importante instrumento internacional: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mediante Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 (Schabas, 2000: 54 a 69).

La Convención contra el Genocidio (en lo sucesivo CCG) define a este crimen en su artículo 2 como cualquiera de los actos, mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Asimismo y de acuerdo con el artículo 4 de la CCG, toda persona que haya cometido genocidio, se haya asociado para cometerlo, haya instigado directa y públicamente a cometerlo, haya intentado cometerlo o sea cómplice del mismo, será juzgado “... por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg (1945) y Tokio (1946), no reconocieron de manera expresa la figura del genocidio, en tanto –como dijimos– fue creación posterior. Sin embargo definieron como crímenes contra la humanidad, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil o la persecución por motivos políticos o raciales en ejecución o en conexión con cualquier crimen competencia del tribunal. La Ley del Consejo de Control Aliado No. 10, de diciembre de 1945, hizo idéntica definición, aunque agregó, dentro de estos crímenes, al aprisionamiento, la tortura y la violación.

La definición de genocidio prevista en el artículo 2º de la CCG, fue incorporada textualmente en los Estatutos de los Tribunal Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya (2003), los Paneles de Timor Oriental (2000) y las Cortes de Kosovo (2000). Se contempla igualmente en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI) de 1998 (en vigor a partir de 2002) y, como excepción, tenemos al Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), que no contempló este delito.

Según explica Cassese, si dejamos a un lado algunas de las pocas decisiones que las Cortes Marciales Extraordinarias del Imperio Otomano tomaron en 1920 respecto de las masacres cometidas en contra de los armenios (en un momento en que la noción de genocidio aún no se había desarrollado plenamente), es sorprendente que hasta los años noventa, sólo algunos pocos casos de genocidio se hayan

presentado ante los tribunales nacionales, siendo contrastante que muchos de los avances que se han logrado, tanto para la persecución y castigo del genocidio como para su regulación, se deban a los tribunales penales internacionales, los cuales han empujado a las cortes nacionales para tratar este crimen (Cassese, 2008: 131 y 132).

Establecido lo anterior, en lo sucesivo procederé a realizar un análisis de los elementos del crimen de genocidio a la luz de la legislación y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, específicamente los de Ruanda, ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional, que son los que han conocido de este tipo de delito, para finalizar con el estudio de la instigación directa y pública para cometer genocidio, que, por así haberse establecido en la CCG, tiene una categoría propia.

1. Elementos del crimen de genocidio

El tipo penal de genocidio se compone de un elemento objetivo o externo y otro subjetivo o interno.

El elemento objetivo está compuesto por las 5 conductas base previstas en el artículo 2 de la CCG y 6 del ERCPI; a saber matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El elemento subjetivo tienen una doble vertiente, en tanto que el dolo, como conocimiento y voluntad de realizar cualquiera de las conductas anteriores, debe estar acompañado de un propósito o fin ulterior, que es perpetrar la acción con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.

Antes de analizar cada una de las conductas o acciones típicas correspondientes al tipo objetivo, es preciso clarificar dos cuestio-

nes: a) el concepto de grupo, pues éste es el objeto base de protección por el derecho internacional penal y b) si existe o no un elemento contextual en el crimen de genocidio.

Concepto de grupo

Un grupo es una pluralidad de personas unidas de forma duradera por características comunes, que se diferencian del resto de la población. El tipo sólo protege a cuatro tipos de grupos (nacionales, étnicos, raciales o religiosos), siendo esta enumeración exhaustiva. Los autores de la CCG limitaron deliberadamente la protección a estos grupos, los cuales históricamente han sido los más atacados (Werle, 2011: 414 y 415 y nota de p.p. 1432).

Como ya se ha precisado, la calificación de una pluralidad como un grupo, puede hacerse a través de criterios objetivos, como por ejemplo, lengua, costumbres, constitución física o color de la piel, pero también por criterios subjetivos, como pueden ser los procesos sociales de adscripción. Ambos puntos de vista han sido acogidos por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales (Werle, 2011: 415 y 416).

En el caso Akuyesu el Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló que el genocidio es sólo aplicable respecto de grupos “estables”, constituidos de manera permanente y cuya afiliación es determinada por el nacimiento, lo cual excluye a los grupos “móviles”, a los que las personas se unen por un acuerdo individual, como un grupo político o económico. En consecuencia, indicó que un criterio común para los cuatro tipos de grupos protegidos por la CCG, es que la afiliación al grupo podría parecer normalmente como no impugnabile por sus miembros, quienes pertenecen a él de manera automática por el nacimiento, de una manera continua y a menudo irremediable (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 511).

Asimismo indicó que un grupo nacional se define como un conjunto de personas que comparten un vínculo legal basado en la ciu-

dadanía común, junto con la reciprocidad de derechos y deberes. Un grupo étnico es definido como un grupo cuyos miembros comparten un lenguaje común o cultura; un grupo racial está basado en rasgos físicos hereditarios, frecuentemente identificados con una región geográfica, sin consideración de factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos; y, finalmente, un grupo religioso es aquel cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o modo de adoración (The Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 512 a 515).

Frente a estos criterios eminentemente objetivos, el Tribunal hizo alusión a otros criterios que podrían ayudar a diferenciar entre Hutus y Tutsis, pues históricamente su distinción obedeció más a cuestiones de linaje que étnicas, división que luego fue fomentada por las autoridades coloniales (The Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 81 a 83). De hecho, a primera vista Tutsis y Hutus no constituyen un distinto grupo étnico, racial, religioso o nacional, pues tienen la misma lengua, cultura y religión y también, básicamente, los mismos rasgos físicos (Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, 2004, parr. 498).

De esa manera el Tribunal enfatizó que al tiempo de ocurrir los hechos (motivo de enjuiciamiento) los Tutsis eran considerados como un grupo “étnico” en las clasificaciones oficiales, pues los documentos de identidad incluían una referencia a la “etnia”, que, dependiendo del caso, podía ser Hutu o Tutsi y asimismo, agregó que todos los testigos ruandeses que comparecieron en el juicio, de manera espontánea y sin vacilación, respondieron a las preguntas del fiscal concernientes a su identidad étnica. De acuerdo con ello, el tribunal encontró que en el momento de los hechos los Tutsis constituían un grupo estable y permanente y fueron identificados como tal por todos.

Se ha discutido si en el caso Akayesu el Tribunal de Ruanda utilizó criterios puramente objetivos para la definición de “grupo” (Werle, 2011: 416) o si estos fueron mixtos (Cassese, 2008: 139). Desde mi perspectiva, se utilizaron criterios de naturaleza mixta, pues

se consideró tanto el elemento objetivo de la clasificación oficial de la “etnia”, como la perspectiva subjetiva de la auto adscripción al grupo, para tener por acreditada la existencia del grupo Tutsi.

Sin embargo, llama la atención que en la sentencia de este caso sólo se aludió a que los Tutsis eran un grupo estable y permanente, sin aclarar si eran un grupo étnico o nacional, lo que tiene que ver con la interpretación del Tribunal en el sentido de que la Convención contra el Genocidio no debe limitarse a proteger a los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, sino que, acorde a los trabajos preparatorios de la Convención, debe proteger a cualquier grupo estable y permanente (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 1998, parr. 506 y 701). Como ya se ha anotado antes, tal interpretación es incompatible con el principio de taxatividad (Werle, 2011: 416) y además no es convincente, puesto que los redactores de la Convención claramente expresaron su intención de proteger sólo a los grupos expresamente indicados (Cassese, 2008: 139). Sin embargo, tales cuestiones no fueron abordadas en la apelación del caso Akuyesu.

Los criterios objetivo-subjetivos, fueron también utilizados por el Tribunal de Ruanda en el caso Kayishema y Ruzindana, en donde se señaló que:

Un grupo étnico es aquel cuyos miembros comparten un lenguaje común y cultura; o un grupo que se distingue a si mismo como tal (auto identificación); o un grupo identificado como tal por otros, incluidos los perpetradores del crimen (identificación por otros). Un grupo racial está basado en rasgos físicos hereditarios frecuentemente identificados con la geografía. Un grupo religioso incluye la confesión o modo de adoración de un grupo que comparte creencias comunes (*The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, 1999, parr. 98)

En el caso Rutanga el Tribunal de Ruanda acentuó el aspecto subjetivo al señalar que:

Los conceptos de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos han sido extensamente investigados, pero al presente no hay una definición general e internacionalmente aceptada para ellos. Cada uno de esos conceptos debe ser juzgado a la luz del particular contexto político, social y cultural. Además, la Cámara nota que a los propósitos de la aplicación de la Convención contra el genocidio, la afiliación a un grupo es en esencia más un concepto subjetivo que uno objetivo. La víctima es percibida por el perpetrador del genocidio como perteneciente a un grupo programado para la destrucción. En algunos casos, la víctima se percibe a sí misma como perteneciente a dicho grupo (The Prosecutor V. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, 1999, parr. 56).

Respecto al Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, en el caso Jelisić se indicó que la determinación objetiva de un grupo religioso seguía siendo posible, pero que intentar definir un grupo nacional, étnico o racial con criterios objetivos y científicamente irreprochables sería un ejercicio peligroso cuyo resultado no correspondería necesariamente con la percepción de las personas afectadas. Por tal razón la Sala eligió evaluar la pertenencia a un grupo nacional, étnico o racial utilizando un criterio subjetivo. “Es la estigmatización de un grupo como una unidad nacional, étnica o racial distinta por parte de la comunidad, lo que permite determinar si una población constituye un grupo nacional, étnico o racial ante los presuntos autores” (The Prosecutor V. Goran Jelisić, 1999, parr. 70).

En el caso Krstić, el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia señaló que las características culturales, religiosas, étnicas o nacionales de un grupo debían identificarse dentro del contexto socio-histórico en el que vive, pero la Cámara identificó al grupo per-

tinente subjetivamente utilizando como criterio la estigmatización del grupo, especialmente por los perpetradores del delito, sobre la base de sus características nacionales, étnicas, raciales o religiosas percibidas (The Prosecutor v. Radislav Krstić, 2001, parr. 557).

Finalmente, en el caso Stakic y en contra-argumentación de la posición de la Fiscalía, que utilizaba un criterio subjetivo para definir a un grupo, el Tribunal precisó que en el Juicio de Krstić la Sala sólo encontró que “la estigmatización por los autores” puede ser usada como “un criterio” al definir los grupos objetivo, pero no que la estigmatización pueda ser usada como el único criterio. Del mismo modo, recordó que en los juicios de Rutaganda la Sala consideró que la identidad nacional, étnica, racial y religiosa era en gran parte un concepto subjetivo, pero también sostuvo que “una definición subjetiva por sí sola no es suficiente para determinar los grupos de víctimas”. Asimismo, indicó que otros juicios de juicios del Tribunal Penal Internacional para Ruanda llegaron a la conclusión de que los grupos no pueden ser definidos únicamente con un criterio subjetivo (The Prosecutor v. Milomir Stakic, 2006, parr. 25).

En resumen y de acuerdo con la jurisprudencia internacional, la identificación de los grupos protegidos por la CCG, debe hacerse a partir de criterios objetivo-subjetivos, los cuales, según la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, se han convertido en parte integrante del derecho consuetudinario internacional (Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, 2004, parr. 501).

El elemento contextual en el crimen de genocidio

Mientras que en los crímenes de lesa humanidad se exige la comisión del crimen en un determinado contexto (como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil), en la comisión del crimen de genocidio, conforme al artículo 2 de la CCG y el artículo 6 del ERCPI, no se exige la existencia de ése o algún otro elemento contextual.

Sin embargo, los “Elementos de los Crímenes” (que de acuerdo al Estatuto ayudarán a la Corte en su interpretación), aprobados por los Estados Partes en el primer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 a 10 de septiembre de 2002²¹, introdujeron un elemento contextual al señalar, en el artículo 6: “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.”

Y, asimismo, se precisó que con respecto al último de los elementos de cada crimen:

- a) *La expresión “en el contexto de” incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse;*
- b) *La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva.*

Esta cuestión ha causado polémica, pues si bien se reconoce que el genocidio puede ser parte de un plan o política (The Prosecutor V. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, 1999, parr. 98) y que incluso su existencia puede facilitar la prueba del crimen (The Prosecutor V. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, 1999, parr. 98 y The Prosecutor V. Goran Jelisić, 2001, parr. 48), del tenor del propio Estatuto y la jurisprudencia internacional, se desprende que éste no requiere de algún elemento contextual para su acreditación.

En opinión de Werle, los elementos de los crímenes no pueden tener por efecto limitar el aspecto del hecho en contra del tenor literal del Estatuto y del derecho internacional consuetudinario (2011: 434), criterio sostenido también por el Tribunal penal para la ex Yugoslavia, al señalar, en la apelación del caso Krstić, que resultaba

21. Los “Elementos de los Crímenes” de acuerdo al artículo 9 del ERCPI, “ayudarán a la Corte a interpretar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis”; es decir, aquellos que contemplan los crímenes competencia de la Corte (Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Crimen de Agresión).

inapropiada la definición de genocidio dada en los Elementos de los Crímenes, puesto que el requisito de que la conducta prohibida sea parte de un ataque generalizado o sistemático no figura en la CCG y no está ordenada por el derecho internacional consuetudinario (*The Prosecutor v. Radislav Krstić*, 2004, parr. 224).

De ahí que Werle consideré que la disposición contenida en los Elementos de los Crímenes, debe entenderse como un requisito procesal que limita la competencia de la Corte Penal Internacional a los casos concretos de genocidio en los que se haya llevado a cabo una ejecución real de una agresión sistemática, con lo que queda intacta la punibilidad material del crimen (2011: 434).

Sin embargo, no es este el punto de vista de la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional, quien en una decisión mayoritaria de las Jueces Akua Kuenyehia y Sylvia Steiner, en el caso de la primera orden de aprehensión librada en contra del Presidente de Sudán, Omar Al Bashir, estableció que el elemento contextual previsto en el artículo 6 de los Elementos de los Crímenes sí debe formar parte de la configuración típica del genocidio y, además, debe estar cubierto por el dolo del autor.

Al respecto, el criterio mayoritario señala que es consciente que la definición del crimen de genocidio prevista en el artículo II de la CCG de 1948 no exige expresamente ningún elemento contextual y que dicha definición fue adoptada por el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia y el artículo 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, destacando que la jurisprudencia de dichos tribunales ha interpretado esta definición excluyendo cualquier tipo de elemento contextual, como una política o plan genocida (*Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 2009, parr. 117 a 119).

Sin embargo, observa que la definición del crimen de genocidio prevista en el artículo 6 del ERCPi es la misma que se contiene en el artículo II de la CCG de 1948 y que los elementos de los crímenes

lo elaboran requiriendo, entre otros, un elemento contextual (Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 2009, parr. 121).

Se agrega que si bien se es consciente de que hay una cierta controversia sobre si este elemento contextual debe ser reconocido, la Sala considera que sí debe ser aplicado, en tanto no observa una contradicción irreconciliable entre la definición del crimen de genocidio prevista en el artículo 6 del ERCPI y el elemento contextual previsto en los Elementos del Crimen (Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 2009, parr. 121).

De otra parte, el fallo señala que esta interpretación está también apoyada en el objeto y propósito del artículo 9 del ERCPI, consistente en promover el principio *nullum crime sine lege* adoptado en el artículo 22 del mismo, proveyendo *a priori* certeza legal al contenido de la definición del crimen previsto en el ERCPI, principio que sólo se hubiera visto afectado si los Elementos de los Crímenes hubieran otorgado plena discrecionalidad a la Cámara competente (Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 2009, parr. 131).

Finalmente y en cuanto al señalamiento de los autores Werle y Kai Ambos (que la propia Sala cita) respecto de que el elemento en cuestión debe ser considerado como un elemento “jurisdiccional”, en la medida en que los elementos de los crímenes no exigen expresamente que esté cubierto por el conocimiento del perpetrador, como sí ocurre con los crímenes de lesa humanidad, donde el perpetrador debe ser consciente de que sus acciones u omisiones forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, la Sala consideró que, en ausencia de un requisito subjetivo expreso en relación con el elemento contextual del genocidio, el elemento subjetivo general previsto en el artículo 30 del Estatuto sería aplicable (Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 2009, parr. 121 y nota de p.p. 142).

En su opinión parcialmente disidente, la Juez Anita Ušacka señaló que no estaba de acuerdo con la afirmación de la mayoría de que los Elementos de los Crímenes y las Reglas deberían aplicarse a menos que la Cámara competente encontrara una contradicción irreconciliable entre estos documentos y el ERCPI, toda vez que si bien es cierto que el artículo 21 (1) de éste establece que “[1] la Corte aplicará ... en primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba”, también lo es que la introducción a los Elementos de los Crímenes señala que “los siguientes Elementos de Crímenes ayudarán a la Corte en la interpretación y aplicación de los artículos 6, 7 y 8, de conformidad con el Estatuto”. De hecho, agregó, que varios comentaristas han afirmado que los Elementos de los Crímenes no son vinculantes para la Corte, en tanto que en los trabajos preparatorios sólo se aceptó el artículo 9, bajo la consideración de que únicamente se trataba de un instrumento de asistencia para la Corte y que tenía que ser compatible con el Estatuto (*Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 2009, parr. 17 y nota de p.p. 25).

Además, a su juicio, el párrafo 2 del artículo 22 del ERCPI no es convincente justificación para la aplicación del elemento contextual, ya que esta disposición se refiere a la definición del crimen y las definiciones legales de los crímenes sólo son expuestas en el Estatuto. Y dado que el párrafo 3 del artículo 9 requiere que los Elementos de los Crímenes sean consistentes con el Estatuto, se puede inferir que sólo el Estatuto establece la definición operativa del crimen, recordando que la introducción a los Elementos de los Crímenes sólo establece que estos “asistirán” a la Corte en la interpretación del Estatuto (*Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 2009, parr. 18).

Ahora bien, desde el punto de vista de Cassese, en algunos casos, como la matanza de los miembros de un grupo o la causación de

serios daños físicos o mentales a los miembros del grupo, es válido aceptar que no es necesaria la existencia de un elemento contextual, porque cualquier individuo puede cometer el crimen sin estar comprometido con algún plan o acción colectiva, pero tratándose de las otras tres categorías del crimen de genocidio, éstas no sólo presuponen, sino que necesariamente toman lugar en el contexto de una fuente colectiva o de una acción organizada, como una política o un plan (2008: 140 y 141).

En conclusión, debe decirse que si bien no es pacífica la discusión sobre si el crimen de genocidio debe requerir un elemento contextual (en mi opinión puede existir, pero no debería exigirse), lo cierto es que los Elementos de los Crímenes no pueden rebasar las disposiciones del ERCPI, aun cuando hayan sido aprobados por la Asamblea de Estados Partes, que, en todo caso, pudo haber realizado enmiendas al mismo.

Acciones típicas

Como habíamos anotado antes, el elemento objetivo del crimen de genocidio está compuesto por las 5 conductas base previstas en el artículo 2 de la CCG y 6 del ERCPI, por lo que procederemos al análisis de cada una de estas conductas.

1. Matanza de miembros del grupo

De conformidad con el artículo 6 a) de los elementos de los crímenes, es requerido que el autor haya dado muerte o causado la muerte a una o más personas, lo que es congruente con la opinión mayoritaria, en el sentido de que en el crimen de genocidio basta con que uno de los miembros del grupo se vea afectado por la conducta (Werle, 2011: 424).

2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo

De conformidad con los Elementos de los Crímenes, artículo 6 b), pie de página 3, esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos.

Esta definición sigue en lo general lo señalado por el Tribunal de Ruanda en el caso Akayesu, en donde se estableció que los daños graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo podían ser a consecuencia de actos de tortura física o mental, tratos inhumanos o degradantes o persecución, pero que no estaban limitados a ellos (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 504).

En el mismo caso, el Tribunal señaló que los daños físicos o mentales no necesariamente debería ser permanentes e irremediables (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 502), criterio que fue reiterado por el Tribunal para la ex Yugoslavia, en el caso Krstić, aunque agregando que éstos deberían ir más allá de una infelicidad, vergüenza o humillación temporal y que debería tratarse de daños que den lugar a una desventaja grave y a largo plazo de la capacidad de una persona para llevar una vida normal y constructiva. Finalmente se señaló que los tratos inhumanos, la tortura, la violación, el abuso sexual y la deportación, están entre los actos que pueden causar graves daños físicos o mentales (The Prosecutor v. Radislav Krstić, 2001, parr. 513).

3. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda consideró que la expresión “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, debería ser interpretado como el método de destrucción por el cual el perpetrador no mata inmediatamente a los miembros del grupo,

pero en última instancia busca su destrucción física (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 505 y The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, 1999, parr. 116)

Asimismo, indicó que los medios para la comisión del crimen, en todo o en parte, incluían, entre otros, el sometimiento del grupo a una dieta de subsistencia, la sistemática expulsión de sus hogares o la reducción de los servicios médicos esenciales por abajo del mínimo requerido (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 506), así como la violación, el hambre de un grupo de personas y la negación de un alojamiento suficiente durante un período razonable, siempre que lo anterior conduzca a la destrucción total o parcial del grupo (The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, 1999, parr. 116).

En línea similar, el artículo 6 c), pie de página 4, de los Elementos de los Crímenes, indica que la expresión “condiciones de existencia” podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

Por su parte, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia señaló que, aparte de los medios arriba indicados, también debería incluirse la creación de circunstancias que conducirían a una muerte lenta (*slow death*), tales como falta de vivienda adecuada, ropa e higiene o excesivo trabajo o esfuerzo físico (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, 2004, parr. 691).

Aunque se ha discutido si la deportación o migración forzada, conocida más recientemente como “limpieza étnica” (Kullashi, 2003: 88 y ss.), debe constituir un categoría especial del genocidio, hay consenso en que ésta puede quedar subsumida dentro de la hipótesis de “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, a condición de que se colmen los demás extremos del crimen de genocidio, es

decir, que la deportación forzada tenga como fin la eliminación del grupo y no su simple expulsión (Werle, 2011: 431 y 432; Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst, 2010: 215 y 216; Schabas, 2000: 168).

Por ejemplo, en el caso Brđanin, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia encontró que la limpieza étnica en Bosnia Krajina no era un subproducto de la actividad criminal, sino que su objetivo y, por lo tanto, era parte integrante de un plan estratégico. Sin embargo, consideró que las condiciones de vida impuestas a la población no serbia de Bosnia Krajina y las operaciones militares contra ciudades y aldeas que no eran objetivos militares, se emprendieron con el único propósito de alejar a las personas, sin que se acreditara que estos crímenes fueron cometidos con la intención específica necesaria para el delito de genocidio (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, 2004, parr. 118 y 989).

4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo

Se ha señalado que esta disposición fue inspirada por la práctica nazi de la esterilización forzada durante la segunda guerra mundial (Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst, 2010: 216). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso Akatesu, consideró que dentro de las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, debería considerarse la mutilación sexual, la práctica de la esterilización, el control de natalidad forzado, la separación entre sexos y la prohibición de matrimonios (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 507).

Asimismo, indicó que en las sociedades patriarcales, donde la pertenencia al grupo es determinada por la identidad del padre, la violación puede constituir una forma de impedir los nacimientos dentro de un grupo, ya que el hijo de la mujer violada no pertenecerá al grupo de su madre (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 507).

Finalmente, señaló que las medidas tendientes a impedir los nacimientos dentro de un grupo pueden ser también mentales, como por ejemplo en el caso de que la mujer violada se rehúsa subsecuentemente a procrear o a consecuencia del trauma decide no hacerlo (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 508).

5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo

De acuerdo con Werle, el objeto de esta disposición es evitar que los niños se vean desarraigados y distanciados de su grupo; se trata de evitar que se distancien de su identidad cultural, de su propio idioma, las costumbres y los usos de su grupo, pues de ocurrir ese distanciamiento, se estaría afectando la propia base social del grupo e incluso su existencia biológica, pues los afectados no se reproducirán dentro de su propio grupo (2011: 431 y ss.).

El artículo 6 e) de los Elementos de los Crímenes, indica que por “niño” debe entenderse una persona menor de 18 años; sin embargo, como acertadamente lo señala Schabas, es bastante improbable que una persona cercana a esta edad pueda perder su identidad cultural con la transferencia (2000: 176).

Por último, el referido artículo de los elementos de los Crímenes, refiere que la expresión “por la fuerza” no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.

Elemento subjetivo

Tal y como lo destaca Kai Ambos, el delito de genocidio se compone de dos elementos subjetivos independientes: uno general que podría denominarse “intención general” o dolo y uno adicional concretado en la “intención de destruir” (2010: 47).

La “intención general” o dolo, se prevé en el artículo 30 del ERCPI y está referida a la intención y conocimiento de realizar los elementos materiales del crimen, que en este caso son las 5 acciones descritas en el tipo de genocidio (matanza de miembros del grupo, lesión grave su integridad física o mental, sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y traslado forzoso de niños de un grupo a otro grupo).

El elemento subjetivo adicional (elemento subjetivo distinto del dolo) se prevé en el propio tipo, al requerir que estas acciones sean realizadas con la “intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

En la prolífica sentencia del caso Akuyesu, el Tribunal Penal para Ruanda estableció que la intención especial o *dolus specialis* constituye un elemento del crimen que demanda que el perpetrador claramente busque producir el acto imputado, aunque reconoce que por ser un elemento mental o interno, en ocasiones es difícil o imposible de demostrar. Por ello, en ausencia de la confesión del acusado, la intención puede ser inferida de un cierto número de presunciones o hechos y así, el Tribunal considera que se puede deducir la intención genocida de un acto en particular del contexto general de perpetración de otros actos sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, ya sea que esos actos hayan sido cometidos por el mismo acusado o por otros. Asimismo, la intención genocida puede inferirse de otros factores, tales como la escala de las atrocidades cometidas, su naturaleza general en una región o país o el hecho de atacar deliberadamente y sistemáticamente a las víctimas debido a su pertenencia a un determinado grupo, excluyendo a los miembros de otros grupos (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 1998, parr. 498 y 523).

Un elemento característico de la “intención especial”, es que al sujeto activo no le interesa la víctima en lo individual sino la destrucción del grupo (Werle, 2011: 440). Por ello, el genocidio es típi-

camente un crimen basado en la despersonalización de la víctima y en donde ésta no se ve afectada en razón de sus cualidades o características individuales, sino sólo por su pertenencia a un grupo (Cassese, 2008: 137).

De otra parte y tal como lo asentó el tribunal Penal para ex Yugoslavia en la apelación del caso Krstić, el requisito de intención de genocidio se cumple cuando las pruebas demuestran que el presunto autor intentó destruir al menos una parte sustancial del grupo protegido. De acuerdo con el Tribunal, la determinación de cuándo esta parte es sustancialmente suficiente para cumplir con este requisito puede implicar una serie de consideraciones. El tamaño numérico de la parte del grupo es un punto de partida necesario e importante, pero el número de individuos debe evaluarse no sólo en términos absolutos, sino también en relación con el tamaño general de todo el grupo. Pero además del tamaño numérico de la población objetivo, puede ponderarse también la importancia que se tenga dentro del grupo y así, si una parte específica del grupo es emblemática del conjunto del grupo o es esencial para su supervivencia, ello puede apoyar la constatación de que la parte es sustancial en el sentido del tipo (The Prosecutor V. Radislav Krstić, 2001, parr. 12).

2. La instigación directa y pública para cometer genocidio

La instigación directa y pública para cometer genocidio se contempló ya en el artículo III.c) de la CCG y de ahí se trasladó tal cual a los estatutos de los diversos tribunales penales internacionales. De manera específica, el artículo 21.3.e. del ERCPI considera penalmente responsable a quien haga una instigación directa y pública a que se cometa genocidio.

Se trata de un forma de participación en el delito que debe distinguirse de la instigación propiamente dicha –prevista también en los diversos estatutos –, pues en ésta, la sanción se dará sólo en caso

de que el delito a que se instiga se haya efectivamente cometido o al menos intentado cometer, lo cual ocurre con cualquiera de las otras formas de participación que contempla el artículo 4 de la CCG, como la asociación o la complicidad para cometer genocidio. En cambio, en la instigación pública y directa a cometer genocidio, no es necesario que el crimen efectivamente se efectúe (Schabas, 2000: 266).

Esta cuestión fue particularmente abordada por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso de Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, al señalar que la instigación es un modo de responsabilidad en la que el acusado puede incurrir sólo si la instigación ha contribuido de manera sustancial a la comisión de uno de los crímenes previstos en el Estatuto; mientras que, en contraste, la instigación pública y directa para cometer genocidio es un crimen en sí mismo y no es necesario demostrar que el hecho ha contribuido substancialmente a la comisión de actos de genocidio; o, dicho en otras palabras, es una ofensa punible aun cuando los actos de genocidio no hayan tenido lugar; cuestión que, de acuerdo con la Cámara, es confirmada por los trabajos preparatorios de la CCG de 1948, de donde se desprende que los redactores de la misma buscaron sancionar la instigación pública y directa para cometer genocidio, aun si ningún acto fuera cometido, con el objetivo de prevenir la ocurrencia de tales actos (*The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze* 2007, parr. 678).

En el caso Akayesu el Tribunal Penal para Ruanda señaló que los delitos donde se prevé una sanción incluso cuando el hecho no ha tenido éxito (“infracciones formales”), constituyen una excepción, siendo la regla que, en teoría, un delito sólo puede ser castigado en relación con el resultado previsto por los legisladores. Pero en opinión de la Sala, el hecho de que tales actos sean en sí mismos particularmente peligrosos debido al alto riesgo que corren para la sociedad, aunque no produzcan resultados, justifica que sean castigados como medida excepcional y así, la Sala sostiene que el geno-

cidio está claramente comprendido en la categoría de crímenes tan graves, que la incitación directa y pública a cometer tal delito debe ser castigada como tal, aun cuando tal incitación no produzca el resultado esperado por el perpetrador (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 1998, parr. 562).

Si bien en principio la incitación directa y pública para cometer genocidio debe ser expresa e inequívoca, no admitiéndose las sugerencias vagas o indirectas (Schabas, 2000: 276 y ss.), la jurisprudencia del Tribunal Penal para Ruanda ha señalado que el elemento de incitación directa debe ser analizado a la luz de su contenido lingüístico y cultural, ya que un particular discurso podría ser percibido como “directo” en un país y en otro no, dependiendo de la audiencia, por lo que la incitación puede ser directa y, no obstante, implícita. Son los casos en que el lenguaje tiene un especial sentido para el receptor, por ejemplo, las expresiones de los locutores de la Radio Libre de las Mil Colinas de “vamos a exterminarlos a ellos” o “inyenzi-inkotanyi” (guerrero cucaracha), que tenían una inequívoca referencia a los tutsis, en el contexto socio-lingüístico de Ruanda (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 1998, parr. 557 y 558; *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze*, 2007, parr. 697 y ss., 739 y 759; y *The Prosecutor v. Tharcisee Muvunyi*, 2006, parr. 502).

3. Conclusiones

El crimen de genocidio, si bien presente en la historia humana como la destrucción de un grupo por su propia condición y concebido como un crimen contra la humanidad en el pasado, ha tenido una concreción y definición reciente, a la luz de la CCG de 1948.

Fue ésta la que, basada en los contornos esbozado por Lemkin, por primera vez estableció una definición clara para este crimen atroz, concebido como una serie de acciones realizadas con el pro-

pósito o intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Ahora bien, la definición general de genocidio ha sido complementada de manera muy importante por la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, quienes en la historia reciente, han tenido que lidiar con lamentables acontecimientos de esa naturaleza.

De esa manera, la jurisprudencia de estos tribunales ha proporcionado importantes herramientas interpretativas respecto del concepto de “grupo”, de los elementos objetivos de la conducta base y del elemento subjetivo o “intención especial” en el crimen de genocidio.

Así mismo, los Elementos de los Crímenes del ERCPI han establecido algunas precisiones y consideraciones sobre estos elementos, siendo la más polémica de ellas la exigencia de un elemento contextual, como la existencia de un plan o política en la comisión del crimen de genocidio, cuestión que ha sido avalada por la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional.

Siendo considerado el genocidio como el “crimen de crímenes” (The Prosecutor v. Jean Kambanda, 1998, parr. 16), estimo que el referido elemento contextual no debería ser exigido ni como un elemento del tipo ni como un requisito de procedibilidad en los casos competencia de la Corte Penal Internacional. Es decir, no deben existir obstáculos para su persecución en cualquier supuesto.

Para finalizar, me gustaría comentar que en este trabajo realicé un análisis técnico jurídico del crimen de genocidio y su interpretación por la jurisprudencia internacional, pero sin embargo creo que los crímenes que dieron origen a la tipificación de ese crimen y su interpretación, nunca debieron haber existido.

Por ello creo que apelar a la educación de las nuevas generaciones en la cultura de la tolerancia y la paz podría hacer mucho bien para las generaciones futuras y para la vida humana en este planeta.

Fuentes de información

Libros y artículos

- Ambos, K. (2010). “¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?” En *Revista Penal*, Núm. 26, Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, España.
- Cassese, A. (2008). Cassese, *International Criminal Law*. 2ª Ed., Oxford University Press, United Kingdom.
- Gómez-Robledo, A. (2002). “El Crimen de Genocidio en Derecho Internacional”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 105, Septiembre-Diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.
- Kullashi, M. (2003). “Limpieza étnica en la ex Yugoslavia”. En *Revista Praxis Filosófica*, Núm. 16, Universidad del Valle, Cali, Colombia.
- Lemkin, R. (2009). *El dominio del Eje en la Europa ocupada. Leyes de ocupación. Análisis de la administración gubernamental. Propuestas de reparaciones*. Buenos Aires. Prometeo Libros.
- Schabas, W. (2000). *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*. Cambridge University Press: United Kingdom.
- Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional* (traducción del alemán por María Gutiérrez Rodríguez, Claudia Cárdenas Aravena y Jaime Couso Salas). 2ª ed., Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

Convenciones Internacionales

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 (III), de 9 de diciembre de 1948.

Documentos

- Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Pursuant to Security Council Resolution 1564*

of 18 September 2004. Geneva, 25 January 2005, Visto 4-IV-2015 de http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf

Sentencias de Tribunales Penales internacionales

Ruanda

The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T. Judgement. 2 september 1998, Visto 3-IV-2015 de <http://www.un.org/en/preventgenocide/ruanda/pdf/AKAYESU%20%20JUDGEMENT.pdf>

The Prosecutor versus Clément Kayishema and Obed Ruzindana. Case No. ICTR-95-1-T. Judgement, 21 May 1999, Visto 13/V/2015 de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>

The Prosecutor versus Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda. Case No. ICTR-96-3-T. Judgement and Sentence, 6 December, 1999, Visto 8-V-2015 de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-3/trial-judgements/en/991206.pdf>

The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka. Case No. ICTR-96-14-T. Judgement and Sentence. 16 may 2003, Visto 23-VII-2017 de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-14/trial-judgements/en/030516.pdf>

The Prosecutor v. Tharcisee Muvunyi. Case No. ICTR-2000-55^a-T. Judgement and Sentence. 12 september 2006, Visto 23-VII-2017 de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-00-55/trial-judgements/en/060912.pdf>

The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze. Case No. ICTR -99-52-A. Judgement. 28 november 2007, Visto 23-IX-2017 de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-99-52/appeals-chamber-judgements/en/071128.pdf>

The Prosecutor v. Jean Kambanda. Case No. ICTR 97-23-S. Judgement and Sentence. 4 September 1998, Visto 23-IX-2017 de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-97-23/trial-judgements/en/980904.pdf>

Ex Yugoslavia

The Prosecutor v. Goran Jelisić. Case No. IT-95-10-T. Judgement. 14 December 1999, Visto 23-VII-2015 de <http://www.icty.org/x/cases/jelisc/acjug/en/jel-aj010705.pdf>

The Prosecutor v. Goran Jelisić. Case No. IT-95-10-A. Apellation. Judgement. 5 July 2001, Visto 23-VII-2015 de <http://www.icty.org/x/cases/jelisc/acjug/en/jel-aj010705.pdf>

Prosecutor v. Radislav Krstić. Case No. IT-98-33-T. Judgement. 02 August 2001, Visto 23-III-2016 de <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>

The Prosecutor v. Radoslav Brđanin. Case No. IT-99-36-T. Judgement. 1 september 2004, Visto 23-IV-2016 de <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>

The Prosecutor v. Radislav Krstić. Case No. IT-98-33-A. Apellation. Judgement. 19 April 2004, Visto 23-III-2016 de <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

The Prosecutor v. Milomir Stakic. Case No. IT-97-24-A. Judgement. 22 March 2006, Visto 18-VIII-2016 de <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/staaj060322e.pdf>

Corte Penal Internacional

Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”). Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. No. ICC-02/05-01/09. 4 March 2009, Visto 15-01-2017 de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01517.PDF



El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina

Óscar Ernesto Garay

Abogado UBA. Magister en bioética y derecho por la Universidad de Barcelona.

RESUMEN: En este estudio se pretende tocar separadamente los temas de salud para la gran variedad de personas entre las cuales existen subgrupos que necesitan atención especial: mujeres, menores, adultos mayores, pueblos originarios, la relación entre salud y discapacidad, la diversidad sexual, migrantes; todo desde el lugar que ocupa Argentina y lo previsto en las normas de la materia.

Palabras clave: Salud, Salud como derecho, poblaciones vulnerables.

ABSTRACT: In this study is intended to touch health issues separately for the great variety of people among whom there are subgroups that need special attention: women, minors, senior citizens, native peoples, the relationship between health and disability, sexual diversity, migrants; everything from the place that Argentina occupies and the foreseen in the norms of the matter.

Keywords: Health, Health as a right, vulnerable populations.

SUMARIO: Introducción • I. Mujer y salud • II. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la salud • III. Derecho a la salud de la persona mayor • VI. Salud y discapacidad V. Protección de la salud mental • VI. Salud y diversidad sexual • VII. Derecho a la salud de los pueblos originarios • VIII. Atención de la salud de los migrantes • Conclusiones • Fuentes

Recibido: 17 de abril de 2017. Aprobado: el 10 de julio de 2017.

Introducción

El derecho a la salud, a la luz de los milenios de historia de la humanidad, es un derecho humano de reciente aparición. Las revoluciones francesa (1789) y norteamericana (1776) defendieron derechos inalienables como la libertad, la propiedad y el derecho a la vida.²² Posterior a la segunda guerra mundial, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1948),²³ se estableció como derecho humano de toda persona, el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades²⁴. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (OMS-CONST).

Primero se da una noción de la salud física, mental y social y después se prescribe que se trata de un derecho humano igualitario, pero, ajustando su dimensión, se limita el alcance del grado máximo de salud que todo ser humano pueda lograr, habida cuenta de las circunstancias que impiden aplicar estrictamente aquel primer

22. Derechos llamados de primera generación; el derecho a la salud aparece en la camada de los derechos humanos de segunda generación.

23. La Constitución de la OMS, formulada en 1948, fue reformada en 1977, 1984, 1994 y en el 2005.

24. De manera semejante, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador de 1988— aprobado por la ley 24.658/1996, expresa que: “Toda persona tiene Derecho a la Salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

enunciado (dolencias congénitas, secuelas graves de enfermedades o accidentes, etc).²⁵

En la construcción –evolución del Derecho Internacional de los DDHH (En el segundo cincuentenario del siglo XX), el derecho a la salud aparece reconocido en los siguientes instrumentos normativos: Declaración universal de derechos humanos de 1948 (artículo 25)²⁶, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966²⁷ (artículo 12),²⁸ la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (artículo 5, apartado E, inciso IV), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (artículo 12).²⁹

Luego de una primera etapa en que el Derecho Internacional de DDHH regulase en términos generales sobre los derechos fundamentales de la persona como la Declaración Universal de 1948 y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, además de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –los dos de 1966- se elaboraron normas protectoras de los derechos humanos (el derecho a la salud

25. Blanco, Luis Guillermo, El concepto de salud del ordenamiento jurídico argentino, en Cuadernos de Bioética: <http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/blanco.htm> (Acceso: 02/11/2016).

26. Se afirma que: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

27. Con relación al Pacto referido, en mayo de 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de supervisar la aplicación del Pacto adoptó la observación general número 14 sobre el derecho a la salud.

28. En virtud del primer párrafo del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo segundo del artículo 12 se indican -a título de ejemplo- diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.”

29. Más abajo en el texto citamos otras normas del Derecho Internacional de los DDHH aplicables a situaciones especiales.

inclusive), de poblaciones específicas: de las mujeres, de los niños y niñas, de los discapacitados.³⁰

El derecho constitucional argentino, por su parte, ampara el derecho de marras mediante una doble vía: implícita (artículo 33 C.N.) y explícita artículo 75, inciso 22 de la C.N).³¹ A su tiempo (después de la recuperación de la democracia en 1983) los textos constitucionales provinciales tuvieron la expresividad normativa de reconocimiento del derecho a la salud que no supo o no quiso darle el convencional constituyente de 1994.

La normativa infra-constitucional de naturaleza sanitaria se generó a lo largo del siglo XX, hasta llegar a estos primeros años del siglo XXI, conforme el marco socio cultural y jurídico imperante (en cada momento histórico) en la sociedad argentina.

De ésta, en el siglo pasado predominó una cultura conservadora, paternalista, patriarcal y autoritaria. En el ordenamiento jurídico, el centro de las normas era constituido por el patrimonio y la propiedad, ergo, en la legislación sanitaria (que se nutría de esas fuentes), la persona humana era situada en los bordes, en la periferia; en la médula de la normativa se constituían otros bienes: El hospital, los medicamentos, las obras sociales, etc.

Empero, la sociedad argentina evolucionó (en paralelo a las sociedades del mundo occidental), primero en una sociedad democrática, luego en receptora de los derechos humanos, y en nuestros tiempos, es una sociedad con mayor contenido filosófico, cultural y vivencial de los valores democráticos y pluralistas.

Tomando como fuentes en la Constitución Nacional y en el Derecho Internacional de los DDHH, la “nueva” legislación sanitaria se

30. En el derecho interno ocurrió de manera similar: primero se legisló en términos “universales” y posteriormente, se regularon las situaciones particulares.

31. El artículo 75 inciso 22 CN le otorga Jerarquía Constitucional a una serie de Normas del Derecho Internacional de los DDHH que reconocen el derecho humano a la salud.

fundamenta en los valores de dignidad, libertad e igualdad, y empla-za a la persona humana en el centro de la legislación en salud, por ejemplo, en las normas que legislan sobre salud sexual y reproductiva, reproducción médicamente asistida, derechos de los pacientes, muerte digna, identidad de género entre otras.

Después de esta brevísima conceptualización introductoria sobre el derecho a la salud, a continuación, se desarrolla el cómo la legislación sanitaria regula respecto el derecho a la salud en relación con las poblaciones vulnerables, exponiéndose conforme a patrones diferenciales.

I. Mujer y salud

El siglo XX fue el tiempo de la indignidad para la humanidad, porque la realidad, triste e incontrastable, nos demostró que fueron permanentes y atroces las violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana.

En el caso de las mujeres, las violaciones de los DDHH fueron tan constantes y vejatorias de su dignidad, que obligó a las Naciones Unidas a expedir los instrumentos internacionales que reconocieran sus derechos, como a instrumentar las garantías para su eficaz protección. Como fruto de la realidad irrefutable (de sometimiento, violación y discriminación de la mujer en el mundo), en el año 1979 se aprueba en la ONU la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer”, por la cual en su artículo primero menciona que:

La expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las

libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés, constituyó la culminación de una serie de ingentes esfuerzos internacionales para proteger y promover los derechos de las mujeres en todo el mundo. En un cuerpo único se concentraron las normas que articulan la igualdad de derechos entre varones y mujeres. De esta manera, los Estados signatarios acordaron “adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres y garantizar sus derechos humanos.”³²

En la Argentina se sancionó la ley 26.485 de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales,”³³ la que simboliza una nueva manifestación legislativa en el abordaje de la compleja problemática en la que se encuentra la mujer en sus relaciones interpersonales, fruto de un paradigma cul-

32. Como Reglamentario de la Convención, se expidió el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” en 1999 la cual entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. La CEDAW reforzaba la titularidad de la mujer sobre los derechos humanos que anteriormente la DUDH había reconocido para todos los miembros de la familia humana pero existía aún otra cuestión cultural que afectaba y afecta la dignidad y la salud de la mujer, la violencia que se ejerce contra ellas, violencia contra la mujer que motivó se expidiera la “Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer”, la “Convención de Belém do Pará” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—Organización de los Estados Americanos, aprobada en Belém do Pará Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General).

33. La ley 26485 fue Reglamentada por el Decreto 1011/2010 (PEN-BO 20/07/2010).

tural que viene desde hace mucho tiempo³⁴ y que más allá de los cambios sociales operados, persisten en muchas ocasiones.³⁵

Acorde con los cambios socio culturales producidos en la sociedad (por ejemplo, la violencia de género se ha visibilizado y es repudiada por la sociedad la misma que antes la generó y acogió en su seno), el Código Civil y Comercial de la ley 26.994 establece un régimen de los derechos civiles igualitario, sin discriminaciones basadas en el sexo, y protectorio de los derechos de la mujer.³⁶

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU por medio de la Observación General número 14/2000 en el apartado 21 sobre la mujer y el derecho a la salud sostuvo que:

-
34. Cultura patriarcal (machista) y paternalista que, en el siglo pasado, fue el caldo de cultivo propicio para el sojuzgamiento de la mujer y la negación de sus derechos; como la invisibilización de la violencia de género; a ésta se la veía como naturalizada en la relación de sometimiento social que la mujer mantenía con el hombre, a partir del patrón simbólico instituido culturalmente por el varón, éste detentaba los derechos y la mujer era una cosa o propiedad a su disposición.
 35. No obstante, en una lucha titánica contra el sistema instaurado (por los hombres), la centuria pasada mostró a la mujer ganando sucesivos espacios que con justicia equiparan *statu* al del hombre. Declaraciones internacionales, tratados, previsiones coincidentes en los textos de las constituciones, interpretaciones sustanciales de los tribunales superiores de justicia salen al cruce de discriminaciones o bloqueos al igual acceso a las carreras científicas, políticas, diplomáticas, docentes, empresariales, culturales y al brillante protagonismo en las artes, la música o las letras, que marcan esa notable evolución. La cual resalta la calidad propia habilitada por el talento, la excelencia de su formación y experiencia que, legítimamente, le abren los caminos y jerarquías. No obstante esto último, la realidad social nos muestra patente la desconsideración de la mujer, que pasa por uno de sus momentos peores, respecto de la violencia y maltrato, vejámenes y asesinatos de que son víctimas en su vida doméstica (matrimonio, relaciones de pareja o demás manifestaciones que adoptan hoy las variedades de esas relaciones). (Augusto M. Morrello, La dignidad de la mujer, Publicado en: LA LEY 2004-C, 1564).
 36. Ampliamos sobre: la mujer y la titularidad de los derechos humanos, la igualdad de género, el derecho a la salud de la mujer, la legislación sanitaria aplicable a la mujer, entre otros temas, en Garay, Óscar Ernesto, Tratado práctico de la Legislación sanitaria, TI, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 281 y ss.

Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos.³⁷(s/d)

En la legislación sanitaria reciente, se destacan normas que articulan a la mujer como centro del objeto protectorio de regulación; se destacan las siguientes:

- Ley 25929. Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto.
- Ley 26369. Realización del examen de detección del estreptococo Grupo B Agalactiae a todas las embarazadas con edad gestacional entre las semanas 35 y 37.

37. Cabe tener en cuenta, también, la Recomendación General número 24 expedida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW): “La mujer y la Salud” del dos de Febrero de 1999 en la cual, por ejemplo, se hace mención a factores diferenciales de la mujer respecto del hombre (biológicos, socioeconómicos, psicosociales).

- Ley 25673. Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.
- Ley 26130. Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica.
- Ley 26150. Programa Nacional de Educación Sexual Integral.
- Ley 26743. Se establece el derecho a la identidad de género de las personas.

Queda demostrado que la legislación en salud, cada vez más se hace cargo de legislar de manera diferenciada, según el género, teniendo en cuenta los aspectos biológicos y psicológicos.

II. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la salud

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 25 se refiere al niño como poseedor de “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre los Derechos del Niño, que reconoce derechos como el de no ser discriminado y el de tener un nombre y una nacionalidad, también consagra en la práctica los derechos de la infancia a la educación, a la atención de la salud y a la protección especial. En 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención sobre los Derechos del Niño³⁸ que en su artículo 24 declara que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.”

38. Internalizada en el ordenamiento jurídico argentino por medio de la Ley 23.849. Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. (publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de supervisar la aplicación del PIDESC, adoptó la Observación General número 14 (2000) sobre el derecho a la salud, en la cual estatuyó un apartado titulado (el derecho a la salud de los niños y adolescentes).³⁹

El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional⁴⁰, entre las atribuciones del Congreso, establece la de legislar y promover me-

-
39. Observación General número 14 en la cual en el apartado A del párrafo 2 del artículo 12 se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños. En los ulteriores instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce que los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades. En la Convención sobre los Derechos del Niño se exhorta a los Estados a que garanticen el acceso a los servicios esenciales de salud para el niño y su familia, incluida la atención anterior y posterior al parto de la madre, la Convención vincula esos objetivos con el acceso a la información, respetuosa del niño, sobre prevención y fomento de la salud y la prestación de ayuda a las familias y comunidades para poner en práctica esas medidas. La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental, es preciso adoptar medidas eficaces y apropiadas para dar al traste con las perniciosas prácticas tradicionales que afectan a la salud de los niños, en especial de las niñas, entre las que figuran el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y el cuidado preferentes de los niños varones, asimismo es preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad. Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.
40. “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” (De Argentina)

didadas de acción positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos, especialmente respecto de niños, mujeres y ancianos.

Sin lugar a duda, la preservación de la salud genera obligaciones positivas y no sólo negativas, o de simple abstencionismo estatal. Se ha añadido la obligación de dar y hacer lo necesario para proteger la salud, así como también para promoverla en beneficio de las personas mediante el despliegue de prestaciones y medidas de acción positivas.

En este orden de ideas:

- a) el derecho a la salud ligado a la protección social colectiva y a su carácter de necesidad relevante debe ser protegido por el Estado como obligación activamente universal, impostergable y de inversión prioritaria
- b) el derecho a la salud requiere de medidas adecuadas para su protección
- c) el acceso a un nivel de prestación garantiza el goce efectivo del derecho constitucional a la salud.

En este sentido, el Congreso Nacional ha sancionado una serie de leyes que tienen por objeto la protección integral de la salud. Entre ellas se puede mencionar a modo enunciativo, las siguientes:

- Régimen de identificación para los recién nacidos (Ley 24.540)
- Régimen para la detección y tratamiento de determinadas patologías en el recién nacido (ley 26.279)
- La prohibición de utilización de equipos de utilización de rayos ultravioletas destinados para bronceado a personas menores de edad (ley 26.799)
- La prohibición de venta, expendio o suministro de determinados productos a menores de edad (Ley 26.968).

La ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes número 26.061 (2005)⁴¹ establece que:

Los Organismos del Estado deben garantizar:

- a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad;
- b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración;
- c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia;
- d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social.
- e) Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas.
- f) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.⁴²

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (01/08/2015) estatuye como paradigma la protección de la persona humana. En tal sentido el artículo 26 del CCYC dispone:

El caso del **adolescente entre trece y dieciséis años**:

Se presume que tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su

41. Sancionada en consonancia con la Convención Internacional de los Derechos de los Niños.

42. La ley 26.061 también legisla como derechos de los niños, niñas y adolescentes (entre otros) el interés superior (artículo 3), a la vida (artículo 8), a la dignidad y a la integridad personal (artículo 9), a la dignidad (artículo 22), y a opinar y a ser oídos (artículo 24).

estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

El caso del **adolescente que ha cumplido 16 años:**

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El artículo 26 CCYC es la expresión del principio de “Autonomía Progresiva”, esta norma debe complementarse con el artículo 59 del mismo cuerpo legal –vinculada al consentimiento informado– pues de esta última se desprende que no se requiere de capacidad jurídica para tomar este tipo de decisiones, sino de “aptitud” o “competencia”. Ambas normas, analizadas desde el punto de vista de los niños y adolescentes, resultan claras expresiones del principio de autonomía progresiva, que implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes de diversas funciones decisorias según su grado de desarrollo y madurez.

De donde, los niños, niñas y adolescentes tienen reconocido el Derecho Humano a la Salud (CIDN, Ley 26.061); tienen derecho a decidir por sí de acuerdo a su capacidad progresiva (competencia bioética), en salud, se debe obrar respetando el “interés superior” del niño o niña.

Asimismo, en protección de la salud de los niños, niñas y adolescentes, se debe compatibilizar lo prescrito en el CCyN con lo establecido en la legislación especial: Ley 24.193 de trasplantes, ley 26.130 de Intervenciones de contracepción quirúrgica, ley 26.529 de derechos de los Pacientes, ley 26.743 de Identidad de género, que respecto de

los menores, regulan protegiendo sus derechos; y determinadas situaciones especiales (inmunización) –ejemplo los Testigos de Jehová–.

III. Derecho a la salud de la persona mayor

El anciano es la “persona mayor”, que habiendo atravesado por las edades vitales de la vida: niñez, adolescencia/juventud y adultez (que anteceden a su ciclo vital actual), llega al período postrero de la existencia de la persona humana, esto es, la vejez o el “período de la vida humana que sigue a la madurez”⁴³.

Se trata de la edad senil, período de la vida que, se decía comúnmente, empieza a los sesenta años; hay que acotar que se ha corrido una generación, es decir no menos de tres lustros, ahora la línea divisoria pasa por los setenta y cinco años (Morrello, 2002). **No obstante que el requisito de edad para acceder la jubilación es de sesenta y de sesenta y cinco años (mujeres y hombres, respectivamente), en la actualidad, muchas personas se mantienen activas, hasta bastante más de esas edades.**

Existe consenso en que el anciano, a consecuencia de la declinación natural de sus fuerzas vitales, es objeto de destrato, de abusos físicos, psicológicos, económicos, etc, ya sea en el seno familiar o en el ámbito social.

El anciano es considerado un sujeto débil, sometido a una triple situación de debilidad: “la dinámica jurídico social torna vulnerable al viejo, en tanto lo estereotipa y lo constriñe en su ámbito de actuación. El sistema normativo lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de protección jurídica adecuado a su naturaleza. Y

43. En relación a los derechos de la ancianidad y la salud, ver Dabove, María I. y Nawojczyk, Erika, *El derecho a la salud de la vejez: Los malabares jurídicos de la autonomía personal en los contextos de vulnerabilidad y cuidados*, en *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*, Director: Garay, Óscar E. Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, Argentina. 2012, p. 421 y ss.

también lo debilitan los valores jurídicos imperantes, cada vez que no reconocen suficientemente a la persona anciana como fin en sí”.

En nuestro país, numerosos ancianos sufren distintos tipos de violencia, económica, estructural, física, psíquica y sexual, y las situaciones se agravan cuando las personas mayores son internadas en instituciones, padeciendo marginación y desarraigo social.

Los ancianos carecen de posibilidades para integrarse en la sociedad y participar activamente en ella, sufren discriminación y los prejuicios y estereotipos que existen afectan su desenvolvimiento en la comunidad; el anciano es un sujeto vulnerable al maltrato.

El maltrato de los ancianos se define como todo acto u omisión cometido contra una persona mayor, en el cuadro de la vida familiar, la seguridad económica, la integridad física-psíquica, su libertad o que comprometa gravemente el desarrollo de su personalidad.

Cuando nos referimos a maltratos estamos hablando de violencia. Esta última se caracteriza justamente por todo acto u omisión realizada por una persona a la integridad física, psíquica o a la libertad de otra persona o compromete gravemente el desarrollo de la personalidad o afecta su seguridad financiera.

Sin embargo, más allá de las definiciones, es dable contemplar lo que señala la ONU, refiriéndose a la principal forma de maltrato a las personas mayores y que está relacionada con la privación del ejercicio de los derechos fundamentales y la falta de igualdad de oportunidades, es decir, imposibilidad de acceso a la sanidad, analfabetismo, falta de libertad, carencia o insuficiencia de las pensiones.⁴⁴

Los ancianos deben ser respetados como sujetos simultáneamente iguales y distintos, que continúan siendo parte de la comunidad aunque padezcan dependencia. Las personas mayores requieren de

44. Véase: Borghi, Silvina María, *Maltrato, Abuso y Abandono del Anciano*, LL, Publicado en: Sup. Act. 03/07/2007, 1.

protección contra la enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, accidentes y contra sí mismos.⁴⁵

El CC de Vélez Sarfield no contempló como sujeto de derecho a la persona anciana, ergo, no legisló en amparo de sus derechos.

Cambios sociales y culturales mediante, el CCYC de ley 26.994 constituye el marco de tutela de la persona humana, de trato igualitario y no discriminatorio, que recepta los valores del Derecho internacional de los DDHH, para pensar en la creación de un estatuto orgánico para la protección jurídica integral de las personas de edad en sus relaciones públicas y privadas, que recepte los estándares del Derecho internacional de la ancianidad.

El abordaje jurídico no debe partir de la identificación con la incapacidad, sino de un modelo de promoción de derechos fundamentales, dentro del cual la injerencia estatal sea implementada mediante medidas de acción positiva ajenas a la subsunción automática de la persona en la incapacidad. Por su parte, el respeto a la dignidad exige validar la autodeterminación del paciente adulto mayor, la obtención de su consentimiento informado para cualquier práctica médica y la previsión de salvaguardas adecuadas para quienes no puedan prestarlo ante debilitamientos propios de la ancianidad (artículo 12 del CDPD). La autonomía personal exige igualmente respetar los mecanismos de autoprotección en relación a los tratamientos de salud y auto tutela (Fernández, 2012).

A nivel internacional se expidieron diversos instrumentos jurídicos en amparo de los derechos de las personas mayores:

45. Véase: Dabove, María Isolina - Novelli, Mariano H. - Gonem Machello, Graciela N. - Nawojczyk, Erika - Prunotto, Mariana E. - Rodrigo, Fernando M., *Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos*, Publicado en: LA LEY 2008-D, 751.

- La Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003)
- La Declaración de Brasilia (2007)
- El Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009)
- La Declaración de Compromiso de Puerto España (2009)
- La Proclamación sobre el Envejecimiento (1992)
- La Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012)
- Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991)
- La Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002)
- La Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).⁴⁶

La ONU le debe al mundo un instrumento internacional que proclame los derechos humanos de la persona mayor. En nuestra Constitución Nacional sólo se hace referencia, entre las atribuciones del Congreso, a la de legislar y promover medidas de acción positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos, especialmente respecto de niños, mujeres y ancianos (artículo 75, inciso 23 C.N).⁴⁷ En la legislación infraconstitucional no tenemos una ley sanitaria que proclame los derechos de la persona mayor a la atención de la salud.

46. En esta Convención, en artículos extensos se trata de manera especial sobre los derechos de la persona mayor y la temática que estamos tratando, art. 6 (derecho a la vida y a la dignidad en la vejez), art. 11 (derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud) art. 19 (derecho a la salud).

47. Ver nota 16.

De lo expuesto, surge que la salud de las personas mayores constituye una de las problemáticas más acuciantes de la actualidad, no sólo para los propios ancianos, sino también para los Estados, que deben atender el impacto que el envejecimiento de la población produce en la estructura político-económico-social, concretamente, en la atención de la salud.

En este sentido, sostenemos que es indispensable trabajar por la construcción de un derecho a la salud de las personas mayores con sentido humanista, tendiente a lograr una vejez con calidad de vida, eliminando toda forma de discriminación, que garantice el acceso real a la salud de las personas de edad en nuestro país, en defensa del bienestar, la autonomía –en la medida de lo posible- y la dignidad de las personas mayores (Nawojczyk, s/d).

IV. Salud y discapacidad

A lo largo de la historia de la discapacidad, los estudiosos han clasificado distintos modelos de abordaje de la misma. El primero, denominado *de prescindencia*, en el que se considera que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y en el que las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias por diferentes razones, porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que por lo desgraciadas sus vidas no merecen la pena ser vividas como consecuencia de dichas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres.

El segundo modelo es el denominado *rehabilitador* (modelo médico hegemónico); desde su filosofía se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas. Desde este modelo

las personas con discapacidad ya no son consideradas innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas, es por ello que el fin primordial que se persigue desde este paradigma es *normalizar* a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. El principal «problema» pasa a ser, entonces, la persona, o mejor dicho, sus limitaciones, a quien es imprescindible rehabilitar psíquica, física o sensorialmente.

Un tercer modelo, denominado *social*, es aquel que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales, y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas, sin discapacidad, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas, en ciertos aspectos, diferentes.

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios (vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros).

Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades.

En consonancia con lo expresado en las últimas líneas del apartado anterior, en la década de los 90's, varios pensadores comenzaron a sostener la ilegitimidad de una democracia basada en la homogeneidad, tal como se planteaba hasta entonces el “contrato social” de las sociedades democráticas, para reivindicar un nuevo principio

“la sociedad diversa”, dicho de otra manera, la sociedad democrática debía asumirse como pluricultural (Eroles, 2008).

En materia de discapacidad, Argentina ha suscrito en la última década y media dos importantes convenciones del Derecho internacional sobre discapacidad, una regional y una internacional. En el 2000 incorporó al derecho interno mediante la ley 25.280 la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en Guatemala en 1999 y en el año 2008 mediante la ley 26.378, incorpora la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, que tiene además la particularidad de ser la primera Convención de Derechos Humanos del siglo XXI, de esta última, además, se suscribe el Protocolo Facultativo (Rosales, 2013).

El artículo 25 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad legisla sobre el derecho a la salud:

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de

nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

En la Argentina, no se ha legislado aún, una ley que siga los paradigmas establecidos por la CIPD. Las dos leyes nacionales sobre la materia (22.431 y 24901),⁴⁸ se encuentran descontextualizadas respecto de los valores que plantea el Derecho internacional de los DDHH en materia de discapacidad.

48. Ley 22.431 de Sistema de Protección Integral de Discapitados (1981). Ley 24.901 de Discapacidad. Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad (1997).

V. Protección de la salud mental

El sufriente mental estaba, hasta no hace mucho tiempo, olvidado por el sistema legal, la Constitución Nacional no era efectiva para este colectivo, no existían normas nacionales ni instrumentos internacionales o supranacionales. Los derechos de las personas con discapacidad pasaban prácticamente inadvertidos para la sociedad y la ciencia. El Código Civil y la ley 22.914⁴⁹ **no reconocían todos sus derechos: eran sujetos olvidados por el sistema; a expensas de la arbitrariedad del mundo médico psiquiátrico y no pocas veces, desidia del sistema judicial.**

Aún con un reconocimiento más lento que el deseado y con un alto coste en procurar la vigencia de los derechos fundamentales que afectan a miles de seres humanos con marcada hiposuficiencia jurídica y una espantosa calidad de vida. La sociedad mundial fue mutando. Así, reflejo de esta progresiva transformación la Declaración de Caracas (OEA 1990), y los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Naciones Unidas 1991), marcan un hito en el reconocimiento de los derechos humanos a favor de los pacientes mentales.

La Declaración de Caracas promovió la reestructuración de la atención psiquiátrica en la región, ello implicó la revisión crítica del papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico en la prestación de servicios. Era una crítica severa a los tristemente célebres manicomios; se postuló la atención psiquiátrica ligada a la atención primaria de salud en los marcos de los sistemas locales de salud, lo cual permitirá la promoción de modelos alternativos centrados en la comunidad y dentro de sus redes sociales.

49. La Ley 22.914 (1983 - Personas con deficiencias mentales, toxicómanos y alcohólicos crónicos. Normas que regulan su internación), fue derogada por la Ley 26.657/2010 de Derechos a la protección de la salud mental.

Los principios para la protección de los enfermos mentales significaron un cambio copernicano, paradigmático, revolucionario a favor de las libertades fundamentales, los derechos y la dignidad de la persona con afecciones mentales. Se establecieron pormenorizadamente los derechos de los pacientes mentales, se reguló sobre el consentimiento informado, en relación con la información sobre sus derechos, respecto a los principios de admisión en las instituciones psiquiátricas, con relación al órgano de revisión, se fijaron garantías procesales, entre otros derechos y garantías en apoyo de la persona afectada y tratada en su salud mental.

La nueva ley 26.657 de Salud Mental de 2010 recepta y fomenta los cambios culturales acaecidos o deseados de nuestra sociedad en relación con las personas con sufrimiento mental, esta normativa de vanguardia recoge y amplía los postulados de la legislación internacional existente sobre la materia, intenta dejar atrás el horror de años de olvido, de trato indigno, de “apartar” del Derecho al colectivo social integrado por los pacientes mentales.

Ley 26.657 (Protección de la Salud Mental) que constituye un trascendente cambio de legislación sanitaria en lo que va del siglo XXI, en virtud de los rotundos cambios estructurales que regula en la atención de la salud mental. Establece un marco ético-jurídico que hace tabla rasa con la cultura imperante en la atención psiquiátrica dominante, que “cosificaba” al paciente mental. Ahora, la dignidad intrínseca del paciente sufriente mental es reconocida por la ley.

La norma tiene como razón de ser, *la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional* (Kraut, 2013, s/p)

Queda un largo camino por recorrer: Imponer la cultura de valores e implementar la estructura en la atención de salud de los padecientes mentales que surge de la plataforma ética y jurídica que establece la ley 26.657. Pero, se ha dado un gran paso; con la nueva

ley se acaba con la manicomialización, a la vez que se internaliza el Derecho internacional en la materia y se protegen los derechos de las personas con padecimiento mental.

VI. Salud y diversidad sexual

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La *orientación sexual* y la *identidad de género* son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.

La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.⁵⁰

Además de que el artículo dos de la Ley 26.743 refiere que:

Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales⁵¹.

50. Conferencia *Principios de Yogyakarta*.

51. La Ley de identidad de género prescribe que “Toda persona tiene derecho:
a) Al reconocimiento de su identidad de género;

La diferencia entre los conceptos sexo y género radica en que el primero se concibe como un hecho biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas⁵².

La ONU no ha expedido aún una norma internacional que estatuya la protección de los derechos humanos sobre orientación sexual e identidad de género⁵³. En el 2006 se establecieron los Principios de Yogyakarta⁵⁴ sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género.

b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;

c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.” (artículo 1 de la Ley 26.743).

52. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general número 28 relativa al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párrafo 5.
53. La Asamblea de las Naciones Unidas expidió el 17 de Noviembre de 2011 el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”.
54. Luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, 29 reconocidas y reconocidos especialistas procedentes de 25 países en diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, adoptaron en forma unánime los Principios de Yogyakarta sobre la “Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”.

Los Principios de Yogyakarta reafirman que:

Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, los denominados derechos sexuales incluyen el derecho de toda persona libre de restricciones, discriminación y violencia, a lograr el más alto nivel de salud en relación con la sexualidad, incluyendo acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; buscar, recibir e impartir información en relación con la sexualidad, educación sexual, respeto por la integridad del cuerpo, libertad para escoger pareja, decidir ser o no sexualmente activo/a, consentir las relaciones sexuales, consentir el matrimonio, decidir si quiere tener hijos o no y cuándo, buscar una vida sexual placentera, segura y satisfactoria.

Es importante en torno al derecho a la salud y la diversidad sexual, lo establecido por la ley 26.743 en el artículo 11 declara que:

Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años podrán, conforme al artículo 1 de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5 para la ob-

tención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce.

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

Hubo avances significativos de reconocimiento de los derechos humanos de las personas que se expresan en la diversidad sexual contenidas en las siglas “LGBTI”⁵⁵ en la Argentina, se los incluye culturalmente en base al derecho a la diferencia y se les reconoce el derecho a la salud.

VII. Derecho a la salud de los pueblos originarios

Los pueblos originarios son “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén

55. LGBTI es un acrónimo que se usa como término colectivo para referirse a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (el término trans se refiere a travestis, transexuales y transgéneros) e Intersexuales.

regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (OIT, 1989)⁵⁶.

En el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por medio de la Observación General número 14 sobre el derecho a la salud sostuvo que:

...estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de tal suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales,

56. La Naciones Unidas han dicho que los “pueblos indígenas” son “Comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica en las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.” Y, que el “indígena” (...) es la persona que pertenece a una población autóctona por autoidentificación (conciencia de grupo) y que es reconocida y aceptada por esta población en calidad de uno de sus miembros (aceptación por parte del grupo). Esto otorga a las comunidades autóctonas el derecho y el poder soberano de decidir cuáles son sus miembros, sin injerencia externa. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2013).

los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas.

El Comité observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones.

La Organización de las Naciones emitió en el año 2000 la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, declaración que constituye un compromiso político internacional de derechos humanos para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

En el artículo 24 de dicha Declaración se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud. Las medicinas tradicionales de los pueblos indígenas, durante mucho tiempo fueron consideradas sin valor científico. En las últimas décadas, sin embargo, este conocimiento ha sido reconocido no sólo por las grandes instituciones de investigación científica y desarrollo internacionales, sino también por las firmas farmacéuticas privadas, que continuamente buscan la posibilidad de explotar comercialmente esas medicinas (en la mayoría de los casos sin el acuerdo y reconocimiento de los pueblos) además que sostiene, que los pueblos indígenas y sus miembros tienen derecho a seguir usando sus medicinas.

El derecho a la salud es un derecho humano universalmente reconocido, y para su aplicación los servicios sociales y de salud no deben

discriminar el acceso de los indígenas, y sí ofrecerles por lo menos el mismo servicio que a cualquier otra persona de la población.

En la Argentina rige normativa internacional específica relacionada con los derechos de los pueblos indígenas o aborígenes, así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por ley 24.071, el Convenio sobre Diversidad Biológica aprobado por ley 24.375, y el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe aprobado por ley 24.544.

En el ordenamiento jurídico nacional,⁵⁷ se sancionaron, la Ley número 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes (modificada por Ley 25.799), norma que trata sobre el derecho a la salud de las poblaciones indígenas, por medio de su capítulo VI “De Los Planes De Salud” artículos 18, 19, 20 y 21⁵⁸.

En la reforma constitucional de 1994, se “constitucionaliza” a los pueblos originarios. El artículo 75 CN dispone:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos natu-

57. En distintas Constituciones provinciales argentinas se reconoce a las poblaciones originarias o indígenas, Buenos Aires (art. 36 inciso 9), Chaco (art. 37), Chubut (arts. 34 y 95), Formosa (art. 79), Jujuy (art. 50), La Pampa (art. 6), Neuquén (art. 53), Río Negro (art 42), Salta (art 15), Tucumán (art. 149).

58. La ley 26.160 declara la emergencia en materia de posesión y propiedad comunitaria indígena (prorrogada por ley 26.554)

rales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Cláusula que ahora es complementada por el artículo 18 del CCYC al reconocer “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” se establece la inviabilidad de desconocer su herencia cultural lo mismo que la necesidad de promoverla; integrándolos de modo igualitario al resto de la sociedad argentina. Respetando “su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”, esto es, el reconocimiento a su esencia indigenista.

La norma constitucional transita un sentido humanista; a la vez que, del derecho a la diferencia, que es una expresión del derecho a la identidad personal. La expresión “desarrollo humano” es relevante, porque señala la finalidad promotora que debe revestir la tierra y su uso, como espacio de radicación y de crecimiento para la integración, la cultura diferencial y la convivencia de las comunidades aborígenes (Bidart-Campos, 2005).

La receptividad de los derechos de los pueblos originarios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Uno de los estandartes del nuevo CCYC es “el paradigma protectorio”, el cual tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los códigos del siglo XIX regularon los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado y la sociedad. Superando esta visión el Código Civil y Comercial considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital, como ocurre con el integrante de comunidades indígenas (artículo 18).

En este cambio copernicano, el CCYC reconoce los derechos de las comunidades indígenas a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano y que ese derecho se ejerce conforme la Constitución Nacional y según lo establezca la ley

(artículo 18 CCYC). La norma contenida en el artículo 18 CCYC actúa como un dispositivo de la política legislativa impuesta por la norma constitucional citada, destinada a generar medidas que doten a los integrantes de las comunidades indígenas de recursos básicos suficientes e idóneos como para superar las asimetrías estructurales que padecen, incorporando previsiones especiales con relación a su régimen tuitivo especial en el cuerpo normativo que rige las relaciones de todos los habitantes del país con los derechos y los bienes de los que disponen para el desarrollo de sus vidas.⁵⁹

El derecho a la salud de las poblaciones originarias o indígenas se fundamenta en la Constitución Nacional y en el Derecho internacional de los derechos humanos.

En sintonía con el concepto de salud dado por la OMS “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS-CONST), los pueblos indígenas vivencian la salud de modo similar, pues el bienestar es la armonía entre los individuos, las comunidades y el universo.

Se aplica, también, el principio de no discriminación: “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social” (OMS-CONST, segundo párrafo).

Igualmente, lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 (1966), norma aclarada y explicada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales

59. El legislador dispuso que “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial” (norma transitoria, art. 9 de la Ley 26.994), ello en razón de considerarse que la complejidad del tema y su vinculación con cuestiones de derecho público exigía una regulación autónoma fuera del Código de derecho privado.

y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa la aplicación de la Observación General número 14 (2000) sobre el Derecho a la Salud.

Tanto la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como la Ley 23.302 de Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes, expresan que tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud ancestrales.

Los servicios de salud que implementen el gobierno nacional,⁶⁰ provincial y municipal deben ser enfocados desde la diversidad cultural, reconociendo la medicina tradicional de los pueblos originarios e implementar planes de salud aplicables en las propias comunidades indígenas; entre otras variables.

Empero, si bien hubo avances culturales y jurídicos de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, todavía hay mucho por hacer: barreras culturales (de la sociedad y de las propias comunidades indígenas) y económicas (las poblaciones originarias transitan su vida en la pobreza), a trasponer, para que el acceso a

60. En el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación:

I) En el año 2011 por Resolución número 439 se creó el “Área de Salud Indígena” en la órbita del Programa Médicos Comunitarios, Equipos de Salud del Primer Nivel de Atención, en un todo de acuerdo a lo consagrado en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, así como también en la Ley número 23.302 de creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

II) En el año 2016 por Resolución 1036-E se creó el Programa Nacional de Salud Para los Pueblos Indígenas, en el ámbito de la Dirección Nacional de Atención Comunitaria de la Subsecretaría de Atención Primaria de la Salud de la Secretaría de Promoción, Programas Sanitarios y Salud Comunitaria, el cual tiene como objetivos:

- 1) Generar la formulación de planes para lograr la reducción de las inequidades en las condiciones de salud de las poblaciones objetivo.
- 2) Propender a la disminución de la morbi-mortalidad de la población indígena mediante el desarrollo de programas preventivos y promoción de la salud.
- 3) Desarrollar actividades de capacitación de personas de las diferentes comunidades indígenas para favorecer el acceso a los servicios públicos de salud aceptando la interculturalidad.

los derechos humanos, al derecho a la salud para que sea igualitario respecto del componente mayoritario de la sociedad argentina.

VIII. Atención de la salud de los migrantes⁶¹

En el “Preámbulo” de la Constitución Nacional se establece que los objetivos planteados en el mismo se constituyen también “para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. El artículo 16 de la C. N. prescribe que todos los habitantes de la nación argentina “son iguales ante la ley” y el 20 por su parte, estatuye que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano”.

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, el significado de los términos utilizados por nuestra Carta Magna es:

- I) Habitante: Cada una de las personas que constituyen la población de un barrio, ciudad, provincia o nación
- II) Extranjero: Perteneciente o relativo a un país extranjero o al conjunto de ellos
- III) Ciudadano: Persona considerada como miembro activo de un Estado, titular de derechos políticos y sometido a sus leyes.

Por su parte la Ley de Migraciones número 25.871, en su artículo segundo prescribe que: “se entiende por ‘inmigrante’ todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”. Teniendo en cuenta, entonces, los conceptos citados y lo normado por la Constitución Nacional, las personas extranjeras

61. Palacios, Carmen Elisa “La Ley de Migraciones (25.871) y su reconocimiento al ejercicio pleno del “derecho a la salud”. Antecedentes normativos y doctrinarios que dan fundamento al artículo 8”. Pub. “La Ley”, Suplemento revista “Doctrina Judicial” del 21 de abril de 2004.

que han venido a habitar nuestro suelo (o que ingresan, transitan, residen o se establecen definitiva, temporaria/transitoriamente), gozan de todos los derechos conferidos por la legislación argentina a los ciudadanos del Estado nacional.

En orden internacional, cabe citar la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ONU, 1990 e Internalizada por Ley 26.202); en los artículos 9, 28, 43.1 y 45.1 se establecen los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares a la vida y al acceso a servicios sociales y de salud.

Argentina ha tenido tres leyes migratorias de alcance nacional: una en el siglo XIX (Ley 817 de Inmigración y Colonización), otra en el siglo XX (Ley 22.439, General de Migraciones y Fomento a la Inmigración), y la última en el siglo XXI (Ley 25.871 de Migraciones). Entre la primera y la tercera pasaron 130 años, ambas tuvieron trámite parlamentario, la segunda provino de un gobierno de facto.

La Ley de Migraciones número 25.871/2004 (reglamentada por el Decreto 616/2010) en su artículo sexto prescribe en materia de acceso a servicios sociales que:

El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social

A su vez, la citada ley establece en materia de derecho a la salud de los migrantes que:

No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migra-

toria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria (artículo 8).

La ley 25.871 compromete al Estado a promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de las personas migrantes, los derechos establecidos en la ley de migraciones son de cumplimiento obligatorio, es decir, que todos los hospitales tienen la obligación de atender a las personas extranjeras, sin que importe si tienen DNI o no.

En muchas ocasiones, las instituciones tienen procedimientos administrativos que obstaculizan el cumplimiento del derecho, por ejemplo, en muchos hospitales existe una planilla donde debe completarse un número de DNI para asignar un turno médico. Por ello, es preciso tener en cuenta que los procedimientos administrativos propios de cualquier institución no son más importantes que una ley nacional, y nunca pueden usarse como razón para no permitir el acceso de personas extranjeras.

Esto es, todas las personas migrantes, cualquiera sea su situación migratoria (tengan o no DNI, hayan iniciado o no trámite de residencia) tienen derecho a acceder a la salud en las mismas condiciones que los nacionales; este derecho está garantizado en los artículos 6 y 8 de la ley de migraciones número 25.871. Pueden acceder a todos los servicios de salud pública, incluyendo guardias, urgencias, consultorios externos, internación, tratamiento y medicación para enfermedades crónicas, etc., si la institución de salud exige demostrar la identidad, el pasaporte o la cédula del país de origen son suficientes.

Conclusiones

La sociedad mundial progresó a ser democrática y al reconocimiento de los derechos humanos de todas las personas. -La salud es un

estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades-.

El derecho internacional de los DDHH, luego de regular los mismos en términos genéricos, pasó al reconocimiento de los DDHH de determinadas poblaciones vulnerables (mujeres, niños, discapacitados).

En la Argentina, la legislación sanitaria de los últimos tiempos constituye a la persona humana en la centralidad de la normativa y la legislación en salud, cada vez más reconoce y amplía los derechos de colectivos frágiles: a la atención de la salud de la mujer, de los niños, niñas y adolescentes, de la persona mayor, de los discapacitados, de los sufrientes mentales, de quienes se identifican en la diversidad sexual, de los pueblos originarios y de los migrantes.

Fuentes

- Bidart, G. J. (2005). *Manual de la constitución reformada*, Tomo III, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina
- Blanco, L. G. (2009). *El concepto de salud del ordenamiento jurídico argentino*, en Cuadernos de Bioética: <http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/blanco.htm> (Acceso: 02/11/2016).
- Borghí, M. (2007) *Maltrato, Abuso y Abandono del Anciano*, publicado en: Sup. Act. 03/07/2007, 1.
- CETFCM. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (1979).
- Dabove, María I. y Nawojczyk, Erika, (2012) *El derecho a la salud de la vejez: Los malabares jurídicos de la autonomía personal en los contextos de vulnerabilidad y cuidados*, en Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, Director: Garay, Óscar E. Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, Argentina. 2012.
- Dabove, María Isolina - Novelli, Mariano H. - Gonem Machello, Graciela N. - Nawojczyk, Erika - Prunotto, Mariana E. - Rodrigo, Fernando M., (2008-

- D), *Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos*, Publicado en: LA LEY 2008-D, 751.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, (2013).
- Eroles, C. y Fiamberti, H. (Comps). (2008). *Los derechos de las personas con discapacidad*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Universitaria Buenos Aires.
- Fernández, S. (2012). “Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino,” *Derecho Privado*, Año 1. Número 2, Argentina, Buenos aires: Ediciones Infojus.
- Picasso, S. y Caramelo, G. (Directores) (2012) “Reforma del Código Civil I. Aspectos generales.” *Revista de Derecho Privado*. Año 1, número 2, Buenos Aires Argentina: Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Garay, E. (2012): *Tratado práctico de la Legislación sanitaria*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley.
- Kraut, A. J. y Garay, O. E. (2013). “Salud mental. La reglamentación de la Ley 26.657 consolida nuevos paradigmas.” *Revista de Persona y Familia*, Ed. La Ley: Buenos Aires, Argentina.
- Morello, A. (2004-C) *La dignidad de la mujer*. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley 2004-C, 1564.
- Morello, A. (2002-E): *La senectud, de cara al derecho*, 1211-Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires Argentina: Ed. La Ley 2002-E.
- OMS, Organización Mundial de la Salud. (2006) *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Palacios, C. (2004). *La Ley de Migraciones (25.871) y su reconocimiento al ejercicio pleno del “derecho a la salud”*. *Antecedentes normativos y doctrinarios que dan fundamento al artículo 8*, en Suplemento de la *Doctrina Judicial* 21 de abril de 2004 Buenos Aires Argentina: Ed. La Ley.

La responsabilidad de los estados y municipios en la fiscalización de los recursos públicos

Jorge Chaires Zaragoza

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

Egresado de la Universidad de Guadalajara.

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I.

RESUMEN: Ante los escandalosos y reiterados hechos de corrupción de los gobernadores y presidentes municipales, nos surge la pregunta ¿qué están haciendo las instancias locales responsables de fiscalizar los recursos públicos? (auditorías superiores locales, contralorías estatales y municipales). El Sistema Nacional Anticorrupción, en teoría viene precisamente a corregir esta situación, sin embargo al dejar que cada Estado cree su propio sistema estatal anticorrupción y sean ellos los responsables de nombrar a los titulares, los resultados son poco alentadores. Los estados y municipios tuvieron 200 años para crear instituciones confiables, que vigilaran el adecuado manejo de los recursos públicos ¿realmente esperamos que lo vayan a hacer ahora?

Palabras Clave: Recursos públicos, corrupción, fiscalización, Sistema Nacional Anticorrupción.

ABSTRACT: Due the scandalous and repeated acts of corruption committed by governors and municipal presidents, the question arises as to, what are the local authorities responsible for overseeing public resources doing? (higher local audits, state and municipal comptrollers). The National Anti-Corruption System, in theory, comes precisely to correct this situation, however, by allowing each State to create its own anti-corruption State system and they are responsible for naming the holders, the results are not encouraging. States and municipalities had 200 years to create reliable institutions that would monitor the proper management of public resources.

Keywords: Public resources, corruption, inspection, National Anti-Corruption System.

Recibido: 6 de mayo de 2017. Aprobado: 14 de agosto de 2017.

SUMARIO: Introducción • I. Evaluaciones, Informes y diagnósticos sobre la fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios • II. La subcultura de la fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios • III. El Sistema Nacional Anticorrupción y los Sistemas Estatales Anticorrupción • Conclusión • Fuentes

Introducción

En los últimos meses hemos sido testigos de monumentales escándalos de corrupción cometidos por gobernadores y presidentes municipales. La gran mayoría de los gobernadores terminan su mandato con acusaciones graves de corrupción, pero muy pocos son sentenciadas. De 2000 a 2013, 41 gobernadores fueron acusados de corrupción, pero sólo 16 fueron investigados y 4 de ellos detenidos (Casar, 2015: 57 y 58). A los que hay que sumar las detenciones e investigaciones de Guillermo Padrés, ex gobernador de Sonora, César Duarte ex gobernador de Chihuahua y al flamante ex gobernador de Veracruz Javier Duarte, más los que se vayan acumulando.

Se espera que con el tan anunciado Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) y los respectivos sistemas estatales anticorrupción, se termine con esos paraísos de impunidad que son los estados y municipios. No obstante, consideramos que no tendrá mayor impacto, toda vez que los estados y municipios seguirán controlando los órganos competentes en el combate a la corrupción, con las implicaciones que ello representa, como veremos en el presente trabajo.

En el tema de la fiscalización del uso de los recursos públicos se sigue bajo un modelo de coordinación y colaboración muy confuso y complicado, además de estar limitado por los principios constitucionales de la soberanía de los estados y la autonomía municipal, que se han convertido en subterfugio jurídico-político para encubrir la corrupción e impunidad en los estados y municipios del país.

Las entidades federativas y los municipios pretextando su soberanía y la libre administración hacendaria, se niegan a colaborar con la autoridad federal para entregar la documentación justificativa y comprobatoria de los recursos públicos federales que ejercen.

Aunque debemos reconocer que se han hecho algunos esfuerzos para que exista una verdadera coordinación y colaboración en materia fiscalización, a través de la expedición de distintas normas e instrumentos como la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley General de Contabilidad Gubernamental o el Sistema Nacional de Fiscalización, estos esfuerzos no han tenido los resultados esperados.

Por otro lado, el control y la fiscalización que llevan a cabo las instituciones estatales, sean de control externo o interno, brillan por su ausencia. Prácticamente todas las investigaciones y detenciones que se han realizado en contra de los ex gobernadores, parecen ser más bien el resultado de vendettas políticas, que el resultado de auditorías practicadas por los órganos de fiscalización locales. En el mejor de los casos, los sancionados son servidores públicos de menor rango, sancionados con penas que no ameritan prisión.

Peor aún, la gran mayoría de las investigaciones y detenciones fueron hechas a petición del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica. Lo que nos lleva a preguntar ¿y las auditorías superiores locales y los órganos de control internos de los estados y municipios? ¿Realmente no sabían qué era lo que estaba sucediendo? ¿No sabían que se estaba dando un desfalco descomunal a sus haciendas públicas? Frente a esta realidad, debemos preguntarnos ¿los estados y municipios realmente se pueden hacer cargo del combate a la corrupción?

En tal sentido, consideramos que resulta oportuno preguntarnos si seguimos apostando por la consolidación del sistema de coordinación y colaboración a efecto de no trastocar el sistema federal mexicano o, por el contrario, buscamos otras alternativas que nos

permitan verdaderamente controlar el gasto público, por muy abigarradas que parezcan las propuestas.

El presente trabajo lo dividimos en tres partes, la primera parte es un diagnóstico sobre la problemática de la fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios. La segunda parte analizamos las peculiaridades que presenta la administración pública local para fiscalizar los recursos públicos. En tanto que la tercera parte llevamos a cabo análisis sobre el SNA y los sistemas estatales anticorrupción, en cuanto a sus alcances y perspectivas.

I. Evaluaciones, informes y diagnósticos sobre la fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios

a) Evaluación a las leyes de fiscalización

En el 2009 la investigadora de la Universidad de Guadalajara Aimée Figueroa Neri publicó su trabajo de investigación, en donde evaluó a los 32 ordenamientos jurídicos de las entidades federativas durante los años de 2000 al 2008. Los resultados de la investigación fueron muy reveladores, que evidenciaron por primera vez las deficiencias de las entidades de fiscalización locales (EFSL). Así, por ejemplo, se encontró que el promedio general de la calidad normativa que se obtuvo fue tan sólo de 72.6 de los 100 posibles a obtener. Si bien se observó que durante los años que se evaluó la normatividad hubo en términos generales una mejoría en la calidad de las leyes estatales, también se advirtió que todavía existían muchas deficiencias en rubros como el fundamento constitucional, la actualización legislativa y reglamentaria, la autonomía plena de la EFSL y legitimidad en el nombramiento del titular. (Figueroa, 2009: 105-109)

Se constató que a pesar de los avances logrados todavía existían contradicciones entre la Constitución Federal, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación y la Ley de Transparencia y Acceso

a la Información Pública. Se advierte que el indicador que menos avance tuvo fue el de la autonomía plena de la EFSL, seguido por la actualización de la ley reglamentaria. Se halló que para finales de 2008 sólo 21 de 32 EFSL locales (66%) tenían garantizada, constitucional o legalmente, su autonomía plena y que diez ordenamientos jurídicos no tenían su reglamento actualizado.

Aimée Figueroa realiza un balance sobre “lecciones aprendidas y oportunidades perdidas”, en donde advierte sobre la falta de armonización legislativa. Para la investigadora de la Universidad de Guadalajara, fue un error haber dejado al albedrío de los legisladores locales la adopción de un modelo de órgano de fiscalización superior similar al federal. Precisa que el tiempo demostró que nuestro federalismo fiscal, entre sus muchas deficiencias, no tiene una armonización legislativa espontánea para la fiscalización superior de los recursos públicos, ni una vinculación efectiva de ésta con las decisiones acerca del presupuesto y gasto público.

Respecto al problema de la autonomía de las EFSL, concluye que a pesar de que se han conseguido unos mínimos que la han apuntalado, también se ha visto como esa autonomía declarada en las constituciones locales se puede menoscabar con las leyes secundarias, a través de atribuciones de las comisiones legislativas o del congreso mismo que sobrepasan el mandato constitucional. Advierte que la otra gran forma de simular legislativamente una autonomía para una institución es declararla en las disposiciones normativas, pero no fortalecerla con una autonomía presupuestaria ni a través de una garantía de recursos financieros para su funcionamiento. Señala que en la reforma de 2008 se perdió la oportunidad de fortalecer con mayor determinación a la Auditoría Superior de la Federación y a las EFSL. De transformarlas en órganos constitucionales autónomos y de ordenar una autonomía con garantía de suficiencia financiera

En el 2015 la Universidad de Guadalajara conjuntamente con el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), realizamos una

investigación que se publicó con el título Auditorías Superiores Locales en México: evaluación de su normatividad, prácticas y transparencia. En esta ocasión la evaluación se realizó en tres rubros:

- a) Evaluación del ordenamiento jurídico de las ESFL (Autonomía, alcance de las auditorías, procedimientos, obligaciones de transparencia, consecuencias de sus hallazgos)
- b) Cuestionarios sobre la percepción y experiencias del personal de las auditorías superiores locales y;
- c) Evaluación de sus portales electrónicos sobre la difusión de sus hallazgos y gestión interna.

El estudio, de nueva cuenta, evidencia la gran discrepancia que existe entre las EFSL en el país, tanto en el marco legal, el grado de autonomía, los principios y metodología de auditorías, el presupuesto, el servicio fiscalizador, la capacitación o la transparencia .

En esta evaluación se obtuvieron algunos datos que son muy significativos para comprobar nuestra hipótesis, respecto a la incapacidad de las entidades federativas para fiscalizar los recursos públicos. El estudio nos reveló que las leyes de fiscalización locales tienen fuertes deficiencias en puntos claves, como el hecho de que no ayudan a que el proceso de fiscalización sea exitoso debido a que lesionan la autonomía de las auditorías. Además, se demostró que las ESFL por lo general no son transparentes ni informan adecuadamente a la ciudadanía sobre los resultados de las auditorías practicadas. (Figuerola et al, 2015: 40-61)

Uno de los puntos más importantes de la evaluación tiene que ver, precisamente, con su autonomía. En el indicador sobre la autonomía 24 entidades federativas obtuvieron una calificación entre 0 y 5 de 10 posibles y sólo en cuatro de ellas habían impulsado reformas para garantizarla; lo que nos demuestra lo poco que se ha avanzado con respecto a la evaluación anterior y que realmente no existe voluntad de mejorar la situación. (Figuerola et al, 2015: 45 y 46)

Dentro de conclusiones del presente estudio se advierte que no obstante que existe una evolución hacia una mejor calidad de las disposiciones jurídicas, aún no se da el avance deseable en aspectos torales, particularmente en cuanto a la autonomía y transparencia de la EFSL. Se pudo observar que los poderes legislativos de las entidades federativas muestran resistencia para dotar de autonomía plena a sus órganos fiscalizadores en las leyes que expiden. En el plano declarativo en las normas constitucionales, las EFSL parecen autónomas, pero en el desarrollo legislativo se menoscaba esa autonomía institucional, por lo que se sugiere que la relación entre el congreso estatal y el órgano de fiscalización debe regirse por la función de fiscalización superior, tomando como brújula la información que genera y no la subordinación institucional de ésta hacia el poder legislativo. (Figuroa et al, 2015: 40-61)

En tal sentido, se precisó que una de las áreas de oportunidad para la reforma legislativa consiste en que el procedimiento para designar a los titulares de las EFSL sea más abierto y transparente a la sociedad. Con la aclaración de que si bien esto no garantiza un comportamiento intachable, contribuye a una mayor legitimidad a su designación. (Figuera et al, 2015: 57 - 59)

Estas evaluaciones nos condujeron al replanteamiento de una realidad: el principio del federalismo en el que se sustenta el Estado mexicano y por el cual permite que cada entidad federativa cuente con su propio sistema de fiscalización (lo que en el papel debería ser lo ideal dentro de un sistema federal), ha resultado ser uno de los mayores lastres del control del ejercicio del gasto público en nuestro país.

b) Informes y diagnósticos de la Auditoría Superior de la Federación

Para corroborar los resultados de las evaluaciones realizadas por Aimée Figuroa, la Universidad de Guadalajara e IMCO, fueron con-

frontados con distintos Informes de Resultados de la Revisión de las Cuentas Públicas de la Auditoría Superior de la Federación, asimismo, un informe sobre la recurrencia de las observaciones de auditoría del gasto federalizado 2000-2010 y un diagnóstico elaborados por la misma dependencia sobre el gasto federalizado en el año 2013.

En los informes de la Auditoría Superior de la Federación de manera reiterada se advierte sobre las graves deficiencias del gasto federalizado ejercido por los estados y municipios. Así, por ejemplo, dentro de las observaciones a la cuenta pública 2013 se destaca que el 29.2% de los recursos (22 mil 993 millones de pesos) no habían sido ejercidos o reintegrados a la Tesorería; no se contaba con la comprobación del gasto del 23.1% de los recursos auditados (18 mil 189 millones de pesos); 13.9% de los recursos (10 mil 945 millones de pesos) fueron transferidos a cuentas bancarias distintas a las autorizadas; el 10.2% de los recursos (8 mil 031 millones de pesos) fueron aplicados en obras, acciones y conceptos que no corresponden a los fines de los fondos y programas; 5.5% es decir, 4 mil 330 millones de pesos fueron destinados a pago de remuneraciones indebidas o injustificadas al personal y 3.4% de lo auditado, es decir 2 mil 677 millones de pesos no fueron entregados por las secretarías de finanzas estatales a los entes ejecutores del gasto. (ASF, 2013b: 52 y 53)

Ahora bien, de acuerdo con el informe sobre la Recurrencia de las Observaciones de Auditoría del Gasto federalizado 2000-2010, los principales conceptos que generaron recuperaciones fueron los siguientes:

(...) recursos ejercidos que no se vinculan con los objetivos de los fondos o programas; falta o inconsistencias de la documentación comprobatoria o justificativa del gasto; pagos improcedentes o en exceso; traspaso de recursos a otros programas, no reintegrados o reintegrados sin los intereses correspondientes; recursos cuyo destino se desconoce o

subejercicios; irregularidades en la ministración de los recursos, e irregularidades sobre remuneraciones al personal. (ASF, 2011: 71)

De igual manera, en el diagnóstico sobre la opacidad en el gasto federalizado realizado por la misma Auditoría Superior de la Federación en el 2013, se señala de manera puntual cuáles son las áreas que se consideran de mayor riesgo para la transparencia, fiscalización y rendición de cuentas de gasto federalizado.

Dentro de las áreas de opacidad se encuentra el marco normativo que regula la gestión del gasto federalizado, que de acuerdo con el diagnóstico es genérico, ambiguo e insuficiente, además de que está disperso en diversos ordenamientos.

Se advierte que persiste como área de opacidad las debilidades en los sistemas de control interno de las entidades federativas y municipios, acentuados de manera significativa en el caso de estos últimos. Para la Auditoría Superior de la Federación es un aspecto que incide de manera fundamental en la calidad y transparencia de la gestión y resultados de los fondos y programas del gasto federalizado, por lo que considera que su atención es esencial para alcanzar gestiones más eficientes, transparentes y sujetas a procesos efectivos de rendición de cuentas.

El diagnóstico evidencia las grandes diferencias que existe entre los estados y municipios respecto a un mismo tema. Se señala que no obstante la entrega de la información que realizan los estados y municipios, se registra irregularidades y con frecuencia la calidad es deficiente, además de que estos problemas son particularmente críticos en el caso de los municipios.

Áreas de opacidad:

- Marco normativo de la gestión del gasto federalizado, genérico, insuficiente y desactualizado.
- Falta de mecanismos explícitos para la distribución de los recursos.

- Insuficiente transparencia en la definición o aplicación de la fórmula o el mecanismo de distribución de los recursos.
- Deficiencias en la distribución de recursos a los municipios y demarcaciones territoriales.
- Fallas en el Registro en la Cuenta Pública Federal, de los Recursos Federales Transferidos a las Entidades Federativas y Municipios.
- Debilidades de los sistemas de control interno de las entidades federativas.
- Falta de transferencia en la recepción y ejercicio de los Recursos de los Fondos y Programas.
- Registros Contables y Presupuestarios inadecuados. (ASF, 2013a: 28-32)

El mismo constituyente permanente ha reconocido las grandes deficiencias de los estados y municipios para revisar y fiscalizar los recursos públicos. En la iniciativa de reforma constitucional en materia de contabilidad gubernamental y fiscalización de recursos públicos del 7 de mayo de 2008, se reconoció la necesidad de crear bases jurídicas obligatorias para todos, que sustenten la construcción de un sistema nacional de fiscalización, pero, con la aclaración de que ello no menoscabe la soberanía de las entidades federativas. Se dispuso la necesidad de establecer principios rectores de la fiscalización que aseguren la autonomía de los organismos fiscalizadores. Asimismo, se precisó que mediante la homologación de normas y criterios contables entre la federación y las entidades federativas, se asegure una rendición más responsable y rigurosa de toda la gestión pública del país.

El entonces senador Ricardo Monreal Ávila al referirse a las reformas advirtió que esto era una vieja discusión inacabada. Reconoció que existe una gran dispersión y una gran confusión en torno a los órganos de control de auditoría y de fiscalización. El senador hace una radiografía muy interesante del problema de la fiscaliza-

ción en nuestro país, por lo que nos permitimos reproducir íntegramente su intervención:

Miren ustedes tenemos la Auditoría Superior de la Federación, tenemos 32 auditorías de los Congresos estatales; tenemos una Secretaría de la Función Pública; y tenemos 32 contralorías de los gobiernos estatales; y tenemos 2 mil 500 contralores municipales. Por supuesto que es una gran dispersión y que esta Reforma no resuelve esa dispersión y ese dispendio de recursos no lo va a resolver; incluso en el artículo 79 trata de resolver una vieja discusión que hay respecto del federalismo, es una discusión inacabada.

Si con esta modificación al 79, que más adelante tocaré, no vulnera, no es una reforma que lesione la soberanía de los estados, y no es una reforma que vaya a ser prácticamente nugatoria o anular los congresos estatales que tienen la función de fiscalizar.

En teoría este Senado debería de estar preocupado, en teoría este Senado debería cuidar que los estados de la federación no sufrieran mermas o disminuciones en sus facultades. Y el gobernador de Coahuila debería de estar más preocupado por esta Reforma, que por la Reforma Constitucional en materia Electoral.

El año pasado la Cámara de Diputados autorizó 770 millones para la Auditoría Superior de la Federación, y para la Secretaría de la Función Pública autorizó casi 1 500 millones de pesos. Cada dependencia del Gobierno Federal tiene una contraloría con autonomía de gestión, cada organismo público descentralizado lo tiene, y se llevan aproximadamente entre 500 y 600 millones de pesos del gasto público.

Y los estados, a través de sus contralorías, gastan cerca de 800 millones de pesos al año, y los municipios cuando menos gastan 2, 500 millones de pesos. Por eso tiene razón el senador Pablo Gómez al convocar a revisar un sistema real para el control, la fiscalización y la auditoría de los recursos públicos.

Casi 8 mil millones de pesos nos llevamos en la dispersión de los órganos de control y de fiscalización, y no hay resultados tangibles, hay una gran corrupción en los gobiernos, en los recursos públicos. Por cierto en la CONAGO esta reforma al artículo 79 se intentó desde hace varios años introducir. La CONAGO en aquel tiempo determinó que era una reforma que lesionaba la soberanía de los estados.

Los excesos de corrupción de los estados han llevado a que el Senado provoque un centralismo en las funciones del Gobierno Federal y de los entes federales, ese es el problema de fondo. Termino, presidente. Y por eso lejos de ver qué está sucediendo con las facultades y funciones de los estados, nosotros estamos reduciendo, restringiendo y centralizando esas funciones en detrimento de las entidades federativas que decimos representar. Es un asunto muy delicado, nosotros votaremos a favor, yo me abstendré en el 79 por las razones que comentaré más adelante, lo reservaré en lo particular, votaremos en los demás artículos a favor, porque es un tibio avance; pero se reconoce como un avance. Pero se requiere mayor profundidad en el ataque a la corrupción y en la fiscalización de los recursos públicos del país. (Cámara de Diputados, 2008: 14)

La necesidad de homologar criterios normativos en todo el país para el combate a la corrupción, se evidenció con la aprobación del SNA por la mayoría absoluta de los diputados y senadores. En la iniciativa de reforma constitucional se señala que se deben fortalecer los controles internos y externos para combatir a la corrupción bajo un esquema legal homogéneo y de coordinación en el actuar de las autoridades competentes. Se reconoce que: “Los esfuerzos aislados seguirán siendo incapaces de alcanzar los mejores resultados, por lo que resulta indispensable transitar a un Sistema Nacional Anticorrupción”. (Cámara de Diputados, 2015: 33)

Dentro de los debates legislativos la diputada Ruth Zavaleta Salgado del Partido Verde Ecologista, reconoció la necesidad de crear

un sistema nacional capaz de coordinar acciones preventivas a nivel estatal, nacional y municipal, y obligar a las entidades federativas que cuenten con sistemas homólogos. (Cámara de Diputados, 2015: 16)

En el mismo sentido, el diputado José Isidro Moreno Árcega y la diputada Gloria Bautista Cuevas destacaron que con la reforma constitucional no sólo se fortalece a la Auditoría Superior de la Federación, sino también se fortalecen los controles internos y externos para combatir la corrupción, bajo esquemas legales homogéneos y en coordinación en el actuar de las autoridades competentes. (Cámara de Diputados, 2015: 22)

Las diferentes evaluaciones y opiniones recabadas vienen a confirmar nuestro argumento de que los estados y municipios no han sido capaces de establecer mecanismos eficaces de control y fiscalización de los recursos públicos, por mucho que los gobiernos locales y municipales anuncien sus logros en la materia. Desafortunadamente, los estados y municipios que aparecen con índices bajos de corrupción o transparencia, son esfuerzos aislados que dependen de la gestión del gobierno en turno y no en un trabajo estructurado y sistemático. En un año aparece Colima como el estado con menor índice de corrupción y cuatro años después cae hasta el número 15; En el 2001 Querétaro ocupó el lugar número 24 y en el 2005 el número 1; Jalisco oscila entre el lugar 28 en el 2001, al 20 en el 2003, 16 en el 2005 para caer al lugar 25 en el 2010. Chiapas ocupaba el lugar 16 en el 2001, ascendió al lugar 6 en el 2003 y al lugar 2 en el 2005, para volver a descender al lugar 17 en el 2010. (Transparencia Mexicana, 2001-2010)

En algunas ocasiones se presentan modelos exitosos o innovadores de los gobiernos locales, que desafortunadamente no trascienden. Enrique Cabrero Mendoza (1995: 358 y 359), en su estudio sobre las experiencias innovadoras en los municipios, señala que la innovación iba a surgir precisamente a partir del espacio municipal. Que los municipios ya no estaban dispuestos a esperar más las soluciones desde el centro a sus problemas cotidianos de gobernabilidad y

gestión municipal. Incluso que era probable que los municipios nos tengan reservadas muchas sorpresas innovadoras más.

Pues veinte años después seguimos esperando esas sorpresas de innovación y esa nueva mística para gobernar de los presidentes municipales. Si las evidencias demuestran que los gobiernos locales no lo han hecho bien en por lo menos doscientos años ¿qué los hace pensar que ahora sí lo harán?

Con estos estudios que evidencian la ineficacia de los gobiernos locales para controlar el manejo de los recursos públicos, resulta difícil entender cómo los defensores del federalismo siguen apostando a la soberanía y autonomía de los estados y municipios para fiscalizar los recursos públicos. No se ha presentado ninguna evidencia concreta que demuestre que son capaces de ejercer los recursos públicos de manera eficaz y eficiente y, en su caso, controlarlos y fiscalizarlos. Sus argumentos se reducen a cuestiones eminentemente teóricas, que no responden a la realidad del México actual.

II. La subcultura de la fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios

La corrupción e impunidad en los estados y municipios ha llegado a índices por demás alarmantes y escandalosos. Los gobernadores se han convertido en el centro del poder local prácticamente incontrolable. La gran mayoría de los gobernadores terminan su mandato con acusaciones graves de corrupción, pero muy pocos son sentenciados.

La lista de los ex gobernadores señalados de corrupción es muy larga, por mencionar sólo algunos de ellos: Mario Ernesto Villanueva Madrid, ex gobernador de Quintana Roo encarcelado por narcotráfico y enriquecimiento ilícito; Tomás Yarrington, ex gobernador de Tamaulipas detenido por cargos de crimen organizado y lavado de dinero; Humberto Moreira, ex gobernador de Coahuila quien en 2011 fue investigado por una deuda de 36 mil millones de pesos; el

ex gobernador de Aguascalientes, Luis Armando Reynoso Femat investigado por su presunta responsabilidad en los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio indebido del servicio público; Andrés Granier, ex gobernador de Tabasco detenido también por enriquecimiento ilícito; los ex gobernadores Arturo Montiel del Estado de México (fallecido); Mario Marín de Puebla y Fidel Herrera de Veracruz, denunciados por desvío de recursos públicos, a los que hay que sumarles Guillermo Padrés, ex gobernador de Sonora, César Duarte ex gobernador de Chihuahua y al flamante ex gobernador de Veracruz Javier Duarte.

Es de hacer notar que estas investigaciones y detenciones parecen ser más bien el resultado de *vendettas* políticas, que el resultado de auditorías practicadas por los órganos de fiscalización locales. Aún peor, la gran mayoría de las investigaciones y detenciones fueron hechas a petición del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica. Lo que nos lleva a preguntar ¿y las auditorías superiores locales y los órganos de control internos de los estados y municipios? ¿Realmente no sabían qué era lo que estaba sucediendo? ¿No sabían que se estaba dando un desfalco descomunal a sus haciendas públicas? Frente a esta realidad, debemos preguntarnos ¿si los estados y municipios realmente se pueden hacer cargo del combate a la corrupción?

Uno de las principales causas de la incapacidad de los estados y municipios de controlar el manejo de los recursos públicos, está directamente relacionado con la situación socio-política en la que están inmersas las administraciones públicas locales, en concreto los servidores públicos que laboran en los órganos de control y fiscalización.

La fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios está determinada por una subcultura administrativa que tiene sus propias reglas no escritas. El Estado de derecho supone el cumplimiento estricto de la ley y, para ello, contamos con un sinnúmero de leyes, reglamentos, manuales, etc., que el servidor público debe respetar por encima de las órdenes del superior. Desafortunada-

mente, bien sabemos que en la realidad esto no funciona así, sino que el cumplimiento de la ley está sujeta a una gran cantidad de factores e intereses políticos, sociales, culturales, morales, económicos, religiosos, etc.

Como se evidenció en la evaluación normativa de las leyes de fiscalización, la autonomía de los órganos locales de fiscalización es una asignatura pendiente. Es más que sabido que los nombramientos de los titulares de los órganos de fiscalización de los estados y municipios están supeditados a los acuerdos y pactos partidistas de los congresos y el gobernador en turno, que afectan gravemente la necesaria credibilidad que debe poseer la institución. Si bien todos los titulares de las auditorías superiores son nombrados por los diputados locales, que en teoría aseguraría su imparcialidad frente al ejecutivo, la realidad es que la relación congreso-partidos políticos-ejecutivo se convierte en una perversa componenda, que les asegura un aro de impunidad a todos.

El Auditor Superior de la Federación, Juan Manuel Portal, lo dijo con todas sus letras: “*No hay una independencia de los entes fiscalizadores en los estados*” (Jiménez, visto: 04-V-2017)⁶².

Prácticamente están casi comandados por el gobernador, aunque dependen y los nombran el Congreso local, las instrucciones y la cercanía, influencia y el ambiente que se da en los estados hace muy difícil la labor de un auditor superior; si hiciera público todo, pues lo quitan, y no sólo es que lo quiten, sino que no puede conseguir trabajo y sus hijos y esposa viven y trabajan en esa comunidad, es muy complicado. Y también hay estados con debilidad en sus Congresos, en muchos estados el gobierno en turno tiene influencia en los Congresos (Jiménez, visto: 04-V-2017).

62. Jiménez publica en el universal lo dicho por Juan Manuel Portal, auditor superior de la federación, en la fecha de su publicación (23-II-2015).

El reto, por lo tanto, es romper con esa dependencia de los auditores locales, la pregunta es ¿cómo?

Se debe tener en cuenta que decir administración pública es decir jerarquía, esto es, un sistema verticalmente estructurado en el que cada persona depende de un superior que le trasmite órdenes que vienen de más arriba y vigila su cumplimiento, y en donde cada pieza se mueve entre la desconfianza y la tolerancia (Nieto, 1997: 142).

La jerarquización de la administración pública es particularmente nociva en el tema de la fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios, sobre todo, a causa de la inestabilidad laboral. Los servidores públicos que laboran en los órganos de control y fiscalización tanto externos como internos, están sometidos al régimen laboral denominado de “confianza”, que condiciona seriamente su desempeño. A pesar de los esfuerzos que se han anunciado para profesionalizar el servicio público en los estados y municipios, la realidad es que siguen estando sujetos al entorno político y, por consiguiente, a los cambios de administración, por lo que no cuentan con una verdadera estabilidad laboral.

Como lo hizo ver el profesor norteamericano Stephen D. Morris en su clásica obra “Corrupción y política en el México contemporáneo”: *La destacada clasificación jurídica de empleados de confianza subraya el hecho de que la posición y el futuro político dependen directamente de que se pueda mantener esa confianza.* (1992: 63)

Como se sabe, el cambio de funcionarios municipales que se produce cada trienio obstaculiza la creación de una base estable de recursos humanos e impide la continuidad en la delicada tarea de gobernar (Toto, 2003: 59). Cada tres años, el servidor público tiene que estar a la expectativa de saber si ganará la elección el partido en el gobierno, de tal manera que le pueda “asegurar” continuar en su cargo. En caso contrario, sabe que existen muchas posibilidades de que le pidan su renuncia. Debemos esperar que la reforma constitucional que permite la reelección para los presidentes municipales

y diputados, pueda romper con esta inhumana práctica, que genera que cada tres años el servidor público tema perder tu trabajo.

La causalidad de la inestabilidad laboral como factor determinante para el adecuado desempeño de los servidores públicos y, como consecuencia, en el problema de la corrupción, no es de ninguna manera una novedad o algo desconocido por los gobernantes, sino que se tiene muy bien identificado (González, 1998: 50)⁶³. Esta inestabilidad laboral, como ya lo dijimos, cobra una relevancia significativa en las áreas de control y fiscalización en el uso de los recursos públicos por las repercusiones que ello implica, ya que la inestabilidad, o mejor dicho la búsqueda de una estabilidad laboral, termina por generar una compleja red de favores y compromisos a la que el servidor público no es ajeno y difícilmente puede desprenderse.

Paradójicamente, en las dependencias de control y fiscalización hay servidores públicos, normalmente de nivel bajo que tienen mucho tiempo laborando con su misma plaza (Figuerola et al., 2015). Si bien no hay mucha rotación, tampoco hay muchas posibilidades de ascender y, el riesgo de perder su trabajo es latente, prácticamente todos los días, ya que literalmente está sujeto a la voluntad del superior jerárquico.

Según cifras de la Asociación de Autoridades Locales de México (AALMAC), en los 2,445 municipios del país laboran aproximadamente 600 mil trabajadores, 90 mil de los cuales —equivalentes a 15 por ciento— dejan su puesto cada año en promedio. René Olivos Campos (2007b: 301 y 302), señala que apenas 12 por ciento del personal de todos los municipios permanece en su cargo hasta por cuatro periodos. El resto de la plantilla se renueva cada administra-

63. En 1965 se publicó la clásica obra de Pablo González Casanova *La democracia en México*, en donde hace una de las mejores radiografías sociopolíticas de México y pone de manifiesto la precariedad de la democracia mexicana, sobre todo, a nivel local. En 1992 Stephen D. Morris publicó su libro *Corrupción y política en el México contemporáneo*, en donde relaciona inestabilidad laboral con la corrupción.

ción y suele ocurrir que los que llegan son los familiares o amigos del alcalde o bien los colaboradores de campaña, que son aquellos grupos que se incrustan por compromisos políticos.

De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Desarrollo Institucional Municipal de 2000 la rotación de los secretarios llega al 88%, de los tesoreros hasta el 90% y del 88% de los directores de seguridad pública y de los responsables de la unidad de planeación. El 91% de los responsables del área de participación social permanecen de 1-3 años, 12% los secretarios, 10% los tesoreros, 12% los directores de seguridad pública y los responsables de la unidad de planeación y sólo el 10% los responsables del área de participación social continúa más allá del periodo de la gestión municipal.

Otro dato relevante que la Encuesta Nacional sobre Desarrollo Institucional Municipal de 2000 reflejó, fue la gravedad del problema en cuanto a las funciones que realiza el área de administración de personal. De un total de 2,427 municipios, 1,698 no aplican procedimientos de reclutamiento, selección y contratación, contra 729 ayuntamientos que sí los utilizan, lo que representa tan sólo el 30.04%. Respecto a la inducción al puesto 2,017 municipios no la realizan, lo que representa un 83.11%, contra 410 que responden afirmativamente, es decir un 16.89%. En el rubro de capacitación y desarrollo personal 1,814 municipios (74.74%) no realiza estas funciones, contra 613 que sí las realiza (25.26%). En el área de motivación y premios 1,918 municipios (79.03%), responden negativamente contra 509 (20.97%) que respondieron de forma afirmativa. (INDESOL-INEGI, 2010)

Datos similares reflejó el estudio de David Arellano, Enrique Cabrero, María José Montiel e Israel Aguilar (2011: 29-116), sobre las instituciones municipales. Se concluye que la falta de continuidad en planes y programas de gestión se hace presente en todo momento; que existen funcionarios municipales con escasa o nula experiencia en los asuntos públicos locales; con una antigüedad en el

puesto que, en la mayoría de los casos, no rebasa los tres años; servidores públicos que llegan y se van con los periodos de gobierno, por lo que difícilmente culminan un proyecto integral de mejoras estructurales o de atención a los problemas públicos del municipio; además que los bajos niveles de profesionalización y arraigo hacen de la administración municipal un espacio de improvisación y experimentación continua.

Como bien se sabe, las prácticas del amiguismo, compadrazgo, nepotismo y el pago por los oficios prestados durante las campañas electorales, siguen siendo los criterios que privan a la hora de nombrar a los servidores públicos en todas las administraciones locales y municipales del país. A pesar de que muchos de los estados ya cuentan con leyes de servicio profesional de carrera, que son aplicables a sus ayuntamientos, éstas no se ponen en práctica. Los partidos políticos siguen blindando el feudo en donde se nutre y recompensa la lealtad partidaria, con un gran número de cargos en la administración pública estatal y municipal, lo que explica que ningún partido tenga el real interés de implementar el servicio civil de carrera a nivel local.

Para José Chanes Nieto (2001: 198), la profesionalización de los servidores públicos en los gobiernos estatales y municipales, ha tenido un magro desenvolvimiento. Refiere que hasta hoy ha privado el sistema de botín político, compadrazgo, amiguismo o capricho, en lugar del mérito. Especifica que aun en aquellos casos en que los titulares de los poderes ejecutivos estatales o de la presidencia municipal sustituían a otros provenientes del mismo partido, el cambio de servidores públicos abarcaba todos los niveles, sin respetar las disposiciones jurídicas garantes de la estabilidad y de la competencia de quienes laboran en las administraciones estatales o municipales.

En palabras de Stephen D. Morris (1992: 63), la estructura de oportunidades de movilidad está dominada por el gobierno. Algo de importancia fundamental, afirma, es que el gobierno proyecta una vía única y centralizada de movilidad social: un monolito. La

rápida rotación de los cargos públicos, la prohibición de la reelección y una rama ejecutiva dominante, contribuyen a darle solidez a esta pauta monolítica. Esta estructura, continúa señalando Morris, a su vez aumenta las posibilidades de una corrupción política generalizada al sostener una pauta de lealtad política que fluye hacia los niveles más altos.

Ahora bien, aunque compartimos la idea de Mireya Toto (2003: 59), arriba citada y de muchos otros autores, en el sentido de que la profesionalización de los servidores públicos a través del servicio civil de carrera es el presupuesto *sine qua non* para la revalorización, dignificación y eficiencia del trabajo burocrático, estimamos que no es suficiente. A esta inestabilidad laboral se suma el que difícilmente algún servidor público de las contralorías internas (salvo dignas excepciones) se atreverá a sancionar a otro servidor público del mismo ayuntamiento o del estado, debido a la red de relaciones existente. Esto es, el servidor público de la contraloría o auditoría bien sabe que a la persona al que se le quiere sancionar muy probablemente tiene una relación de algún tipo (directa o indirectamente) con el presidente municipal, con algún regidor o un alto funcionario municipal, incluso del gobierno del Estado o federal, por lo que está consciente de que difícilmente va a prosperar la sanción impuesta y hasta puede ser castigado con la pérdida de su empleo por su osadía.

Si bien el servicio civil de carrera propicia que se cuente con servidores públicos más capacitados y se les garantice una estabilidad laboral, tiene una limitante. El servidor público municipal “normalmente” no está conforme con su puesto y salario, por lo que aspira a un cargo en la administración estatal o federal. Por lo que está consciente que investigando y sancionando a otros servidores públicos, nunca construirá esa red de relaciones necesaria que le permitiría ascender o cambiar a un mejor puesto, ya sea en el mismo municipio, o en la administración pública estatal o federal.

Lo señalado por Stephen D. Morris, hace 25 años, sigue vigente en nuestro país.

El control del reclutamiento en el vasto sector público mexicano está en manos de la máxima élite política del PRI y del gobierno. Pocos polos alternativos que atraigan a la gente de talento e inspiren lealtad en el sector público compiten con el control centralizado del partido y de la burocracia, sólo se cuenta con una vía de avance social dentro del Estado. Como consecuencia, la mayoría de los empleados del gobierno dependen, para cualquier oportunidad de movilidad, de su buena reputación en el partido o entre los funcionarios de nivel superior. (1992: 64)

Ahora bien, Alejandro Nieto (1997: 157), identifica tres reglas de comportamiento en la administración pública española que bien podemos extrapolar a nuestro país. La primera: “no te metas en lo que no es estrictamente tuyo y no toleres que se metan en lo tuyo”; la segunda: “si no creas problemas a los demás, es probable que no te los crearán a ti”; y la tercera: “no lesiones, y ni siquiera irrites al jefe o a las personas por las que tiene interés el jefe; si existe tal riesgo, olvídate de las leyes, que no se te pedirá cuenta”.

Ante el triste panorama de la fiscalización de los recursos públicos en los estados y municipios, y como se vislumbra muy poco probable que se logren implementar medidas correctivas que contrarresten la grave situación, como pudiera ser el servicio civil de carrera o que los salarios de los servidores públicos se homologuen en todos los estados y municipios del país, debido precisamente a nuestro sistema federal, en donde cada entidad federativa sigue su propia agenda (Olivos, 2007a: 699 y 700), resulta pertinente impulsar el debate sobre la viabilidad del sistema federal en la fiscalización y abrirnos a otras alternativas, como decimos, por muy abigarradas que parezcan, como puede ser la creación la Auditoría Superior de la Nación.

III. Sistema nacional anticorrupción y los sistemas estatales anticorrupción

El 27 de mayo de 2015, y después de un proceso legislativo muy tortuoso, se publicó el tan esperado SNA, que busca, sobre todo, coordinar los esfuerzos de los tres órdenes de gobierno para el combate a la corrupción.

Sin embargo, la tan esperada y exaltada reforma constitucional deja más dudas que certidumbre sobre las estrategias que se deben tomar para hacerle frente a la corrupción. Se nos presenta como un paso al vacío sin ninguna evidencia clara sobre su eficacia. La mayoría de las reformas al texto constitucional no son trascendentales, sino simples pinceladas que no traerán ningún impacto, por lo que no nos debe de extrañar es que dentro de unos pocos años, cuando se vea que no hay resultados significativos en el combate a la corrupción, se vuelva a modificar el texto constitucional y se anuncie, otra vez, como la gran reforma contra la corrupción.

El principal cuestionamiento al SNA es que no se tiene claro si retomamos la idea del federalismo dual, seguimos con el modelo de coordinación y colaboración o apostamos por una mayor intervención de las autoridades centrales o nacionales para combatir la corrupción.

En la tema de la fiscalización de los recursos públicos, México se alejó del federalismo dual desde la creación de la Auditoría Superior de la Federación en el 2000, para optar por el de coordinación y colaboración (Gutiérrez, 1983: 344 y Serna, 2008: 100), las cuales se realizan a través de convenios a efecto de respetar el pacto federal. Sin embargo, es evidente que esta coordinación y colaboración no ha tenido el éxito deseado, debido a diversos factores, entre los que podemos detectar la complejidad del tema, la multiplicidad de intereses que están en juego, la incapacidad o indiferencia de los esta-

dos y municipios de atender el problema, las barreras conceptuales o la simple voluntad de colaborar.

En la creación del SNA se refleja la ambivalencia de opiniones en cuanto al reparto de competencias de nuestro sistema federal. Si bien se concibe como una instancia nacional de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal), también se trató de respetar el federalismo dual, al considerar que cada entidad federativa establezca sistemas locales anticorrupción. Esto es que se prevé la existencia de dos sistemas anticorrupción: uno nacional y otro local, por lo cual es de preverse que en la aprobación de ley secundaria se abra un fuerte debate para definir los alcances de las competencias de cada uno de ellos.

El constituyente permanente tuvo mucho cuidado de no invadir la esfera de competencias de los estados en cuanto a las posibles sanciones, y previó que el comité coordinador del sistema pueda emitir simples recomendaciones a las distintas autoridades locales con el objeto de que adopten medidas dirigidas al fortalecimiento para la prevención de la corrupción, así como al mejoramiento de su desempeño y del control interno. Se dispone que las autoridades locales se limitarán a informar al comité sobre su atención; es decir, son simples recomendaciones sin que se precisen las consecuencias de su incumplimiento.

En los debates de los diputados también se evidenció esta ambivalencia sobre el federalismo mexicano. Por un lado, están aquéllos que piden que se respete el federalismo dual y, por el otro, quienes optan por el federalismo de coordinación y colaboración, pero con preeminencia de la federación.

El diputado por Michoacán, Víctor Manuel Manríquez González, del Partido de la Revolución Democrática (PRD), denunció que a pesar del avance que se lograba con la creación del SNA, le inquietaba el tema del federalismo, pues señaló que no estaba de acuerdo en disminuir la capacidad y actuación de los gobiernos estatales y mu-

nicipales y en que se le traslade la responsabilidad a la federación. (Cámara de Diputados, 2015: 56)

Llama la atención que el diputado por Michoacán, uno de los estados con mayor pobreza y corrupción del país, apueste porque se fortalezcan los órganos de control locales. Si en doscientos años no lo han hecho, por qué hasta ahora viene a pedirlo. Envuelto en la bandera federalista, dice el diputado que deberían generar verdaderos contrapesos en las entidades federativas y municipios. La pregunta es por qué no lo hicieron antes. Por qué hasta que vieron amenazada su vida interna es que se preocupan en fortalecerlos y crear mecanismos de contrapesos.

Por su parte, el diputado por Oaxaca, Carol Antonio Altamirano, también del PRD y, por cierto, el tercer estado con mayor índice de pobreza extrema en México, denuncia que el SNA viola el pacto federal y se entromete en el régimen interno de las entidades y municipios. Es de hacer notar que a pesar de que reconoce que existen “algunos casos” de malos manejos en la deuda de las entidades, como de los exgobernadores Moreira en Coahuila y Granier en Tabasco, estima que no se deben conculcar las facultades de los estados para enfrentar las debilidades en la fiscalización estatal. Subraya que no por eso se debe destruir el pacto fiscal. *No es correcto acabar con el federalismo ni invadir el ámbito de todos y cada uno de los municipios ni de las 32 entidades.* (Cámara de Diputados, 2015: 58)

El diputado por Oaxaca estuvo en contra de que se suplanten las atribuciones de las entidades y que, en su lugar, se mejoren las condiciones de los entes de fiscalización locales. Sin embargo, pasa por alto que tuvieron doscientos años para mejorar la fiscalización y que, precisamente porque no lo hicieron, es por lo que se están proponiendo alternativas que busquen mejorarla, aunque ello signifique suplantarla.

Por otro lado, se dio un debate muy interesante entre el diputado Francisco Alfonso Durazo Montaña del partido Movimiento de Re-

generación Nacional (MORENA) y el diputado Fernando Rodríguez Doval del Partido Acción Nacional (PAN), que vienen a confirmar las debilidades del sistema federal.

El diputado Durazo denunció que según datos del Banco Mundial, en el 2000 México ocupaba el lugar 53 del ranking mundial de corrupción, y que doce años de gobiernos panistas lo había dejado en el lugar 100. El diputado del Partido Acción Nacional le respondió señalando que no fue por culpa del gobierno federal que México haya perdido posiciones en el ranking de Transparencia Internacional, sino que fue por culpa, precisamente, de los gobiernos subnacionales. (Cámara de Diputados, 2015: 27 y 28)

Ahora bien, el que se haya apostado más por la coordinación y colaboración en el combate a la corrupción y dejarle a los estados conformar sus propios sistemas anticorrupción, nos presagia un final muy poco alentador. Como ya pudimos demostrar, el sistema de coordinación y colaboración no ha ayudado en la lucha contra la corrupción. Si a ello le sumamos que los estados y municipios seguirán controlando los órganos responsables del combate a la corrupción, el cacareado SNA va directo al precipicio.

Se dispuso que las entidades federativas tendrían hasta el 18 de julio del 2017 para implementar los respectivos sistemas locales anticorrupción. Como era de esperarse, los estados han tenido muchos problemas para su implementación. El Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO) elaboró un semáforo anticorrupción, con la intención de monitorear los sistemas locales anticorrupción (IMCO, 28-V-2017). El semáforo anticorrupción es un parámetro de evaluación de la reforma constitucional y de la ley del sistema local anticorrupción y su implementación. Documenta y estudia la calidad de la actividad legislativa en los estados con base en las constituciones locales y las agendas legislativas.

De acuerdo con el primer reporte publicado el 28 de febrero de 2017 sólo Nayarit y Chiapas estaban listos para empezar con el de-

sarrollo de su sistema local anticorrupción. Solo 10 estados tenían una reforma constitucional satisfactoria, mientras que nueve aún no contaban con reforma constitucional. Sólo Chiapas y Nayarit contaban con una ley del sistema local anticorrupción satisfactoria, mientras que 24 entidades aún no contaban con la ley.

No es necesario ser vidente para saber que el nombramiento de los miembros de los comités anticorrupción locales o de los jueces del nuevo tribunal administrativo, se convertirán en una verdadera batalla campal, en donde cada partido político o, incluso, los poderes fácticos, intentarán imponer a sus candidatos.

No podemos seguir engañándonos y realmente esperar que tanto la implementación de los sistemas anticorrupción, como la creación o transformación de los tribunales administrativos de las entidades federativas no estarán sometidos a las presiones de los diferentes intereses locales, ya sea del gobierno del estado, del congreso local, de los partidos políticos o cualquier otro poder fáctico. Bien sabemos que todos los poderes y órganos de los estados reciben de alguna manera u otras presiones de estos poderes, cuanto más las instancias y órganos encargados de vigilar el manejo de los recursos públicos.

Si los argumentos para que una autoridad nacional concentrara atribuciones, como fue el caso del Instituto Nacional Electoral o el Instituto Nacional de Transparencia, fueron precisamente que los órganos locales estaban sometidos al gobernador o a los partidos políticos ¿cuál es el argumento para decir que esto no sucederá con los órganos responsables de vigilar, controlar o fiscalizar el uso de los recursos públicos locales?

En tal sentido, no podemos descartar que al igual que sucedió con los órganos locales electorales, que fueron sustituidos por los constantes señalamientos sobre la indebida injerencia de los gobernadores o partidos políticos locales en su organización y atribuciones, en un futuro se instituya una auditoría superior nacional y que los titulares de órganos fiscalizadores locales sean nombrados por aquél. O

al igual que los órganos garantes de transparencia locales, que por su incapacidad para garantizar la transparencia a nivel local se decidió que el nuevo Instituto Nacional de Transparencia revise sus resoluciones. O que en un futuro el nuevo Tribunal Federal de Justicia Administrativa, se convierta en un tribunal nacional y termine revisando las resoluciones de los tribunales locales de justicia administrativa.

Conclusiones

Como se puede constatar con los distintos estudios, diagnósticos e informes de auditoría que analizamos en el presente trabajo, la revisión y fiscalización de los recursos públicos que ejercen los estados y municipios, presenta graves deficiencias, lo que termina por explicar los escandalosos casos de corrupción de los gobernadores de los estados de la República.

Como bien se sabe, los distintos órganos de control, sean externos o internos, de los estados y municipios, son instancias cooptadas por los grupos de poder de los estados, así lo denunció el auditor superior de la federación Juan Manuel Portal. No es un secreto que el nombramiento de los titulares es el resultado de negociaciones y acuerdos políticos, que explica el por qué no se investiga a la clase gobernante tanto de los estados como de los municipios.

La evidente y demostrada incapacidad y desinterés de los estados (tanto por parte los congresos como de los mismos ejecutivos locales), para diseñar y estructurar instancias de control y fiscalización eficientes y eficaces, llevó a la creación del SNA, gracias en gran medida a las constantes y reiterados señalamientos y observaciones de la Auditoría Superior de la Federación.

No obstante, consideramos que la tan anunciada reforma anticorrupción no tendrá mayor impacto, primero, porque aunque se implementaron algunos criterios de unificación para todo el país, se sigue apostando por los mecanismos de coordinación y colabo-

ración, lo cual vaticina un rotundo fracaso, pues el sistema funciona en donde existe voluntad de coordinarse y colaborar y en nuestro país, como lo evidencian los informes de la Auditoría Superior de la Federación, no la hay.

Segundo, porque seguirán los estados y municipios controlando los nombramientos de los titulares de los órganos competentes en el combate a la corrupción, por lo que no es necesario ser profeta o clarividente para saber que se seguirá protegiendo a la clase política y gobernante de los estados y municipios, nombrando a sus titulares por negociaciones o acuerdos políticos.

Los estados y municipios, apelando a su libertad y soberanía, tuvieron 200 años para crear instituciones confiables y eficientes, que vigilaran el adecuado manejo de los recursos públicos ¿realmente esperamos que lo vayan a hacer ahora?

En los últimos años hemos visto que ante la incapacidad de los estados de asumir su responsabilidad en una gran variedad de competencias, se han creado instancias de carácter nacional: Sistema Penal Acusatorio, Instituto Nacional Electoral, Sistema Nacional de Evaluación Educativa, Sistema Nacional de Seguridad Pública, Instituto Nacional de Transparencia, entre otras.

No podemos descartar que al igual que sucedió con los órganos locales electorales, que desaparecieron por los constantes señalamientos sobre la indebida injerencia de los gobernadores o partidos políticos locales en su organización y atribuciones, en un futuro se cree una auditoría superior nacional y que los titulares de órganos fiscalizadores locales sean nombrados por aquél; o, al igual que los órganos garantes de transparencia locales, que por su incapacidad para garantizar la transparencia a nivel local, se decidió que el nuevo Instituto Nacional de Transparencia revise sus resoluciones, que en un futuro el nuevo Tribunal Federal de Justicia Administrativa se convierta en un tribunal nacional y también revise las resoluciones de los tribunales locales de justicia administrativa.

Fuentes

- Arellano, D., Cabrero, E., Montiel, M. J. & Aguilar, I. (2011). “Gobierno y administración pública Municipal: un panorama de fragilidad institucionalizada”, *Los gobiernos municipales a debate. Un análisis de la institución municipal a través de la encuesta INEGI 2009*. Enrique Cabrero Mendoza y David Arellano Gault, (coords), México: CIDE.
- ASF. (2013a). Auditoría Superior de la Federación: *Diagnóstico sobre la opacidad del gasto federalizado*, Ed. Cámara de Diputados, D.F, México, 2013. Disponible en: http://www.asf.gob.mx/uploads/56_Informes_especiales_de_auditoria/Diagnostico_sobre_la_Opacidad_en_el_Gasto_Federalizado_version_final.pdf
- (2013b). Informe de General de la Cuenta Pública 2013. Auditoría Superior de la Federación. Disponible en: http://www.asf.gob.mx/uploads/55_Informes_de_auditoria/Informe_General_CP_2013.pdf
- (2011). *Recurrencia de las Observaciones de Auditoría del Gasto Federalizado 2000-2010*; Informe de Resultados de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2011, México. Disponible en: http://www.asf.gob.mx/uploads/56_Informes_especiales_de_auditoria/Recurrencia_Observaciones_GF_2000_2010_aA.pdf
- Cabrero, E. (1995). *La nueva gestión municipal en México. Análisis de experiencias innovadoras en gobiernos locales*. Ed. CIDE, D.F, México.
- Cámara de Diputados (2008). DECRETO que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 2008. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/085_DOF_07mayo8.pdf
- Cámara de Diputados (2015). Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/257_DOF_27may15.pdf
- Casar, M. (2015). *México: Anatomía de la Corrupción*. D.F. México: CIDE-IMCO.

- Chanes, José (2001): *Posibles implicaciones de una iniciativa de Ley Federal sobre servicio público de carrera en los gobiernos locales y municipales*, Servicio Público de Carrera en México, Ed. INAP, D.F. México, 2001.
- Figuroa Neri A., Palacios Prieto, A., Chaires, Zaragoza J., García Vázquez, N., Grandet Caballero, C., Meza Canales, O., y Valdés Stankiewicz, M. (2015). *Auditorías superiores locales en México. Análisis de su normatividad, prácticas y transparencia*, Aimée Figuroa Neri y Alejandra Palacios Prieto (coordinadoras). México: Universidad de Guadalajara - IMCO - Porrúa.
- Figuroa, A. (2009) *Buenas, malas o raras. Las leyes mexicanas de fiscalización superior (2000-2009)*, México: Ed. Auditoría Superior de la Federación.
- González, P. (1998) *La democracia en México*, México: Ediciones Era.
- Gutiérrez, Sergio: *El federalismo mexicano y la coordinación intergubernamental*, Revista de Administración Pública, UNAM, Número 54 Abril - Junio, 1983.
- IMCO. (2017). *Semáforo Anticorrupción. Monitoreo de los Sistemas Locales Anticorrupción*, Boletín de Prensa, 28 de febrero. Disponible en: http://imco.org.mx/wp-content/uploads/2017/02/2017-Semaforo_Anticorrupcion-Boletin.pdf
- Jiménez, H. “Los ‘peces gordos’ no son tontos: Auditor” *EL UNIVERSAL.mx*, 23-11-2015, en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/primera-plana/2015/impreso/los-peces-gordos-no-son-tontos-auditor-48657.html>
- Nieto, A. (1997) *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel.
- Olivos, J. (2007a) “El servicio civil de carrera municipal en México. Condiciones, desafíos y perspectivas”, *Estudios sobre la responsabilidad del estado en Argentina, Colombia y México*. López O. Rodríguez, L. (Coordinadores), (2007a) México: UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.UNAM.mx/libros/5/2499/33.pdf>
- (2007b) “Valor estratégico de la rendición de cuentas en la administración municipal, Control de la administración pública”, *Segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, UNAM, México. Disponible en: <https://archivos.juridicas.UNAM.mx/www/bjv/libros/5/2396/21.pdf>
- Serna, J. (2008) *El sistema federal mexicano*, México: Ed. UNAM.

Toto G. (2003). El Municipio y la Modernización Administrativa. *Letras Jurídicas*, (7), Universidad Veracruzana.

Transparencia Mexicana. Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno 2000-2010. Disponible en: <https://www.tm.org.mx/indice-nacional-de-corrupcion-y-buen-gobierno-incbg/>



Jueces para el siglo XXI: Una concepción crítica del derecho y la formación judicial

Elba Edith Ramírez Bañuelos

Abogada y licenciada en Letras Hispánicas por la Universidad de Guadalajara, maestra en Ciencias de la Educación por el Instituto Superior de Investigación y Docencia para Magisterio de la Secretaría de Educación Jalisco. Jefa de departamento de la Dirección de Estudios e Investigaciones Jurídicas del STJ 2008-2011. Actualmente docente de Evaluación Educativa y parte de la Comisión de Diseño Curricular en ISIDM.

RESUMEN: Trabajo que documenta y describe el proceso de diseño curricular de la Maestría en Derecho Judicial para el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco. El objetivo fue elaborar una propuesta curricular para la enseñanza del derecho, específicamente de la formación judicial, desde una perspectiva crítica y a partir de la pregunta: ¿cuál es el proyecto curricular pertinente para los juzgadores en un contexto de transformación político-cultural caracterizado por el cambio de paradigma del sistema inquisitivo a uno acusatorio-adversarial? La impartición de justicia debe concebir nuevas formas de pensamiento que trasciendan la aplicación instrumental del Derecho y su enseñanza, por ello se propuso un proyecto curricular que resignifica el perfil del juez en el siglo XXI como partícipe activo de una sociedad democrática.

ABSTRACT: Work, which documents and describes the process of curricular design of the Master's degree in Judicial Law for the Supreme Court of Justice of the State of Jalisco. The objective was to elaborate a curricular proposal for the teaching of law, specifically judicial training, from a critical perspective and based on the question: what is the relevant curricular project for judges in a context of political-cultural transformation characterized by the paradigm shift from the inquisitorial system to an accusatory-adversarial one? The impartation of justice must conceive new ways of thinking that transcend the instrumental application of law and its teaching, and for this reason a curricular project was proposed that resignifies the profile of the judge in the 21st century as an active participant in a democratic society.

Palabras Clave: Perfil para jueces, Sistema Inquisitivo, Sistema adversarial.

Keywords: Profile for judges, Inquisitive System, Adversal System

Recibido: 17 de marzo de 2017. Aprobado: 24 de junio de 2017.

SUMARIO: Introducción • I. La formación judicial: evolución de un modelo • II. La formación judicial en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco • III. La formación del juez • VI. Teoría curricular y *curriculum* • V. Concepción interdisciplinaria del *curriculum* y el Derecho • VI. El Juez del siglo XXI: Reflexiones para la formación judicial • Conclusiones • Fuentes

La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad (...)
Para esta ilustración no se requiere más que una cosa, libertad. (Kant, 2015: 33)

Introducción

El informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales, recopilado en el libro *Abrir las ciencias sociales*, inicia con dos interrogantes: “¿hay leyes deterministas que gobiernan el mundo?, ¿o hay un lugar y un papel para la invención y la investigación humanas?” (Wallerstein, 2007, p. 13), a la luz de estos planteamientos, la concepción de lo que se llamaba ciencia social y la investigación científica se someten a discusión y crítica.

Se considera que la invención y la investigación humana, no sólo son factibles, sino indispensables, en este artículo, que es una síntesis de la tesis presentada para obtener el grado de Maestría en Ciencias de la Educación: “Del Sistema Inquisitivo al Acusatorio-Adversarial en la administración de justicia: Proyecto curricular para la formación judicial en Jalisco”, se propone que, a la luz de un paradigma crítico de la investigación educativa, analítico, creativo, colaborativo y propositivo, la educación judicial y la perspectiva del Derecho y su aplicación, se ajusten al horizonte de interpretación del siglo XXI, en el cual, el juzgador debe incorporar conceptos tales como ciudadanía activa, derechos fundamentales y construcción de la democracia en la impartición de justicia.

El propósito fundamental de emprender este trabajo, consistió en diseñar una propuesta curricular para la formación judicial en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco desde un enfoque de la planeación educativa, específicamente de la planeación curricular. Pero en gran medida consistió en replantear, a la luz de una perspectiva crítica, el perfil del juez del siglo XXI.

El diseño y desarrollo curricular de formación judicial en Jalisco, había conservado el mismo esquema desde 1983. Para solventar las necesidades formativas de los funcionarios judiciales en relación con los cambios constitucionales en la forma de impartir y administrar justicia que se suscitaron en los años 2008 con la llamada *Reforma en materia de Juicios Orales y Justicia Alternativa*⁶⁴ y 2011 con la *Reforma en materia de Derechos Humanos*⁶⁵, se requería una transformación profunda que incidiera en la calidad de la impartición de justicia y la función de los jueces dentro de este proceso de implementación del nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial en México.

Los funcionarios judiciales y sus decisiones transitan de la aplicación hacia la interpretación de la ley y la construcción del derecho, mientras que los modelos tradicionales de formación basados en lecturas magistrales prevalecían en las escuelas judiciales, lo

64. Reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación en el DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, 73, 115 y 123) y que constituye la reforma integral que establece las bases para regular el sistema procesal penal acusatorio y aplica diversas modificaciones al sistema penitenciario y de seguridad pública.

65. Reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación en el DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 10., 30., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105), la cual reconoce constitucionalmente los derechos humanos de las personas y establece las garantías para lograr su efectiva protección. Incorpora disposiciones en materia de derechos humanos que den cumplimiento a los tratados internacionales de los que México sea parte.

cual no fomenta la construcción colaborativa de conocimiento ni la discusión de criterios. Era necesario repensar la educación judicial, hacia un movimiento emancipatorio de la enseñanza y sobre todo del perfil del juez.

Constantemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emite protocolos de actuación y criterios jurisprudenciales que dan forma a las decisiones judiciales y generan las bases para el nuevo sistema de interpretación. Con rutas y argumentos aún en construcción que transforman la función jurisdiccional, los jueces mexicanos se enfrentan a un panorama cambiante que se fundamenta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de cara a la sociedad del siglo XXI.

En ese contexto, se requeriría un proyecto curricular para la formación judicial con sustento en una propuesta político-educativa a fin de cumplir con los retos que supone la profunda reforma constitucional hacia un sistema de justicia acusatorio adversarial y la protección de los Derechos Humanos que implica la transformación social, política y económica no sólo de la impartición de justicia sino del modelo de gobierno y sociedad democrática, abierta y participativa.

Con la finalidad de que la educación judicial se convierta en *“una real y potente herramienta de gestión institucional, abandonando el papel ‘decorativo’ que en muchos casos parece caracterizarla”* (Marensi, 2012, p.26), es necesario reorientar el *currículum* hacia la formación de funcionarios que juzguen con una visión amplia de la realidad compleja y desde una perspectiva crítica que no se concrete a aplicar la ley.

Los esfuerzos se han enfocado a perfeccionar habilidades técnicas de los operadores del sistema de administración de justicia con propuestas de selección de objetivos, desarrollo actividades de aprendizaje y evaluación cuantitativa de resultados estadísticos.

La Maestría en Derecho Judicial, resultado del trabajo de investigación, pretende aportar al campo de la formación judicial, un pro-

yecto curricular desde una visión crítica que contenga un balance entre las necesidades de la ciudadanía respecto de la administración de justicia y la aplicación del derecho en un contexto específico, lejos del formalismo positivista⁶⁶ que aparta al juzgador de la realidad social.

En el paradigma⁶⁷ crítico, la teoría curricular propone la dialéctica crítica como método de construcción, mediante la retroalimentación constante entre las intenciones curriculares y la aplicación práctica de un plan de estudios. De ahí que la labor del juez como docente en este proceso debe ser fundamental.

La relevancia de llevar a cabo una propuesta curricular para la formación judicial en el estado de Jalisco, radica en la necesidad formativa de los juzgadores en cuanto al inminente cambio de paradigma en la administración de justicia. No es ya posible apuntar hacia un modelo positivista en la labor del Juez que se enfrenta a la realidad de un mundo globalizado inmerso en una *crisis estructural generalizada -CEG-* (De Alba, 2011), donde sus decisiones no se basan únicamente en el silogismo jurídico y los criterios jurisprudenciales, sus decisiones deben sustentarse en un sistema de interpretación a la luz no sólo de la legislación nacional, sino de los Derechos Humanos, los tratados internacionales e inclusive de todas las sentencias dictadas en función de ello en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, es decir, en un ejercicio dialéctico entre los sujetos que actúan en un proyecto so-

66. Diversas teorías jurídicas y políticas contemporáneas, tienen en común su interés por superar el formalismo positivista. Inspirándose en Habermas se ha reprochado este enfoque en el sentido de que: *“en las sociedades modernas, la legitimidad de las normas jurídicas no está basada únicamente en la validez formal sino también en los valores aceptados o aceptables (racionalmente) en la sociedad. La base de la legitimidad se encuentra ‘detrás’ de las normas. Está enraizada en el mundo vital (Lebenswelt)”* (Aulis, 1991, 295).

67. De acuerdo con Thomas Kuhn, el término *paradigma* se relaciona con las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica.

cial amplio y democrático. La complejidad de la construcción argumentativa de las sentencias necesariamente implica la complejidad de pensamiento y de la decisión judicial⁶⁸.

El juez, efectivamente ostenta un poder y no puede ser ya *la bouche qui prononce les paroles de la loi*⁶⁹, puesto que posee un margen de apreciación, realiza elecciones en sus decisiones judiciales, en las sentencias, que están dictadas no sólo por las reglas aplicables del Derecho, sino por *la búsqueda de una solución que mejor se adapta a la situación, elecciones que inevitablemente se hacen en función de juicios de valor* (Ordóñez, 2004: 25), su labor consiste en individualizar las normas a través de un diálogo que se establece entre dos verdades en contradicción en el juicio.

Bajo esta línea de análisis, se diseñó un proyecto de formación judicial fundamentado en el paradigma crítico de la teoría curricular.

El primer apartado de este artículo, expone un contexto de la formación judicial. El centro de la discusión es la formación de los jueces mexicanos en el siglo XXI en el contexto de una Reforma Constitucional que prioriza los Derechos Humanos e implica la transición del modelo escrito inquisitivo hacia el sistema oral acusatorio, proporciona al lector un panorama general de la situación formativa de los jueces del estado de Jalisco y su evolución en el contexto de la reforma constitucional del sistema de justicia en las reformas de 2008 y 2011.

El apartado dos sintetiza la perspectiva epistémica desde la que se abordó la problemática, se hace un breve recuento de la teoría curricular y el *curriculum*, posteriormente se aborda la concepción interdisciplinaria del *curriculum* y el derecho.

68. Atienza y Manero, en el artículo “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, consideran que “el positivismo jurídico ha agotado ya su ciclo histórico, al no reconocer al derecho como una práctica social compleja”, lo cual sustenta el concepto de juez que se propone a lo largo de este informe.

69. La boca que pronuncia la ley.

Definir el perfil del juez del siglo XXI, es la intención del tercer apartado. Se proponen tres modelos de juez, acordes a las perspectivas teóricas técnico-instrumentales, práctico-hermenéutica y crítico-emancipatorias, referidas en el punto anterior, para decantar la intención del escrito hacia un modelo de juez mediador del conocimiento jurídico que actúa como intérprete e interlocutor entre la sociedad democrática y el Derecho.

Finalmente, el lector encontrará las reflexiones que concluyen con un trabajo de investigación-acción acerca de la formación judicial, concebida desde una perspectiva mucho más amplia y flexible. No se puede dejar de enfatizar la importancia de estudiar la ciencia del Derecho en general y de la impartición de justicia en particular, como un replanteamiento del sistema jurídico mexicano desde el reposicionamiento de los Derechos Humanos y su interpretación.

I. La formación judicial: Evolución de un modelo

El modelo de formación judicial ha sufrido considerables modificaciones respecto las propuestas de modelos en décadas pasadas; se ponderan los programas de posgrado que abarcan una gama más amplia del derecho judicial así como ejes transversales al derecho (ética, derechos humanos, perspectiva de género), las conferencias magistrales de actualización se han sustituido por seminarios y talleres, grupos reducidos prevalecen ante pláticas frente a grandes auditorios, modelos de formación por competencias con enfoque constructivista⁷⁰ y la formación multidisciplinaria en el ámbito del derecho. Escuelas judiciales de México han innovado en la formación y capacitación de jueces desde el ámbito curricular, dando especial importancia al desarrollo docente como pilar fundamental en la formación.

70. Nuevo modelo educativo de la EJEM Escuela Judicial del Estado de México *cfr.* <http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/index.php/la-ejem-se-transforma>. Consultado, abril 2012.

Es el caso de la Escuela Judicial del Estado de México (EJEM), que a partir de las reformas de 2008 y 2011 (incluso ya desde 2006 en el marco de la modernización del Poder Judicial) incursionó en el diseño de posgrados dirigidos a la función jurisdiccional, implementando estudios de doctorado, maestría y especialidad en derecho judicial. Comenzó como un Instituto de Capacitación y Especialización Judicial fundado en 1985 donde inicialmente se impartían ciclos de conferencias, cursos y coloquios en el mismo espacio del Tribunal Superior; posteriormente en 1995 se consolida una alianza con la Universidad Autónoma de México, lo cual lleva al diseño de estudios especializados de nivel universitario. Finalmente se establece como Escuela Judicial en virtud del decreto 127 de la LIV Legislatura del Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno el 31 de diciembre de 2002⁷¹.

Un aporte significativo al “Nuevo Modelo Educativo” de la EJEM, fue la creación de la Dirección de Desarrollo Docente como parte de la estructura de la Escuela Judicial, un espacio de discusión y diseño de programas académicos orientado a desarrollar las competencias docentes y no sólo jurisdiccionales de los funcionarios judiciales.⁷²

Otro modelo de formación relevante en el desarrollo curricular en el ámbito judicial, fue formulado por la Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), dependiente de la Secretaría de Gobernación. En su propuesta la SETEC proporcionó un modelo estándar para todo el país, impartido por docentes certificados por la propia Secretaría, implementado en el estado de Jalisco a partir de 2009 en el Supremo Tribunal de Justicia

71. Cfr. <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2002/dic313.pdf> página 36 del decreto por el que se reforman la denominación del Título Octavo Capítulo Único; los artículos 153, 154, 155, 156 y 157. Se adiciona el artículo 154 Bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

72. Recuperado el 2 de septiembre de 2014. http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/index.php?option=com_content&view=article&id=8&Itemid=21

por la Dirección de Estudios e Investigaciones Jurídicas y Legislativas, en cuyo archivo obran las constancias de los cursos; modelo flexible que permitía a los funcionarios judiciales obtener, mediante un sistema modular hasta una especialidad en Juicios Orales⁷³.

En cuanto al cambio en el paradigma en la aplicación del Derecho (y que tiene una gran trascendencia en la formación de los jueces), el caso Rosendo Radilla, resuelto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, modificó a tal grado el sistema judicial mexicano que ameritó la creación de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación⁷⁴. Este es el antecedente de la reforma de 2011 respecto la incorporación de los Derechos Humanos en la Constitución Política del país, reforma que requiere la reconfiguración del juez como un juzgador universal, inmerso en el estudio de los Derechos Humanos y las implicaciones de las sentencias internacionales en el derecho interno. Las épocas reflejan cambios paradigmáticos en la forma de registrar criterios jurisprudenciales y en la forma de impartir justicia y en ese sentido también en el rol de los jueces ante una sociedad cambiante.

En palabras del ministro Juan N. Silva Meza, (presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2011, año en que se modificó el capítulo I de la Constitución).

73. Cfr. Programa de capacitación y difusión de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal en: <http://www.stjslp.gob.mx/stj/rpenal/6.%20Programa%20de%20Capacitacion%20y%20Difusion.pdf>

74. Benito Juárez, como presidente de la República, el 8 de diciembre de 1870 promulgó el decreto por medio del cual el Congreso de la Unión creó un periódico con el nombre de Semanario Judicial de la Federación, en el que se publicaron todas las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Federales desde el restablecimiento del orden legal en 1867 (...) Los movimientos políticos y sociales ocurridos en nuestro país y las reformas constitucionales influyeron en la publicación del Semanario, lo que originó sus Épocas”. Los dos grandes periodos son de la Primera a la Cuarta Épocas (antes de 1917) y la Quinta a Décima (1917 a la fecha) y que se considera el catálogo de la jurisprudencia “aplicable”. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. XIX)

Los fundamentos de la protección de garantías que generaciones de abogados aprendimos y ejercimos, han cambiado de raíz, (...) la llamada sentencia Radilla (...) significa la novación del sistema de impartición de justicia para el país, en el cual todos los Jueces mexicanos, en acatamiento a las obligaciones que nos comprometen en el sistema interamericano, debemos hacer valer los derechos humanos de todas las personas en el ámbito de nuestras respectivas competencias (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. XXV y XXVI).

En México, señalaba Miguel Carbonell, “*todavía no hemos discutido qué modelo de juez requiere la incipiente democracia que estamos comenzando a vivir, ni cuáles son las ‘virtudes judiciales’ que deben tener para mantenerse o promoverse en la carrera judicial*” (Carbonell, 2003: 20)

Respecto a la formación de funcionarios judiciales y esas “virtudes judiciales”, hago propias las reflexiones de Manuel Atienza que a lo largo de su libro *Virtudes judiciales* (2012), sostiene que para ser un buen juez no basta con conocer el derecho positivo, requiere no sólo “estar al día”, sino ser un “juez virtuoso”, poseer las virtudes básicas (cardinales); para ello es necesario que el juzgador adquiera competencias relacionadas con la labor investigadora, constructiva y sobre todo éticas.

A partir de la reforma del Estado mexicano en el año 2008 que consistió en la transición del derecho inquisitivo escrito al acusatorio adversarial oral y la implementación de los medios alternos de solución de conflictos, el Poder Judicial propuso una serie de cambios de estructura y fondo para el modelo de impartición de justicia que implicaron una transformación del sistema judicial del país y la transición hacia un modelo democrático y participativo de justicia.

En su mayoría, las acciones propuestas se orientaron a “*generar las condiciones necesarias para consolidar un Estado constitucional y democrático, siguiendo los cánones contemporáneos*” (Cienfuegos,

2010:25) tendentes a la protección de los Derechos Humanos, la calidad en los sistemas judiciales, facilitar el acceso a la justicia y la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos vinculados estrechamente con un sistema acusatorio adversarial oral.

Esta reorientación en la forma de administrar e impartir justicia, se ve plasmada en dos reformas constitucionales, la *Reforma en materia de Juicios orales y Justicia Alternativa*, publicada el 18 de junio de 2008⁷⁵ en el Diario Oficial de la Federación, cuyo principal impacto consiste en la migración de un sistema escrito inquisitivo-mixto a otro oral acusatorio⁷⁶ y transparentar el actuar de jueces y magistrados; y la *Reforma en materia de Derechos Humanos* que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011⁷⁷, la cual obliga a los juzgadores a fundamentar las resoluciones

75. Reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación en el DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, 73, 115 y 123) y que constituye la reforma integral que establece las bases para regular el sistema procesal penal acusatorio y aplica diversas modificaciones al sistema penitenciario y de seguridad pública, localizable en la liga: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008

76. “Un principio básico para poder contar con una impartición de justicia confiable es que la tarea de los jueces se lleve a cabo a la vista de la sociedad. Nada daña más la credibilidad de la justicia que el hecho de que sus sentencias sean dictadas casi en secreto”. Localizable en la liga: <http://legislacion.SCJN.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqeos7fey1Fqriebelb-blMn9GghkbHbZJR/8YCFNgq4qmWRZBiHT7YAx8w==>

77. Reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación en el DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 10., 30., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105), la cual reconoce constitucionalmente los derechos humanos de las personas y establece las garantías para lograr su efectiva protección. Incorpora disposiciones en materia de derechos humanos que den cumplimiento a los tratados internacionales de los que México sea parte. Localizable en la liga: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

que dicten con base en la protección de los Derechos Humanos, el control de la convencionalidad⁷⁸ y la interpretación conforme⁷⁹.

En concordancia con dichas reformas constitucionales, el Poder Judicial consideró fundamental intervenir en la formación, actualización y profesionalización de los funcionarios judiciales. Esta determinación se tomó a partir de la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema Nacional de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, llevada a cabo en el año 2003 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación misma que tuvo una duración de poco más de dos años. Durante este proceso se recibieron:

- 5,844 trabajos que contenían más de 11,000 propuestas
- Se elaboraron 34 diagnósticos de percepción ciudadana Se celebraron 34 foros de reflexión tanto internos como externos a los órganos de impartición de justicia (Libro Blanco de la Reforma Judicial, 2006)

Como resultado de la consulta se elaboró el Libro Blanco de la Reforma Judicial en México (SCJN, 2006), instrumento que proporcionó el marco conceptual para entender los resultados y procesos de la reforma judicial tanto en América Latina como en México. Así una de las 33 acciones a instrumentarse de manera prioritaria en el corto y mediano plazo para hacer frente a las exigencias internaciona-

78. Este término implica que “los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior”. *Cfr. La Tesis jurisprudencial localizable en la 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; p. 535*

79. “Lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia” *Cfr. Tesis aislada localizable en la 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; p. 552*

les y de la ciudadanía mexicana consistió en la implementación de programas para “propiciar una capacitación amplia y continua que respondiera a las diferentes necesidades derivadas de los perfiles de los funcionarios judiciales y que se beneficie de expertos nacionales e internacionales, internos y externos a los poderes judiciales” (SCJN, 2006:396)⁸⁰ lo cual supondría una mejora en los procesos de administración de justicia en los tribunales federales y estatales del país.

Mejorar la calidad de los servicios jurídicos prestados por los profesionales del derecho es la acción 31 del resultado de la Consulta, la cual centra su atención en la educación jurídica y su incidencia directa con la calidad de la justicia. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las deficiencias en la educación jurídica van más allá de la reforma judicial y se recomienda que los poderes judiciales de los estados tomen medidas de mediano plazo para reglamentar y certificar la calidad de los profesionales del derecho que ejercen ante ellos (SCJN, 2006:5). Por su parte las acciones 8 y 9 se refieren a la profesionalización de los órganos de gobierno judicial y la consolidación de la carrera judicial, cuyo principal propósito consiste en propiciar una capacitación amplia y continua.

En este contexto surgieron escuelas e institutos judiciales en los órganos impartidores de justicia (Tribunales Superiores, Consejos de la Judicatura de los Estados), asociaciones de escuelas judiciales y organismos de cooperación para mejorar la educación de los funcionarios judiciales, bajo el supuesto de que ello repercutiera en su papel como administradores de justicia.

De acuerdo con datos de Cipriano Gómez Lara (S/F), las escuelas judiciales surgen hace unas seis décadas en países como Japón en 1939, España en 1944, Alemania del Este 1947, Francia en 1958, Estados Unidos 1965, Argentina y México a nivel federal en 1978, Chile en 1970, Costa Rica en 1981 y en Jalisco y D.F. en 1983 y 1985

80. Cfr. http://sistemabibliotecario.SCJN.gob.mx/sisbib/po_2010/59032/59032_1.pdf

respectivamente; y de acuerdo con el autor, su punto de partida se encuentra en la insuficiencia de las universidades para formar funcionarios judiciales con determinadas características esenciales para ejercer la judicatura.

A partir de la creación del Instituto de Especialización Judicial en 1978, antecedente del actual Instituto de la Judicatura Federal, el esfuerzo por profesionalizar a jueces, magistrados y personal judicial ha sido propio de todas las judicaturas y se han llevado a cabo acciones estratégicas tendentes a mejorar la calidad judicial por este medio.

En México, el Sistema Nacional de Educación Judicial se aprueba por el pleno de la reunión de Presidentes de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIJ) en la ciudad de Campeche en junio de 2007⁸¹, con la tarea de construir una serie de planes de estudio para el fortalecimiento a la carrera judicial. La propuesta original de la Red de Escuelas Judiciales fue establecer programas en todas las categorías que requerían los funcionarios judiciales y otorgarles una validez nacional independientemente de la institución que los impartiera. Hasta el año 2013, de acuerdo a los informes de la presidencia en turno del Supremo Tribunal de Justicia en el Estado, en Jalisco no se implementó ningún programa de los que propuso entonces esta red.

Muchas de las veces los currícula de estas escuelas e institutos judiciales son diseñados bajo una visión tecnocrática y orientados al análisis de problemas a partir de un conjunto de normas que se supone darán luego la respuesta a todos los casos, en ellos se insiste en métodos tradicionales de enseñanza sobre aspectos que requieren una reflexión crítica fuera del formalismo positivista; la práctica docente y su relación con el *currículum*, se fundamentan en la idea

81. Cfr. <http://www.amij.org.mx/asambleas/4/mesas/3%20Mesa%20III%20Capacitacion%20Judicial%20PDF/4%20Avances%20del%20Programa%20Nacional.pdf>

de que el razonamiento legal es un sistema de conocimiento con un significado preciso, de tal forma que cualquier tipo de solución es ajena a los factores políticos, culturales, éticos o económicos. Formar funcionarios críticos y reflexivos debe ser tarea de las escuelas judiciales. No debe tratarse únicamente de una capacitación especializante que aleje al juzgador de la perspectiva de otras disciplinas o sectores de la sociedad civil sobre la justicia, su misión y objetivo, pues como ya se ha expuesto, el cambio de paradigma en la administración de justicia es inminente y se transforma hacia una justicia operada por juzgadores críticos, con una visión amplia de la realidad compleja. El análisis jurídico, aunque prioritario, merece ser replanteado en cuanto a sus métodos, fines y contenidos y preguntarse no sólo cuál es el perfil para el juzgador en el siglo XXI, sino cuáles son las características de la sociedad a la que juzgará.

El *currículum*, es un proceso cuyo carácter es profundamente histórico y no mecánico y lineal (De Alba, 1991), por lo tanto, para abordar la formación judicial como devenir curricular, es necesario organizar un recorrido a través de los procesos formativos en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, el cual clasificamos en cuatro periodos con características que sintetizamos en los siguientes puntos.

II. La formación judicial en el Supremo Tribunal De Justicia

El Centro de Estudios Judiciales, la Escuela Judicial y finalmente la Dirección de Estudios e Investigaciones Jurídicas y Legislativas del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco han sido, en este recorrido histórico documental, las instancias formadoras por y para los jueces, magistrados, secretarios relatores de salas y de juzgados. En estas líneas se describen de manera general las accio-

nes que en los distintos periodos, se llevaron a cabo y su incidencia en el diseño curricular.

a) Primer periodo: la capacitación judicial en Jalisco 1983-1994

La labor de capacitación en los Poderes Judiciales en México, data de 1978 con la creación de un órgano a nivel federal que asumió la tarea formativa de los funcionarios judiciales federales.

El antecedente de esta política pública orientada a la mejora de la calidad del servicio de administración de justicia, surge cuando al poner en marcha el Presidente constitucional Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, su programa de gobierno, reconoció expresamente la obligación de capacitar toda posibilidad de trabajo y puso a funcionar de inmediato, en distintas dependencias federales, la acción capacitadora del Estado. Su lema de campaña fue *La renovación moral de la sociedad*.

En Jalisco, el Gobernador Lic. Enrique Álvarez del Castillo, adhiriéndose a esa política nacional y por conducto del Supremo Tribunal sugirió presentar en el X Congreso Nacional de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia de la República, realizado en Pachuca, Hidalgo, una ponencia en donde se propuso la creación de Centros de Estudios Judiciales en todos los Supremos Tribunales de Justicia de la Nación (Martínez, 1986:23).

La creación del Centro de Estudios Judiciales del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, el primero de diciembre de 1983, obedeció a una dinámica de cambio pues, como lo señalara el Prof. y Lic. Adolfo Martínez López, entonces Director del Centro de Estudios Judiciales del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, se convirtió en una necesidad para que mediante la integración de acciones, de esfuerzos, de preparación y superación, así como de la confección de indicaciones metodológicas.

Se logrará un incremento en la calidad profesional de los hombres encargados de impartir justicia, ya que no se quiere pereza mental en los funcionarios, evitando así llegar al 'ya no se puede aprender nada' (entrecomillado del autor); pues abogado que no se actualiza a su tiempo y en su profesión, pierde la oportunidad de ser un verdadero científico social. (Martínez, 1986: 33)

En ese momento, el objetivo formativo del Centro de Estudios Judiciales consistió en estimular la capacidad para desterrar la resistencia al cambio para profesionalizar aún más en su trabajo a todo el personal en activo y preparar la infraestructura humana indispensable. Dos fueron las funciones fundamentales del Centro de Estudios Judiciales:

- Actualización y superación del personal del Poder Judicial en servicio.
- Capacitación de los futuros servidores del Poder Judicial.

El Centro de Estudios Judiciales se convirtió en el eje fundamental de la estrategia para la formación, funcionamiento, impulso y desarrollo del sistema de capacitación y actualización del Poder Judicial.

El Centro fue reconocido pionero en la labor de capacitación en los Tribunales Superiores de Justicia del país y tomado como ejemplo por lo que acudieron a éste diferentes Tribunales de otros Estados del país para solicitar material y asesoría para integrar sus estructuras. El Centro de Estudios Judiciales del Estado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco tuvo como fundamento el artículo 123 apartado B inciso VII de la Constitución General de la República y los numerales 12 fracción I, 70 y 75 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado. En los artículos citados se consigna la obligación del estado en cuanto a la capacitación de sus trabajadores.

Durante este lapso, la labor fundamental fue capacitar *la infraestructura humana de la cual saldrá el personal que, en un momento*

dado, requiera el Supremo Tribunal de Justicia del Estado (Martínez, 1986:29) mediante cursos, talleres y seminarios para cada una de las categorías del Poder Judicial: personal administrativo, notificadores, secretarios de juzgados y salas, defensores de oficio y trabajadores sociales, jueces y magistrados.

La capacitación tuvo el efecto de formar en tareas elementales al personal administrativo y jurisdiccional en aumento, dado el crecimiento de juzgados, salas y el incremento en la demanda de funcionarios capaces de ocupar estos lugares.

Los objetivos específicos que regían las funciones del Centro durante este periodo fueron:

- a) “Capacitar para actuar. Siendo la capacitación un instrumento para lograr un desarrollo integral será empleado para obtener un desempeño eficiente en las labores del futuro funcionario o empleado judicial
- b) Capacitar para organizar. Como el futuro administrador de justicia va a trabajar formando parte de un equipo, debe capacitársele para desterrarle su ideología personalista, infundiéndole confianza en la organización de ese equipo, para una mayor conjugación de esfuerzos
- c) Capacitar para lograr desterrar la incompetencia de los designados como funcionarios, obteniendo así mejoras substanciales en su rendimiento, al desarrollarles su sentido jurídico.
- d) Capacitar para evitar la improvisación (sic) de funcionarios judiciales y contar con un personal altamente calificado profesionalmente” (Martínez López, 1986:27)

Se configura con estos preceptos, el perfil del juzgador, sus funciones y las características deseables en los funcionarios judiciales. Durante este periodo, el juez cumplía con un rol y una participación política específica en una democracia neoliberalista; de ahí el perfil de egreso de estos programas de capacitación y actualización judicial.

Hacia 1994 se crea el Consejo de la Judicatura Federal y en 1997 el Consejo General del Poder Judicial del Estado de Jalisco, organismo que adquiere facultades administrativas respecto a la impartición de justicia, durante ese periodo la actividad de formación se desvincula del Supremo Tribunal de Justicia.

b) Segundo periodo: El Consejo de la Judicatura y Escuela Judicial 1994-2003

Para Concha (2004) fueron dos los fenómenos palpables durante este periodo que impactaron en la formación judicial:

1) A partir de 1994, el surgimiento del Instituto de la Judicatura Federal revolucionó el concepto de la capacitación judicial concibiéndola como el camino necesario para preparar a la gente que trabaje en el Poder Judicial Federal a tomar sus exámenes y dar vida a la nueva carrera judicial. La intensidad de cursos en sus diferentes niveles, así como la especialidad de las materias que ahí se impartían dan cuenta de su importancia.

2) A partir de 1995, la propagación en el país del establecimiento de la carrera judicial como el proceso para fortalecer la calidad de los miembros de las judicaturas en todo el país, si bien con necesidad y diferencias muy movidas señala la toma de conciencia por parte de la sociedad mexicana de la importancia de este tema (Concha, 2004).

Si bien, esta fue la tendencia del Poder Judicial Federal, los estados hicieron las modificaciones pertinentes y se crearon Consejos de la Judicatura locales, tal fue el caso de Jalisco en 1997 y con ello se desvincularon las tareas administrativas del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia y la administración de los juzgados, así como la función de la formación judicial.

Durante esta etapa, los Consejeros organizaron los trabajos en comisiones, una de ellas nombrada Comisión de Carrera Judicial, cuya principal tarea fue atender la capacitación y actualización en

conjunto con la Dirección de Investigación y Capacitación del propio Consejo General del Poder Judicial.

Carrillo Magdaleno en su tesis de grado, afirma que *los cursos llevados a cabo durante este primer año [1997], carecieron de una verdadera planeación, ya que surgieron casi todo el tiempo de la improvisación* (2006: 22). Sin embargo, ya desde este periodo se gesta una maestría en derecho impartida por la Universidad de Guadalajara con sede en el Consejo General del Poder Judicial, en inicio este programa no tenía una orientación hacia administración de justicia o derecho judicial, sin embargo el interés por la formación judicial comienza a surgir en programas de posgrado y no únicamente respecto la adquisición de habilidades como lectura, redacción y ortografía, computación, liderazgo, por citar algunas de las temáticas de los cursos y conferencias ofertadas por el Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, en Jalisco, el Supremo Tribunal de Justicia del Estado duplicó la función formadora cuando a partir de 1999 se atribuye esta tarea al Departamento de compilación de tesis, que en ese periodo centró su atención sobre tres ejes: actualización, capacitación y profesionalización. A partir de esa fecha y hasta el año 2006, el departamento que contaba únicamente con un jefe y un auxiliar judicial, se dedicó a la organización de conferencias y algunos diplomados en su mayoría en colaboración con la Universidad de Guadalajara y Casa de la Cultura Jurídica (extensión del Instituto de la Judicatura Federal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

La función de los jueces y magistrados durante este periodo se transforma nuevamente a raíz de la crisis económica que sufrió México en 1994, provocada por la falta de reservas internacionales y que provocó una fuerte devaluación en el peso mexicano. Las deudas que los mexicanos adquirieron en dólares se volvieron impagables, se generó el movimiento nacional *El Barzón* que defendían a los campesinos que habían contratado créditos bancarios (generalmente de habilitación y avío para el campo) y prácticamente se

quedaban sin patrimonio al tratar de liquidar las deudas que habían sido contratadas en CETES⁸² y supeditadas al valor del peso.

Una gran cantidad de juicios hipotecarios en todo el país obligó a los jueces a conocer en breve tiempo cuestiones financieras, bancarias y contables que antes de este fenómeno no eran prioritarias para su función, la Suprema Corte de Justicia de la Nación generó durante este periodo una serie de criterios jurisprudenciales (que son obligatorios para todos los jueces del país) declarando constitucional y legal el anatocismo⁸³. La función política y social de los jueces se configuró durante este periodo como intérprete de la ley y aplicador de medidas emergentes ante la crisis y tendientes a beneficiar a determinado sector.

c) Tercer periodo: la modernización del Poder Judicial 2004- 2005

En el año 2004 se gestó la transformación del Poder Judicial y para ello se generó un Plan de Modernización que fijó cuatro líneas estratégicas:

- 1^a Lograr consolidar las capacidades y la vocación de servicio del recurso humano del Poder Judicial, impulsado mediante mecanismos de transparencia de la carrera judicial.
- 2^a Fortalecer la organización y estructura jurisdiccional del Poder Judicial para eficientar los servicios de justicia y crear Salas Regionales, sistematizar los procesos de apoyo o gestión judicial, promover medios alternativos de solución de conflictos.

82. Los CETES (Certificados de la Tesorería) son títulos de crédito al portador emitidos por el Gobierno Federal desde 1978, en los cuales se consigna la obligación de éste a pagar su valor nominal al vencimiento. Banco de México <http://www.banxico.org.mx/elib/mercado-valores-gub/OEBPS/Text/ii.html>

83. En materia bancaria, consiste en el cobro de interés sobre intereses, es decir, la capitalización de los mismos.

- 3ª Mejorar la función de gobierno y administración del Poder Judicial mediante la creación de un sistema de planeación y programas operativos.
- 4ª Incrementar el acceso a la justicia a la sociedad ampliando los servicios de información de resoluciones, hacer efectivo el derecho de información (Ramiro, 2005).

Es evidente que durante este periodo la preocupación central de la administración de justicia fue la creación de nuevos espacios, salas y juzgados, para dar abasto a la gran demanda social y el saturado sistema judicial. Sin embargo, la modernización además de traer consigo una necesidad de contratar nuevo personal, también requirió capacitar recursos humanos en otras áreas que no habían sido prioritarias (como el uso de equipos de cómputo para la sistematización de expedientes y turno de los mismos).

Si bien no se abandonó la labor formativa, no fue la principal preocupación en este periodo, durante el que se suscitó principalmente la gestión de recursos ante el Banco Mundial para la creación de una ciudad judicial y nuevos juzgados tanto en el Primer Partido Judicial (Zona Metropolitana) como en el resto del Estado para garantizar el acceso a la justicia y la independencia judicial.

*d) Cuarto periodo. Reforma Judicial: Justicia oral penal y Derechos Humanos 2006-2012*⁸⁴

Durante la gestión del magistrado Celso Rodríguez González (2006-2012), la Dirección de Estudios e Investigaciones Jurídicas y Legislativas, inició un proceso de diseño curricular de cursos, diplomados y un programa de posgrado. Es notable destacar que la presidencia tuvo una duración de siete años, periodo sin precedentes, ya que en los años 80's el periodo coincidía con los seis años de gestión del gobernador y a partir de los 90's por dos años, lo que tuvo como consecuencia la elaboración de programas de largo aliento y con una planeación con mayor permanencia.

En los informes anuales, destacan tres ejes temáticos: sistematización, modernización y capacitación. Prevaleciendo el último como una herramienta básica en la mejora de la calidad de la impartición de justicia.

Esta gestión en particular retomó la función formadora del Supremo Tribunal de Justicia a través de programas de formación, actualización y profesionalización. Este fue un esfuerzo nacional, durante este periodo se creó la Red de Escuelas Judiciales y la Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal dependiente del ejecutivo federal; también se acrecentó la intervención de organizaciones internacionales como AECID (Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo), USAID (Agencia de

84. La determinación de realizar un corte temporal en nuestra investigación en el año 2012, se debe a que el Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios (RVOE) de la propuesta curricular se autorizó el 30 de noviembre de 2012, por lo que la fundamentación del proyecto únicamente consideró datos recolectados hasta antes de esta fecha. Sin embargo, las modificaciones al sistema de impartición de justicia nacional no cesaron, con ello ha aumentado la necesidad de formación acorde a las características y demandas de ese nuevo sistema, que por mandato constitucional debía estar implementado al 100% en todas las entidades del país en junio de 2016. Los jueces han sido seleccionados, y la capacitación aún es un tema recurrente y necesario para consolidar la nueva tarea del sistema acusatorio adversarial.

los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional) en el proceso de formación de funcionarios judiciales en los estados de la república.

La razón de esta gran inversión en materia de formación judicial, antecede a las reformas constitucionales de 2008 y 2011 ampliamente comentadas en el apartado anterior, mismas que implicaron un cambio de paradigma en la administración e impartición de justicia en México.

Los cursos de formación, actualización y profesionalización que se llevaron a cabo durante los siete años en el Supremo Tribunal de Justicia, evidentemente tendieron a capacitar, actualizar y formar en asuntos referentes a la reforma penal oral. A pesar de la gran cantidad de cursos, diplomados y posgrados impartidos durante siete años, los conocimientos, habilidades y destrezas que se demandan de los jueces y operarios del Poder Judicial, ya no se satisfacen con la programación de ciclos de conferencias al estilo clásico ni con la elaboración de manuales por materias (Ortuño, 2010:40), ello es ahora insuficiente para abordar los temas y objetivos pedagógicos transversales como la formación en derechos humanos, deontología y ética judicial en la formación de las competencias propias de la función judicial, ¿sigue considerándose la labor del juez como la de simple aplicador del derecho o debemos enfocar su formación a cuestiones más reflexivas y participativas?

Se considera, después de esta revisión histórica del desarrollo de la formación en el Supremo Tribunal de Justicia, que ha enfrentado problemas de organización y planeación, incluso que ha sido dejada de lado por situaciones de contingencia. Debido en algunos periodos a que los programas se implementaron de manera desarticulada y sin consultar a los beneficiarios de los programas, desatendiendo las necesidades de los juzgadores, ello aunado a la incorporación fortuita de profesionales de diferentes disciplinas al campo del *curriculum*.

III. La formación del juez

Como se ha dicho, existe una necesidad formativa de los juzgadores ante el inminente cambio de paradigma en la administración de justicia; no se sostiene ya un modelo positivista en la labor del juez; para ser un buen juez no basta sólo con conocer el derecho positivo, requiere no sólo “estar al día”, sino también es necesario que adquiera competencias relacionadas con la labor investigadora y constructiva. Ante esta problemática, ha sido necesario que los Poderes Judiciales de los Estados reestructuren la planeación educativa, la ejecución de programas académicos, la selección y preparación de docentes encargados de formar, actualizar y profesionalizar a los abogados operadores del sistema de administración de justicia y el desarrollo curricular. Ello hace necesario un repensar la práctica del derecho y por consecuencia la formación de quienes aplican la ley a partir de nuevas formas de organizar el conocimiento a ser enseñado y aprendido por los sujetos que imparten la justicia. Por ello, nuevas tendencias en el diseño curricular debieran incursionar en los procesos formativos en el campo del derecho y de quienes ya lo ejercen no sin antes reconocer la importancia de un cambio de paradigma educativo.

Este modelo de formación se fundamenta en la concepción del *currículum* en tanto producto social y construcción cultural, sujeto a las luchas de poder de los grupos hegemónicos y quienes se encuentran en el otro lado del espectro y por lo tanto, el *currículum* como una propuesta político-educativa. De ahí que, por *currículum* se entiende:

...a la síntesis de elementos culturales (conocimientos, valores, costumbres, creencias, hábitos) que conforman una propuesta político educativa pensada e impulsada por diversos grupos y sectores sociales cuyos intereses son diversos y contradictorios, aunque algunos tiendan a ser dominantes o hegemónicos, y otros tiendan a oponerse y resistirse a tal dominación o hegemonía (De Alba, 1991:31).

Y por otro lado, nuestra apuesta por un Derecho crítico, se sustenta en la teoría de la acción comunicativa de Habermas, en tanto que:

Existe un procedimiento dialógico [en los procesos judiciales], de tal manera que los actores pueden argumentar sus razones y aspiraciones, las que finalmente deben ser incorporadas al ámbito jurídico mediante un discurso procedimental que ha pasado por un proceso deliberativo donde los sujetos dotados de competencias lingüísticas se encuentran en igualdad de condiciones deliberativas (Castro, 2010:158)

IV. Teoría curricular y *curriculum*

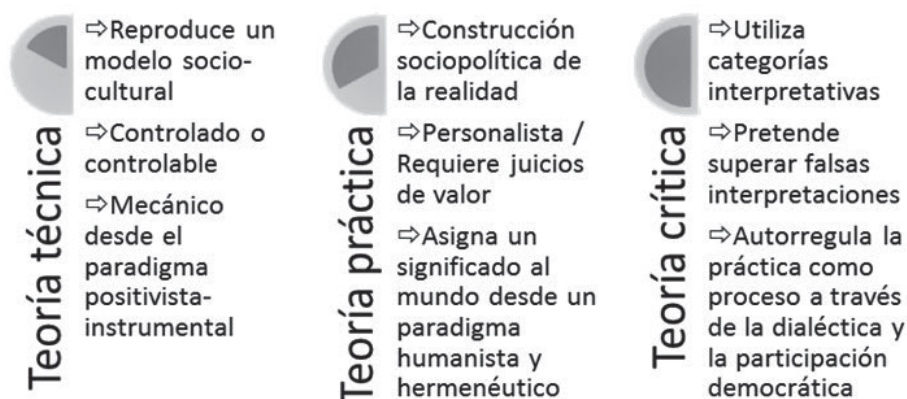
¿Qué y cómo debe ser enseñado algo en las instituciones educativas?, la noción de *curriculum* suele responder a esta interrogante de formas distintas, en función del pensamiento que impera en el momento histórico del estudio, ya que, recordemos, el *curriculum* como la sociedad, es un objeto en constante movimiento que requiere para su comprensión, un entendimiento del entorno intelectual, político y cultural en el cual se inscribe.

Durante la década de 1970, cuando la epistemología imperante era el positivismo, la teoría de la educación era definida como un conjunto lógicamente interconectado de hipótesis confirmadas por observación, irrefutables y explicables. En los 80's, las ciencias de la hermenéutica y la interpretación se aplicaron a diversos campos del conocimiento, entre ellos la educación y el *curriculum*, enfatizando el valor de los sujetos en la aplicación práctica del *curriculum*. Posteriormente, con la teoría de la acción comunicativa de Habermas y los estudios del Círculo de Viena, el estudio del arte y las ciencias centra su atención en los actores de los procesos histórico-culturales como creadores en un mundo donde las relaciones histórico-políticas de poder, tienen un impacto en las acciones humanas. En el campo del *curriculum*, se asume la complejidad de la práctica,

no entendida como aplicación de lo estructural-formal, sino en el momento histórico como devenir del *currículum* en sus prácticas concretas y la estructuración formal (De Alba, 2015)⁸⁵.

Inmerso en este análisis del pensamiento complejo y la complejidad de la realidad (y realidades individuales) de los fenómenos socioculturales, surge la postura crítica. En este orden de ideas, se configuran los paradigmas de enseñanza y el *currículum*, mismos que se condicionan recíprocamente. Hacemos propia la representación de Kemmis en tres teorías de análisis del *currículum*, las que se esquematizan a continuación:

Teorías del currículum



Fuente: Elaboración propia.

Como este diagrama sugiere, cada una de las teorías se complementan con las que le anteceden, no parten de la nada conceptual, sino que abordan temas que consideran se han dejado de lado o de alguna

85. Tomado de las sesiones del curso de Currículum en CLACSO. Video disponible en https://www.youtube.com/watch?v=MtH_b2_Gcqo

manera inconclusos, por lo tanto, no hay una decantación sobre la pertinencia o no de una o de otra, simplemente se ilustran como formas de pensar y analizar un objeto de estudio: la formación judicial.

Comencemos por definir el **interés técnico**, como el interés humano que *se basa en la necesidad de sobrevivir y reproducirse que tiene la especie, tanto ella misma como aquellos aspectos de la sociedad humana que se consideran de mayor importancia* (Grundy, 1987:27). Este interés da lugar a una forma determinada de acción: la instrumental.

Este tipo de saber, está generado por la ciencia empírico-analítica, basada en la observación, la experimentación y un método deductivo de análisis, ello condensado en el positivismo científico. La lógica formal desempeña en este modelo un lugar fundamental, a partir de la formulación de premisas e hipótesis basadas en la observación, se puede llegar a una conclusión a base de una inferencia deductiva.

La influencia del positivismo, dio lugar en la década de los 70's a una extensa difusión de la racionalidad instrumental, a la tendencia a contemplar todos los problemas prácticos como asuntos técnicos basados en el control del ambiente mediante la acción basada en la experiencia empírica.

Hablar de un enfoque técnico del *curriculum*, implica centrar la atención en conjuntos de proposiciones y prácticas lineales, orientadas al producto. Se consideraba que bastaba que los enseñantes se avocaran a instrumentar los proyectos curriculares definidos por un grupo de expertos ajeno al colectivo docente para alcanzar objetivos que se encontraban predefinidos y acordados con antelación y en un documento curricular.

En esta perspectiva, un determinado tipo de acción tendrá un objetivo, es decir, servirá para obtener ciertos resultados. La acción técnica se orienta siempre hacia el bien útil, y su idoneidad se pondrá de manifiesto por su eficacia para conseguir un fin. La productividad es un concepto central de este paradigma, "el producto de un proceso de aprendizaje diseñado de este modo se juzgará de acuerdo con la fi-

delidad con que la puesta en práctica del diseño cumpla los objetivos, produciendo por tanto el resultado deseado” (Grundy, 1987:50), para lograrlo, se debe controlar tanto el aprendizaje como el aprendiz.

En contadas ocasiones, desde este modelo se perciben los problemas como ético-políticos. Se podrá entender que, como acciones técnicas, las acciones educativas son antes que nada esencialmente instrumentales y, como tales, pierden los componentes que dan sentido a las acciones prácticas.

Por su parte, el **interés práctico** aparece con las ciencias histórico-hermenéuticas. Si el interés técnico se basa en el control, el interés práctico se fundamenta en la interacción entre las personas, se orienta hacia la comprensión entre interlocutores y para ello emplea una racionalidad comunicativa.

Vista la acción educativa como práctica social, Gimeno señalaba que la práctica a la que se refiere el *currículum* es una realidad previa muy bien asentada a través de los comportamientos didácticos, políticos, administrativos, económicos tras los que se encubren muchos supuestos que condicionan el discurso del *currículum*. Consideraba que el *currículum* “es lo que determina lo que pasa en las aulas entre profesores y alumnos” (Gimeno, 1991:14).

Esta postura reconoce que la educación es una actividad práctica y que se trata de una forma de acción abierta, reflexiva, incierta, singular y que genera conflictos de valores. En esta visión, los procesos (y no proyectos) educativos están condicionados por sus participantes, cuyas acciones se realizan como procesos de comunicación en los que interactúan las expectativas, las motivaciones y las valoraciones de los participantes. Son ámbitos educativos como espacios sociales de comunicación entre diversas personas.

Hay que tener siempre presente el contexto histórico, social y material en el que se produce la acción educativa, pues cada actuación es percibida como un problema de acción que debe resolverse con una capacidad de reflexión docente y el juicio profesional.

Un concepto de *curriculum* desde el interés práctico consiste en que *el curriculum es un intento de comunicar los principios esenciales de una propuesta educativa de tal forma que quede abierta al escrutinio crítico y pueda ser traducida efectivamente a la práctica* (Kemmis, 1988:28)

En la introducción de este artículo, se cita a Kant, quien define la ilustración, como la salida del hombre de su culpable “incapacidad”. Esta palabra, entendida en contradicción a la libertad humana, es la que determina el **interés emancipatorio**, que posibilita una ciencia social crítica que propugna por la liberación del ser humano de la falsa conciencia y de las estructuras sociales injustas.

Se considera que liberar el pensamiento de las estructuras sociales injustas, conlleva pensar más allá de las fronteras, expandir los límites para crear, sin embargo, la sociedad se encuentra en una *Crisis Estructural Generalizada -CEG-* (De Alba, 1991) y de ello surge la necesidad de una desestructuración de las estructuras (que no posibilitan la emancipación), más que la estructuración de nuevas. La propuesta de Alicia de Alba es abrir los espacios de la normalidad en nuestras sociedades y trastocar y transformar los procesos de normalización (De Alba, 2011), crear más allá de las fronteras conocidas.

La teoría crítica se basa fundamentalmente en el discurso dialéctico, desde esta perspectiva teórica, los formadores de jueces son tomados en cuenta en los procesos de diseño curricular, pero no como lo hace la propuesta comunicativa y hermenéutica, sino que deben ser a la vez producto y productores de ideología.

Por su parte, en el ámbito del derecho, este discurso dialéctico enmarcado en la teoría jurídica discursiva de Habermas, resitúa la razón en la práctica comunicativa de los hablantes tomando como base la tensión entre la validez y la factibilidad del fenómeno jurídico, cuyo modelo de validez de las pretensiones es tomado de la práctica judicial y la argumentación jurídica. El Derecho se concibe entonces

como instrumento para resolver problemas de integración y coordinación de las acciones entre la vida social y el sistema normativo.

Por esta razón, la noción de *curriculum* propuesta desde la teoría crítica, resuelve los elementos de la acción comunicativa, las relaciones de tensión entre dos extremos y la contradicción entre los sujetos que participan en este discurso dialéctico, presentes en el fenómeno de la formación de los jueces. Entendemos entonces por *curriculum*:

A la síntesis de elementos culturales (conocimientos, valores, costumbres, creencias, hábitos) que conforman una propuesta político-educativa, pensada e impulsada por diversos grupos y sectores sociales cuyos intereses son diversos y contradictorios, aunque algunos tiendan a dominantes o hegemónicos y otros tiendan a oponerse y resistirse a tal dominación o hegemonía. Síntesis a la cual se arriba a través de diversos mecanismos de negociación e imposición social (De Alba, 1991:3)

En esta conceptualización, las propuestas son “pensadas” en tanto que son ideas que otorgan significado a los elementos de la vida social, comprender el *curriculum* desde la complejidad de lo social, debe asociarse a esta tensión entre la globalización y la crisis estructural generalizada y la tensión entre validez y factibilidad presente en el Derecho y el fenómeno jurídico.

En cuanto a la construcción político-educativa del *curriculum*, lo es, de acuerdo a Alicia de Alba, en la medida en que se encuentra estrechamente relacionado al o los proyectos políticos sociales que sostiene un grupo de poder, mismo que impulsa un *curriculum*, una forma de educar. Este proyecto va más allá de cuestiones partidarias. Las intenciones de influir en un espacio social, se observan con claridad en los de la currícula. El problema con esta *crisis estructural generalizada*, es que los proyectos político-sociales se encuentran desdibujados y apenas en una concepción incipiente en el contexto

histórico actual. Lo mismo sucede en el ámbito de la aplicación del derecho en la judicatura, que es parte de un nuevo proyecto social.

Hemos definido este proyecto político-social con los conceptos que introducen las reformas constitucionales como un horizonte a futuro, como una perspectiva de la justicia, el estado democrático y los jueces que la imparten.

En la definición que analizamos, el poder es una fuerza constitutiva inmanente que se encuentra en todo momento en el *currículum*, la lucha constante entre las relaciones de poder de los grupos hegemónicos está presente en el proceso del diseño curricular. Esta perspectiva teórica, tiene que ver con la concepción social de lo que debe enseñarse y cómo debe hacerse. Las formas de poder se manifiestan en la perspectiva que la sociedad, en el contexto de la *Crisis estructural generalizada*, tiene acerca de los jueces y su labor inmersa en un sistema democrático que lucha por establecer un proyecto social e ideológico de Estado.

A la luz de esta perspectiva, durante el diseño curricular hay momentos de **resignificación**, lo cual es de vital importancia

Porque el currículum está en movimiento como la sociedad, los seres humanos, las instituciones, los proyectos, si bien hay momentos en los que existe una gran estabilidad relativa que pareciera que todo es inamovible y otros momentos como el que vivimos actualmente que está en transición donde cotidianamente podemos encontrar múltiples expresiones de lo que hemos llamado esta tensión entre globalización y crisis estructural (De Alba, 2015⁸⁶)

La acción educativa se considera entonces como una propuesta político-educativa y los ámbitos educativos como espacios sociales

86. Tomado de las sesiones del curso de Currículum en CLACSO. Video disponible en https://www.youtube.com/watch?v=MtH_b2_Gcqo

de comunicación a la vez que son espacios donde el poder de los grupos hegemónicos se manifiestan y luchan constantemente. Ya no sólo es el sujeto que aprende, sino el sujeto que decide, que sale del estado de incapacidad que impide alcanzar la ilustración en el sentido kantiano previamente expuesto.

V. Concepción interdisciplinaria del *currículum* y del derecho

El cambio en la perspectiva del Derecho es inminente, por lo tanto, lo es en igual medida el cambio en la enseñanza del Derecho. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, como diversas comisiones estatales de protección a los derechos humanos, se han pronunciado a este respecto, señalando que

La ciencia jurídica no debería conservar la visión positivista con una aproximación prescriptiva. El juez tiene frente a sí, mucho más que la aplicación técnica de la norma. Debe llevar a cabo un juicio, una valoración crítica del sistema social y los esquemas culturales que modifican la vida en comunidad (Medellín, 2013: 45)

Es en el ámbito de la investigación educativa, a través del campo del *currículum* en donde estas transformaciones pueden suceder. El perfil no sólo del abogado, sino del juzgador como profesionales del Derecho, se configura en los espacios curriculares de los proyectos de formación específicos.

Se considera que, para nuestra propuesta, el *currículum*, entendido desde el enfoque técnico-instrumental no propiciaría un cambio en la enseñanza del Derecho que no ha llegado a transformarse hacia otras formas de enseñar el pensamiento, el pensamiento fuera del sujeto.

La intención, por el contrario, es llevar la acción educativa y el pensamiento de las prácticas educativas “a su afuera constituyente” como propone Foucault, quien *piensa el pensamiento mismo como un acto de apertura y experimentación. (...) El ejercicio del pensar sin reservas signa una búsqueda de principio a fin* (Marín, 2011:57), se propone este acto de apertura y experimentación en un diseño curricular donde los espacios curriculares (estructurales y prácticos) y la acción docente tiendan hacia la apertura, la reflexión y la transformación.

Enseñar la ciencia jurídica no debería consistir en mera aplicación o “consumo” de las teorías del aprendizaje, debería modificar los ambientes para mejorar el aprendizaje y asumir que no existe una única forma de instruir, ni tampoco una sola manera óptima de aprender. El objetivo debería apuntar a mejorar este tipo de palabras no son propias de un discurso crítico, más que a describir el aprendizaje.

Según E. W. Eisner, citado por Alicia de Alba, decidir qué enseñar y cómo hacerlo es lo que condiciona todo el proceso orientado a lo largo de ciertos valores. En esta investigación, la propuesta fue:

Reflexionar sobre el papel de la educación --de la formación judicial-- en el momento actual y en la perspectiva de trastocar y abrir el espacio de la sedimentada normalidad, a fin de dar cabida a subjetividades y sujetos ubicados del otro lado. Es decir: del lado de la anormalidad, debido a los dispositivos de poder y saber, constituidos históricamente hasta llegar al actual estado de cosas (De Alba, 2011:5).

Sostenemos que: *el juez realiza una función creativa, que no sólo se limita a declarar cuál es la ley aplicable a un conflicto determinado. El juez debe garantizar estabilidad con cambio, y cambio con estabilidad: el Derecho sólo es estable cuando está en movimiento* (Barak, 2008:XVI), el *currículum* para la formación judicial debe propiciar esta característica de los juzgadores.

VI. El juez del siglo XXI: reflexiones para la formación judicial

a) Tres modelos de juez, tres paradigmas del Derecho

Se propuso en este estudio un proyecto de formación judicial, pero ¿quién es ese juzgador? Para hacer una categorización del juez que requiere la sociedad democrática del siglo XXI, se exponen los modelos de juez que define Manuel Atienza (2012)

Las características de cada uno de los siguientes modelos, se propone a partir de la visión que del Derecho y de su función tienen los jueces.



Fuente: Elaboración propia.

Para el juez **formalista**, el derecho es un sistema general de normas, que preexisten al juez. Este paradigma es el equivalente al ma-

gistrado que describe Montesquieu en el *Espíritu de las leyes*, el juez por cuya boca habla la ley, por lo tanto, ésta es un producto del legislador racional (no histórico); de ahí que el Derecho tenga un carácter cerrado, pues toda legislación vista desde esta perspectiva, permite una solución concreta a cada caso y es tarea del juez aplicarla. Sólo cuando no se prevé solución alguna, el juzgador puede resolver el conflicto “desarrollando” un concepto generado por el legislador, pero nunca “creando” Derecho. Entonces, la función del juez consiste en descubrir el Derecho y aplicarlo a una situación dada, no crear.

Parece que este modelo de juez conviene a los conceptos de división de poderes (que es de hecho la propuesta de Montesquieu) y el imperio de la ley. Hart ha desarrollado este paradigma en su obra teórica *El concepto del derecho*.

Al igual que lo señalamos en apartados anteriores al definir las perspectivas teóricas del diseño curricular (el *curriculum* como opción técnico-instrumental), no descartamos esta posibilidad por errónea, sino que la calificamos insuficiente.

El juez **realista**, concibe el Derecho como una realidad dinámica que es obra tanto de la labor legislativa como de la judicial y por lo tanto tiene un carácter abierto, lo que obliga al juez a salir del sistema para afrontar la decisión judicial y recurrir a criterios económicos, políticos o morales. De ahí pues que su función consiste también en “crear” nuevo Derecho y no simplemente aplicar el existente. En la concepción modélica de Ost (2007) que se ilustran más abajo, este juzgador corresponde a la figura de Hércules, el semidiós que lleva a los hombros una decisión judicial y que soporta sobre sí (en un modelo ideal) las decisiones que toma.

En cierta medida, la perspectiva realista de la función judicial, parece acercarse a las necesidades de una sociedad democrática actual, que exige un juez que flexibilice o más correctamente, interprete los criterios normativos a la luz del dinamismo del derecho como ciencia social “abierta”. Ronald Dworkin, Robert Alexy, a lo

largo de sus obras y reflexiones teóricas caracterizan este paradigma teórico del Derecho.

El mismo Dworkin, en un artículo publicado en la revista *Isonomía*, intitulado “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? (Abril 2010), comienza a ir más allá del pragmatismo (el juez realista), si “la historia ha formado conceptos jurídicos que siguen estando permanente abiertos al desarrollo”, ¿por qué impedir que los jueces participen en esa construcción teórico-filosófica de nuevos movimientos en el derecho? Creemos, como desarrollan Atienza (2012) y Ost (2007) en sus disertaciones sobre las características que deberían definir a los jueces, que es necesaria otra caracterización que supere los dos paradigmas anteriores.

De ahí que, una corriente “crítica” del Derecho, propone analizar al juzgador desde una perspectiva **postmoderna**, en la cual existe una multiplicidad de actores jurídicos que inciden en la creación misma del derecho, no se trata sólo de los poderes del estado (legislativo y judicial), sino que se involucra tanto a la sociedad civil como a los particulares.

Ha sido Habermas (1998) quien ha concebido al derecho como una categoría de mediación social, entre las tensiones de la facticidad y validez -verdad y justicia- en que vive el hombre de la sociedad contemporánea. Su propuesta, tomada de la particularidad de nuestra ciencia de moverse siempre en el conflicto de dos verdades en contradicción, se centra en un cambio a la razón comunicativa dejando a un lado la razón práctica, en la conquista de la felicidad individual, y por ende en la impartición de la justicia. La contienda judicial es un diálogo entre quienes estiman de modo contrapuesto sus derechos y las correspondientes justificaciones.

En efecto, ante el órgano jurisdiccional, las partes en un proceso ocurren a dirimir dos verdades o dos versiones distintas de la verdad, pero en conflicto (Cisneros, 2013), el derecho debe ser dialógico, es decir producto de un debate entre las partes y el juez, no

existe una solución monológica para el Derecho. Puede haber una norma inicial hipotética pero que para ser aplicada ha de debatirse en un juicio por las partes y el juez.

En este movimiento dialógico entre dos verdades, debemos puntualizar que lo que la palabra “diálogo” descubre es la necesidad humana de dilucidar lo que es bueno y conveniente a través del *logos*, es decir mediante el uso del lenguaje razonado o de la razón expresada en palabras, mediante la acción comunicativa en la que nuestra intención y nuestro deseo se vierten en expresión material capaz de ser captada e interpretada por el otro.

La concepción del *logos* como un medianero de sentido, como un constructor de consenso, implica una concepción comunitaria de la sociedad humana. El diálogo entendido como mediación supone un pluralismo social en el que el lenguaje es patrimonio de todos y cada uno. La comunidad humana se basa por consiguiente en la concordia y ésta se desarrolla en una auténtica actividad comunicativa. (Dehesa, 2010)

A esta multiplicidad, debe sumarse el fenómeno de la imbricación de funciones del juez. La interpretación conforme (que quedó definida en el primer capítulo de esta investigación) exige que la acción de juzgar se convierta en una actividad extraterritorial que implica un amplio conocimiento de normas, acuerdos, convenios y resoluciones internacionales, nacionales y locales (es decir, interpretación del derecho positivo) además del propio texto de la ley.

En un extremo, pareciera que el juez debiera convertirse en una clase de héroe (un Hércules) que lleva sobre sí la ardua labor de reducir esta pluralidad de contenidos y contextos a un caso específico. Esto, sin embargo, no es así. La opción del juez para el Derecho postmoderno (en una sociedad democrática constitucional), se acerca más a la figura de Hermes como el mediador universal, el gran comunicador que circula discursos y mantiene en movimiento la complejidad. En este modelo, se realza la función creativa del

juez, que no sólo se limita a declarar cuál es la ley aplicable en un conflicto determinado. El juez postmoderno, como lo reflexiona Aharon Barak (Ministro de la Suprema Corte de Israel durante 28 años, 11 de los cuales fungió como su Presidente), *debe garantizar estabilidad con cambio, y cambio con estabilidad: el derecho sólo es estable cuando está en movimiento* (Barak, 2008:4).

Sintetizando las ideas respecto los modelos expuestos, el juez formalista estará representado por la figura de Júpiter, que atiende a un sistema normativo del derecho positivo que pareciera estar dictado por la deidad. El juez no tiene participación en su creación, sólo en su aplicación. Está representado por la pirámide, que Hans Kelsen utilizó para graficar la relación de las normas jurídicas dentro de un sistema jerárquico, cuyo nivel superior es la Constitución (Maynes, 2002). Si el código, se encuentra entonces, antes que el juez, este modelo supone por lo menos las cuatro características que apunta Ost (2007): el monismo jurídico, monismo político (soberanía estatal), una racionalidad deductiva y lineal y la concepción del tiempo hacia un futuro controlado.

Por otro lado, el juez herculeano o “asistencial”, está presente en todos los frentes, aplica normas de acuerdo al código, como la figura anterior, pero también aconseja, orienta, previene, adapta sus decisiones a las necesidades del contexto. No sólo depende de la racionalidad lógica de la voluntad del legislador, sino que interviene en los procesos de creación del Derecho. Esta perspectiva del juzgador se origina en la corriente pragmática de la escuela norteamericana. El derecho consuetudinario (*common law* anglosajón) establece que la costumbre y los precedentes judiciales, tienen una supremacía en las decisiones del juez.

Fue en Harvard, bajo el decanato de Christopher C. Langdell (1870-1895) que surge el cambio en el método tecnicista del estudio del Derecho por la aplicación del *case method* (método de casos), cuya base es la aplicación del método socrático. Hércules se representa por la

pirámide invertida o el embudo, *mientras que el pensamiento jurídico tradicional coloca las reglas en el centro del sistema y cree poder deducir mecánicamente las decisiones particulares, el movimiento realista coloca las decisiones judiciales en el corazón del sistema* (Ost, 2007:102) La expresión más radical de este paradigma de juzgador, se desarrolla en Estados Unidos. Las palabras del juez O.W. Holmes sintetizan esta perspectiva: *“Las profecías de lo que harán efectivamente los jueces y los tribunales, y nada más pretencioso, eso es lo que yo entiendo por “Derecho”* (Ost, 2007:110) -el resaltado es propio-.

De tal manera que lo que traducíamos en monismo normativo, en este modelo se entienda como proliferación de decisiones particulares; el monismo político, se convierte *“no ya en pluralismo (que supone principio de articulación), sino en la dispersión de las autoridades encargadas de aplicar el derecho”* (Ost, 2007:113); la racionalidad deductiva y lineal, pretende inducción en búsqueda de un resultado práctico, más que asegurar la interpretación más “correcta” de la ley, de ahí que la principal herramienta del juez no sea la lógica, sino la economía, la psicología, la balística, la medicina; y, finalmente, mientras Júpiter domina el futuro, tratando de asegurar el progreso del orden normativo, Hércules implica un tiempo discontinuo, en el que las decisiones judiciales pueden ser desechables después de cierto uso.

Por otra parte, se encuentra la figura de Hermes, que Ost identifica con un esquema en red, al cual dedicaremos un espacio más extenso.

b) Hermes: el juez de la Crisis Estructural Generalizada

¿Cómo deben los jueces entonces posicionarse frente a su función en un contexto de crisis generalizada?

Volvamos al concepto de crisis. De Alba explica que vivimos frente a un momento de crisis, la característica de esta crisis estructural generalizada, consiste en la “desestructuración de las estructuras, más que la estructuración de nuevas” (De Alba, 2011:91)

El pensamiento, el pensamiento jurídico, también pasa por este momento de crisis. Inclusive, Ost resalta una crisis en los modelos de juez, que proviene:

No tanto de la ausencia de referencias como de su excesiva abundancia; como si el jurista y particularmente el juez, no llegase a elegir, en el surtido de los accesorios de la justicia, el uniforme que convenga a los roles múltiples que en lo sucesivo se esperan de él (Ost, 2007:101)

Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico o incluso interno, y reproduce a su vez desorden. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio. *La circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión pretender acapararlo. (Ost, 2007: 115).*

Ost problematiza la cuestión judicial desde el paradigma del Derecho postmoderno con estos cuestionamientos:

¿No es tiempo de pensar la complejidad del Derecho a partir de ella misma, y no como enmienda y complicación de los modelos simples? ¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera a ‘aplicar el Derecho’? (Ost, 2007:13)

Las características del juez que propone nuestro proyecto, se construyen a partir de estas reflexiones y:

Entonces, al monismo habría que oponer, no la dispersión, sino el pluralismo; el absolutismo binario (permiso/prohibición) habría que sustituirlo por el relativismo y el gradualismo, a la linealidad jerárquica habría que oponer no la circularidad viciosa, sino la recur-

sividad fecunda; la clausura y el determinismo del discurso habría que sustituirlos por la inventiva controlada de un discurso jurídico radicalmente hermenéutico (Ost, 2007:81).

Superando así los modelos formalista y realista del juez.

Hermes, el mensajero de los dioses, siempre en movimiento, ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. *No conoce otra ley que la circulación de los discursos (Ost, 2007:171)*, la red que representa al juez postmoderno, implica no un polo, ni dos, ni la superposición de los dos, sino una multitud de puntos en interrelación, por lo tanto, el juez analiza el campo jurídico como una combinación infinita de poderes y posibilidades disponibles instantáneamente y difícilmente matizables; de pronto separados como confundidos e incluso intercambiables, en una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles. Esta circulación de información se expresa bajo la forma de un banco de datos, no ya del código o de la jurisprudencia.

No se trata de ninguna manera de que la complejidad y el pluralismo del postmodernismo generen una inseguridad jurídica ni poner en peligro la uniformidad; se trata de generar cambio con estabilidad, puesto que:

La función del juez es ayudar a reducir la brecha entre las necesidades de la sociedad y el Derecho sin permitir que el sistema jurídico se degenera o se colapse en anarquía. Debe garantizar estabilidad con cambio, y cambio con estabilidad (Barak, 2008:4)

Pues el Derecho sólo es estable cuando está en movimiento. El juez funge como mediador entre el uno (Derecho) y la otra (sociedad) en este contexto de crisis, *la elección no es entre estabilidad y cambio, es una cuestión de la rapidez del cambio (Barak, 2008:4)*

Esta que llamamos “inestabilidad estable”, surge del contexto de una crisis estructural generalizada, en la que el Derecho y el Estado trastocan continuamente los espacios de la normalidad, *lo que entonces se ensambló con gran meticulosidad hoy se desmorona o es demolido* (Bauman, 2012:64).

La que fuera la completa e integral soberanía del Estado, ahora se diluye, o más bien se transpone a las fuerzas globales, los mercados financieros, a la vida política de las asociaciones civiles; *no teniendo ya plenamente a su cargo la economía, la seguridad ni la cultura, el Estado tampoco puede prometer a sus súbditos la protección para toda la vida* (Bauman, 2012:64) que proporcionaba el Estado proteccionista (con nuestro Hércules como administrador de justicia). Esto sucede en un escenario moderno en el que se degradan los ideales de largo plazo y los relacionados con la totalidad, desmitificando al juez jupiteriano, haciéndole perder todo valor rígido al Derecho como protector del progreso a futuro.

Siguiendo la línea de pensamiento de Ost y la teoría de la acción comunicativa de Habermas, partimos de la idea de que el Estado presente experimenta una gama casi infinita de intervenciones sobre las cosas y las conductas. Desde que pretende conducir el cambio social, promete, incita, planifica o disuade de llevar a cabo las conductas que considera no deseables, para ello, pone en marcha *una serie de técnicas que se inscriben en secuencias complejas de acción que irán a la realización de programas finales al servicio de los cuales las modalidades jurídicas y para-jurídicas se otorgan mutuo apoyo* (Ost, 2007:185) Estas estrategias, que pueden ser simbólicas o instrumentales parecen ser utilizadas simultáneamente en el sentido que sugiere el mismo autor:

Se desreglamenta, pero a menudo esto no es más que una manera de reglamentar de otro modo; se despenaliza, pero con frecuencia es en provecho del desarrollo de otras medidas coercitivas, como la medi-

calización o la fiscalización para los comportamientos indeseables, se desjudicializa, pero es para colocar inmediatamente mecanismos de peritaje, de conciliación, de mediación o de arbitraje (Ost, 2007:186).

En estas condiciones, el Derecho se observa estable y a la vez efímero, duro y blando, las fronteras entre el interior y el exterior se han vuelto “porosas”, o mejor dicho, estamos confrontados a un Derecho “líquido”, que fluye ocupando todos los espacios disponibles.

Utilizamos el término líquido desde la conceptualización de Bauman de una “sociedad moderna líquida”, en la cual “las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en unas rutinas determinadas” en ella:

los activos se convierten en pasivos y las capacidades en discapacidades en un abrir y cerrar de ojos, las condiciones de la acción y las estrategias diseñadas para responder a ellas envejecen con rapidez y son ya obsoletas antes de que los agentes tengan siquiera opción de conocerlas adecuadamente (Bauman, 2012:9).

Este es el campo en el que se desenvuelve el juez Hermes, haciendo posible el tránsito de ese Derecho “líquido”, propiciando el “cambio con estabilidad” a través del *logos* del discurso. Es el “comunicador” del Derecho, aquel que pretende legitimar la construcción pública de la democracia a través del tránsito de los discursos en igualdad de condiciones deliberativas.

Atienza (2012) añade a este juzgador una serie de características que provienen de los elementos culturales (valores en particular): las virtudes judiciales, que tienen relación tanto con la percepción que tiene el juez de su función, como la que tiene la sociedad de él.

¿Cómo entender la tan citada frase de Van Caenegan; (Atienza, 2012) “el Derecho es tan bueno como los jueces que lo aplican”?, ¿quién es el juez “bueno”?, ¿cómo debe ser el juez en cuanto órgano

público, en cuanto titular de uno de los poderes en esta sociedad “líquida” postmoderna?

Manuel Atienza, en la obra que arriba citamos, lo resuelve así: el “buen juez”, no es el que no incurre en delitos o no es corrupto, es aquel quien es capaz de ir más allá; más allá del cumplimiento de las normas porque *ciertas cualidades que ha de tener un juez, no podrían plasmarse normativamente; son justamente, rasgos de carácter que se forman a través del ejercicio de la profesión* (2012:126).

Por eso, justificar la decisión judicial, no es sólo cuestión de lógica (como aseguraba el modelo formalista de juez), *la vida del derecho es compleja. No es sólo lógica. No es sólo experiencia. Es tanto lógica como experiencia juntas.* (Barak, 2008:5).

Por esa razón, el juez desarrolla la creatividad, la imaginación, la intuición en el contexto social en crisis que hemos descrito, en ese ámbito de superposición e interrelación de conocimiento y actores, “por encima de cualquier regla de interpretación, se halla la intuición de la justicia como fin último del Derecho, que debe llevar a resolver el sentido de la norma conforme a lo justo”⁸⁷, estas virtudes sólo pueden desarrollarse desde la figura del mensajero, que dota de sentido los vacíos que se encuentran entre los conceptos jurídicos y los actores a través del discurso.

Estas características, elementos y valores que asignamos a la figura del juez, determinan el carácter político-social del *currículum* que plasmamos en esta propuesta curricular de formación judicial.

Una vez establecidos los supuestos teóricos de la investigación, a continuación se expone la metodología, el método y los elementos del trabajo utilizados para construir una propuesta curricular para formación judicial.

87. REVISIÓN ADMINISTRATIVA (Consejo) 8/96 Vid. IUS 2007. No. De Registro de la ejecutoria 1803

Conclusiones

El propósito fundamental de emprender este trabajo, consistió en diseñar una propuesta curricular para la formación judicial en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco y sobre todo definir el perfil del juez para la sociedad del Siglo XXI.

En el proceso, fue necesario indagar con profundidad acerca del origen que motivó la transformación del sistema de justicia y cómo ello tiene una estrecha vinculación con la formación judicial.

Para concebir un perfil profesional que tuviera sentido con el contexto definido por las reformas constitucionales, los cambios estructurales y la evolución del Poder Judicial, se realizó una conceptualización del juez del siglo XXI, en función de las preguntas: ¿es que se sigue considerando la labor del juez como la de simple aplicador del derecho? o ¿debemos enfocar su formación a cuestiones más reflexivas y participativas?

Estas interrogantes plantearon retos importantes para definir la forma no sólo en que el juez percibe su función, sino que en un momento histórico de pluralismo democrático, es fundamental la forma en que la sociedad concibe las funciones y obligaciones de los jueces, que fue en esencia una de las razones que originó la Reforma Constitucional de 2008, la parálisis de un Poder Judicial saturado e incapaz de ofrecer respuesta a la demanda social.

Transparencia, anticorrupción, inmediatez en los juicios, fueron conceptos que aparecieron entonces y que han llevado a la configuración de un nuevo sistema jurídico participativo y ciudadanizado, de ahí que los jueces no puedan permanecer inermes al movimiento social y político del Estado mexicano. Reflexiones todas que fueron plasmadas en un perfil profesional.

Por lo tanto y desde la perspectiva crítica del Derecho, no es posible ya considerar la labor del juez como simple aplicador de la norma (Júpiter, el juez), en un estado democrático el juez debe ser

un intérprete, un mediador entre las necesidades de la sociedad y el Derecho, sin permitir que el sistema jurídico se degenera o colapse (el juez Hermes).

En un proceso democrático de toma de decisiones donde participen ciudadanos comprometidos, el movimiento emancipatorio se genera a través de la acción motivada por el diálogo como manifestación del *logos* por medio del lenguaje y la razón. Se considera que la propuesta curricular que se presenta en los resultados de la investigación, promueve este paso adelante, considerando el Derecho y el diseño curricular como un espacio de propuesta y cambio y la función jurisdiccional como el elemento fundamental de la puesta en marcha de la democracia.

Respecto las habilidades del juez, afirma Barak (2008) que “el derecho sólo es estable cuando está en movimiento”; los jueces son, a partir de la profunda transformación del estado mexicano y del sistema de justicia, actores fundamentales para garantizar la estabilidad con cambio y el cambio con estabilidad. Las reformas constitucionales que analizamos a detalle a lo largo de esta investigación, significan, en términos del sistema democrático constitucional, un cambio en la tarea de los juzgadores que los orienta a realizar una función creativa que no sólo se limite a declarar la ley en un conflicto determinado, sino a pensar más allá de las fronteras para comprender la responsabilidad histórica, social y política de su labor.

Esta perspectiva del derecho y la impartición de justicia, requiere abrir la ciencia a nuevas formas de pensamiento que trasciendan la aplicación instrumental del Derecho y su enseñanza. El perfil de los jueces se caracterizó considerando el diálogo como el continuo ir y venir de la palabra y no aplicación mecánica de los preceptos sólidos e inamovibles de la ley. Enseñar desde otra perspectiva. Con soporte en la teoría crítica del diseño se concibió un proyecto de formación judicial para los jueces de Jalisco que permitiera este movimiento dialógico.

Finalmente, con estos elementos, se diseñó e implementó una Maestría en Derecho Judicial para la formación de jueces en Jalisco que permite el tránsito de un sistema inquisitivo de justicia a uno adversarial-oral.

Fuentes

- Atienza, M. (2012). Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho . En M. Atienza, *Cuestiones judiciales*. (págs. 119-159). México, D.F.: Fontamara.
- Aulis, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barak, A. (2008). *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. México, D.F.: SCJN.
- Bauman, Z. (2012). *Vida líquida*. Barcelona: Paidós.
- Carbonell, M. (2003). El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México. En A. M. Hernandez, D. Valdes, & (coord), *Estudios sobre el federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*. México: IJ-UNAM.
- Carrillo, J. (2006). *Análisis histórico de la capacitación en el Consejo General del Poder Judicial del Estado de Jalisco*. Zapopan: ISIDM.
- Castro, E. (2010). Derecho, democracia y derechos humanos, a partir de Jürgen Habermas. *Verba Iuris*, 155-169.
- Cienfuegos, D. (2010). La formación de los jueces federales en México. Una aproximación histórica y dos proyectos académicos (1978-2004). En C. Á. Quiroga, *25 años, 25 voces en la educación judicial* (págs. 25-75). México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Cisneros, G. (2013). *Lógica jurídica*. México: Porrúa.
- Concha, H. (2004). *La capacitación judicial en México*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- De Alba, A. (1991). *Curriculum: crisis, mito y perspectiva*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- De Alba, A. (1998). Las perspectivas. En A. De Alba, *Curriculo: crisis, mito y perspectivas* (págs. 57-116). Buenos Aires: Niño y Dávila Editores.

- De Alba, A. (2011). La educación en el siglo XXI. La importancia de abrir los espacios de la normalidad. Una reflexión a partir de la obra de Michel Foucault. En A. De Alba, & M. Martínez, *Pensar con Foucault. Nuevos horizontes e imaginarios en educación* (págs. 85-115). México: UNAM.
- De Alba, A. (05 de abril de 2015). Clase 3. Concepto de *curriculum* de Alba. México localizable en <https://www.youtube.com/watch?v=NmfXd9Jy9YQ>.
- De Alba, A. (04 de mayo de 2015). Clase 4. La noción de *curriculum* de Alba. Conceptualización de 2012. en https://www.youtube.com/watch?v=MtH_b2_Gcqo.
- Dehesa, G. (2010). *Introducción a la Retórica y la Argumentación* (Sexta edición ed.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Dirección General de Planeación, Capacitación y Difusión. SETEC. (2012). Proyecto de Actualización de los Programas de Capacitación y Difusión 2012. México, D.F., México.
- Dworkin, R. (Abril 2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? *Isonomía No. 32*, 7-29.
- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. (2012). *Enfrentan tribunales reto mayúsculo para incorporar Derechos Humanos en sentencias*. México: FLACSO.
- Gimeno, J. (1991). Prólogo. En L. Stenhouse, *Investigación y desarrollo del curriculum* (págs. 9-24). Madrid: Morata.
- Gómez, C. (s.f.). *Escuela Nacional de la Judicatura*. Recuperado el 30 de octubre de 2011, de http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/carrera_judicial/2.pdf
- Grundy, S. (1987). *Producto o praxis del curriculum*. Madrid : Morata.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Kemmis, S. (1988). *El curriculum: más allá de la teoría de la reproducción*. Madrid: Morata.
- López, H. (Abril de 2012). La Escuela Judicial del Estado de México: Avance, Balance y Cauce. *Ex Legibus*, 2(3), 175-186.
- Marensi, I. (2002). Un nuevo enfoque pedagógico para la Capacitación Judicial en América Latina. *Revista Sistemas Judiciales*(1), 15-41.

- Marín, S. (2011). Michel Foucault Eeducador. (Creación, Educación y Pensamiento). En A. De Alba, & M. Martínez , *Pensar con Foucault. Nuevos horizontes e imaginarios en educación*. (págs. 117-169). México: UNAM.
- Martínez López, A. (1986). El Centro de Estudios Judiciales del Supremo Tribunal de Justicia del Estado. *Foro*, 23-38.
- Maynes, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- Medellín, X. (2013). *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México, D.F. : scjn.
- Ordóñez, D. (2004). *Jueces, Derecho y Política*. Navarra: Aranzadi.
- Ortuño, P. (2010). Formación judicial y calidad de la justicia como objetivos de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales. En T. S. Federal, *25 años, 25 voces en la educación judicial* (págs. 237-244). México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Ost, F. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho.*, 4(8), 101-130.
- Ramiro, M. (2005). La administración de justicia. Panorama actual del Poder Judicial del Estado de Jalisco. En M. L. coord., *Creación y trayectoria del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco* (págs. 629-658). Zapopan: Amate.
- Rodríguez, R. (2012). *Educación judicial: más allá del desarrollo de una capacidad técnica para el análisis del Derecho*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: www.juridicas.unam.mx
- SCJN. (2006). *Libro Blanco de la Reforma Judicial*. México, D.F.: SCJN.
- SCJN. (2006). *33 Acciones para la Reforma Judicial*. México: SCJN.
- SETEC. (2012). *Subsidios: Convenios de coordinación con entidades federativas*. Recuperado el 2 de Marzo de 2012, de www.setec.gob.mx
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2006). *El sistema jurídico mexicano*. México, D.F.: SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Vols. Libro I, Tomo I). México: SCJN.
- Wallerstein, I. (. (2007). *Abrir las ciencias sociales*. México, D.F.: Siglo XXI editores.

El certificado de habitabilidad: requisito de recepción de infraestructura y equipamiento urbano

Verónica Sánchez García

Doctora en Derecho por el Instituto de Estudios Superiores

RESUMEN: Los problemas urbanos actuales requieren de la observancia de la norma urbanística de manera más estricta; sin embargo, dado que la ciudad crece más rápido que lo que la propia autoridad puede controlar, se allega de instrumentos o figuras jurídicas como el certificado de habitabilidad que le permita verificar y, en su caso, autorizar la recepción de edificación u obra de urbanización apta para la seguridad humana.

Sin embargo, la norma urbanística en el Estado de Jalisco, México, mezcla la habitabilidad desde la perspectiva de la vivienda y en otras ocasiones desde la perspectiva del entorno urbano: infraestructura y equipamiento, lo que deja un vacío y deja de lado, la garantía de que, ante una nueva construcción, lo que existe alrededor o su entorno, continúe aportando al desarrollo del ser humano en los aspectos sociales, de esparcimiento, seguridad y servicios públicos, entre otros.

Palabras clave: Certificado, habitabilidad, norma urbanística.

Recibido: 12 de septiembre de 2017. Aprobado: 1 de noviembre de 2017.

ABSTRACT: The current urban problems require a more strict compliance with the urban standards; however, as the city grows faster than the authority itself can control, it requires instruments or legal figures such as the occupancy certificate that allow you to verify and, if necessary, authorize the reception of the building or development works only when suitable for human security.

However, urban norm in the State of Jalisco, México, mixes habitability from the perspective of housing and other times from the perspective of the urban environment: infrastructure and equipment, leaving a void as to ensure that, when facing construction, the surrounding areas to contribute to the development of human beings in social, recreational, security and public services, among others.

Keywords: Certificate, housing, urban norm.

SUMARIO. Introducción • I. La habitabilidad como factor de la sustentabilidad urbana • II. El certificado de habitabilidad en el Código Urbano y el Reglamento de Gestión del Desarrollo Urbano del Ayuntamiento de Guadalajara, todos ordenamientos del Estado de Jalisco, México • Conclusiones • Fuentes

Introducción

Ante la inminente migración de la población a las ciudades y, como consecuencia de su densificación y crecimiento, ya sea extendida o vertical pronosticado ya por diversas instituciones internacionales y de lo que ya mucho se ha escrito, es justificable por los estudiosos de la ciudad y de los temas urbanos, la preocupación por mantener los estándares mínimos de calidad de vida para los seres humanos.

La ciudad es el punto de encuentro de la modernidad de la sociedad actual, pero también es el espacio en donde se evidencian las tensiones y contradicciones del desarrollo urbano. (Winchester, 2006: 8) Conforme crecen las ciudades, éstas “parece no estar en la capacidad de satisfacer las necesidades de sus habitantes”. (Caballero, 2013: 16) Se continúa hablando del modelo de ciudad nacido de la Revolución Industrial y su necesaria revisión (Rueda, 1999: 7); pero los problemas de concentración de la población, contaminación y crecimiento extendido, continúan siendo los mismos. Algunos países, sobre todo los europeos, han dado el salto hacia la mejora de su calidad de vida, superando efectivamente sus problemas urbanos, enfrentándolos con soluciones palpables, tanto en materia de vivienda, movilidad, medio ambiente, energías renovables, entre otros.

En México, los asentamientos marginales se desarrollaron a partir de la década de los cuarenta, desde entonces las clases menos favorecidas intentaron ubicarse en áreas con características de pobreza muy particulares para sobrevivir, recurriendo a otras alternativas como los terrenos baratos en las periferias de las ciudades, en

sitios de riesgo y vulnerabilidad como a orillas de ríos, lagunas, en la periferia de basureros, cuyas condiciones favorecen que estos terrenos carezcan de servicios básicos y de infraestructura necesaria para construir casas. (Hernández, 2014: 160-162)

Sin embargo, también es posible encontrar este tipo vivienda en algún barrio o colonia asentada al interior de la ciudad. Particularmente, en el Área Metropolitana de Guadalajara (AMG), Jalisco, México, en donde sobresale “una cobertura desigual en infraestructuras y servicios, con disparidades importantes de urbanización y desarrollo entre municipios y entre colonias de los mismos”. (ONU-HÁBITAT, 2014: 30) Fácilmente es posible observar que existen áreas socioeconómicas muy activas, como son los selectos fraccionamientos y centros comerciales, colindando con sectores y zonas informales sin servicios básicos, o zonas –si bien funcionales- colindando con territorios de urbanización dispersa, desligados de zonas de servicios y equipamientos básicos.

Una de las características del AMG es, por ejemplo, que Guadalajara aún cuenta con zonas de vocación industrial, mientras que el resto de los municipios tienen áreas que son aprovechados, aunque en menor medida, para la agricultura o la ganadería. Es así que algunas poblaciones rurales, al integrarse a la mancha urbana se convirtieron en barrios o colonias, pero sin seguir la dinámica de la ciudad y, por tanto, rezagados de la prosperidad que se hubiera entendido que éstas alcanzarían al integrarse a la zona metropolitana.

Esto provoca diversos grados de fragmentación, densidad y concentración de actividades y núcleos poblacionales que, al ser alcanzados por la mancha urbana se produce, como consecuencia, conforme a Rueda (1999: 7) el abuso en la extracción de los recursos naturales sin considerar la posibilidad de mantenerse por sí mismo (sustentabilidad), así como, la imposibilidad de garantizar a las siguientes generaciones tanto el recurso natural propiamente, así como el bienestar derivado de su aprovechamiento (sostenibilidad),

a saber: insuficiencia de agua, contaminación del aire, movilidad deficiente, severas inequidades y exclusiones sociales, insuficientes espacios públicos, consumo energético irracional, entre otros. Como se indicó, no se garantiza la sustentabilidad ni la sostenibilidad de los recursos para los seres humanos que habitan en las ciudades.

Por ejemplo, el espacio público se vincula a dos indicadores específicos: a) espacio verde *per capita*, y b) accesibilidad al espacio abierto (parques o plazas). En el caso del primero, el AMG es claramente deficitaria, es decir, hacen falta espacios públicos dotados con áreas verdes. En la medición realizada por ONU-HÁBITAT, el indicador arrojó un valor estandarizado de 24 (los valores van de 0 a 100), situándose en un nivel considerablemente bajo. Lo que demuestra que la metrópoli no cuenta con los 9 m² por habitantes recomendados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). (ONU-HÁBITAT, 2014: 52) El crecimiento expansivo de la ciudad ha generado, por una parte, la creación de amplias aglomeraciones y conurbaciones urbanas, y por otra parte, formas locales de crecimiento de baja densidad (Rueda, 2010: 12) lo que provoca un desequilibrio en la configuración de la zonificación en cuanto a los asentamientos humanos se refiere.

Ahora bien, los desarrollos habitacionales y sus viviendas son uno de los principales motores que han propiciado la migración del campo a la ciudad, junto con la búsqueda de mejores oportunidades de salud y educación que, en conjunto, son fenómenos que inciden sobre la configuración urbana. En este sentido, la vivienda se ha constituido por la dinámica de la oferta y la demanda sin importar el espacio público ni la adecuada incorporación o adaptación con el medio ambiente. (Moreno, 2008: 48) Un gran número de viviendas autoconstruidas, las que sin duda están fuera de la norma de construcción y urbanística, profundizan la pobreza debido a la ausencia de procesos de planificación urbana sistemática y ordenada, ausente de la vigilancia de la autoridad administrativa, lo que sin

duda atenta contra la seguridad y, en mediano o largo plazo, en el patrimonio de las personas. (Caballero, 2013: 16)

Al igual que muchas otras ciudades mexicanas, el AMG fue receptora de grandes recursos federales para la construcción de miles de viviendas durante los últimos años, de tal forma que el ritmo de construcción superó a las tasas de crecimiento demográfico, provocando la sobre oferta y favoreciendo la ciudad extendida alejada de las zonas urbanas consolidadas, haciendo imposible la conducción del desarrollo urbano en forma ordenada. (ONU-HÁBITAT, 2014: 31)

Aunado a ello, la administración pública cedió la gestión y la construcción a constructoras privadas. Dejando de lado la consulta vecinal que le permitiera conocer sus necesidades y las de su entorno, como son escuelas, centros de atención médica, mercados, entre otros. Esta falta de inspección administrativa impidió que se supervisara y aprobara lo construido, por lo que se detectó que las construcciones y sus materiales no cumplieron con los estándares establecidos, convirtiéndose en espacios inhabitables, poco funcionales, tanto de las viviendas como de los entornos, agravado por la deficiencia de los servicios públicos. (Borja, 2016d)

Es el caso del AMG, las viviendas ubicadas en condiciones de habitabilidad de mayores rezagos son las periferias de los municipios de Tonalá, El Salto y Tlaquepaque. En cambio, en cuanto al acceso a los servicios básicos dentro de la metrópoli, mucho se ha avanzado hacia la dotación plena durante las últimas décadas. El municipio de Guadalajara, capital del Estado de Jalisco, ha alcanzado una cobertura que en los tres servicios (agua, drenaje y electricidad) supera el 99% de las viviendas. Sin embargo, los municipios de Tlaquepaque y Tonalá, siendo parte formal del AMG aún no son lo debidamente abastecidos de agua y drenaje. (ONU-HÁBITAT, 2014: 31)

En general, la cobertura del servicio de agua potable en el AMG, tiene una cobertura del 95.3%; sin embargo, en algunos distritos y barrios de la misma se tienen sectores sin el servicio o con servicio

limitado y los cortes de agua, mayormente ocurridos en época de primavera y verano, los más calurosos, son constantes. Entre los sectores con desabasto destacan las zonas periféricas de los municipios de Tonalá, Tlaquepaque, Tlajomulco, El Salto y Zapopan. (ONU-HÁBITAT, 2014: 31)

Respecto al drenaje, la medición del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) presenta cifras de cobertura al 98.7% al 2010, cifra algo menor que las viviendas con excusado (99.4%), y mayores a las viviendas con agua entubada (95.3%). Esta disparidad se debe a que se agrupa en dicha cifra las viviendas particulares habitadas que tienen drenaje conectado a la red pública, fosa séptica, barranca, grieta, río, lago o mar, según la propia definición del INEGI. En cuanto a las viviendas con excusado, las cifras incluyen indudablemente sanitarios secos, ya que presentan mayor grado de cobertura que el agua potable y la conexión al drenaje. Con respecto a la cobertura de la red eléctrica, ésta es casi total, sin embargo, se incluyen un gran número de conexiones irregulares y de riesgo. (ONU-HÁBITAT, 2014: 32)

El sistema de conexión vial en las ciudades es importante, ya que contribuye a la fluidez económica y social, lo que permite la interacción entre sus habitantes. La cifra promedio que presenta el AMG es positiva en términos generales, ya que cuenta con importantes vialidades y su diseño reticulado lo facilita; sin embargo, son evidentes los congestionamientos y la excesiva contaminación que los vehículos automotores producen, por lo que se debe pensar en apoyar a los nuevos modelos implementados como son las ciclovías y bicicletas públicas.

Las vialidades inconclusas y la falta de continuidad de vialidades primarias han generado problemas de conectividad en determinadas zonas urbanas, particularmente en el nororiente y oriente de la ciudad del municipio de Guadalajara. Adicional al modelo de fraccionamientos residenciales cerrados que privatizan sus calles y su acceso

se restringe, provocando repercusiones considerables en la conectividad porque impide un flujo natural y homogéneo, generando problemas de congestión. Un caso ejemplificativo de esta situación es en los fraccionamientos ubicados en la denominada “Zona Real”, localizada en el municipio de Zapopan, (ONU-HÁBITAT, 2014: 43) aunque también los hay en el municipio de Guadalajara y Tlajomulco.

De esta manera se observa que las dinámicas del mercado van más rápido que la elaboración y ejecución de los planes y proyectos, rebasando la capacidad del Estado y de sus autoridades para organizar y controlar el crecimiento de las ciudades, por lo que, en el ámbito práctico-político, los gobernantes deben establecer constantemente prioridades o simplemente interpretar permisivamente lo que exigen el negocio mercantil o las demandas ciudadanas. (Borja, 2016) El Estado se ve obligado a realizar los mayores esfuerzos por lograr la integración al tejido social de los asentamientos humanos, por muy precarios o que físicamente descompuestos estén. (Salas, 2006: 6)

Jordi Borja (2016a) señala que “cada época debe reconstruir el urbanismo” que, aun cuando se viva en un mundo global, los impactos y problemas son específicos de cada ciudad considerando las diversas condiciones a las que está sometido, tanto físicas, económicas, sociales o jurídicas y que las propias ciudades, mediante la implementación de estrategias adecuadas, deberán afrontar. (Salas, 2006: 2) Es parte de la sobrevivencia del ser humano, de ahí que surjan las condiciones mínimas de habitabilidad como un derecho, las que son necesarias para el ser humano, desde que nace hasta que muere.

Por lo que se trata de un problema relativo a la gobernabilidad del sistema, entendiendo ésta como las relaciones entre actores y las reglas formales e informales del modo en que se opera; es decir, la interacción entre gestión urbana, voluntad política, así como marco normativo e institucional que gobierna la política. (Winchester, 2006: 8) En el caso mexicano, a partir del año 2002 se instituyeron programas de carácter social que apoyó a los sectores con mayo-

res carencias: alimentaria, salud, educación, trabajo, y sin duda, de la seguridad y certeza jurídica sobre su propiedad, tanto territorial como de vivienda.

Todos estos problemas se englobaron en programas que tenían como meta la “superación de la pobreza urbana”. Entre ellos, destacó el Programa Hábitat de la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), el cual pretendió modificar de manera integral el entorno urbano y los patrones de crecimiento de las ciudades, así como impulsar la organización, la capacitación para el trabajo y la mejora de la calidad de vida de la población residente en zonas marginadas del desarrollo urbano. Posteriormente, el programa Hábitat fue reestructurado y se convirtió en un programa especializado en la introducción de servicios básicos de infraestructura, equipamiento urbano a escala de barrio, recuperación de espacios públicos, regularización de la tenencia de la tierra, protección del medio ambiente, apoyos a centros históricos declarados por la UNESCO, y a ciudades con ciertas características: fronterizas, turísticas, petroleras y zonas metropolitanas, y de manera complementaria en la implementación de cursos o talleres de capacitación, así como de exámenes médicos y campañas de salud. (Ordóñez, *et. al.*, 2013: 233, 237, 260 y 261)

Con ello se demostró que el hábitat no se circunscribe a un sólo espacio o una sola actividad, sino a una serie de acciones que se relacionan y aportan al bienestar del ser humano, considerando que las amenazas a la seguridad humana afectan a su seguridad económica, de salud, ambiental, personal, de la comunidad, y política. Dentro de la seguridad ambiental está la sostenibilidad urbana, la cual revisa situaciones de hacinamiento, migración de población rural hacia las ciudades y la saturación de los servicios básicos. (Lárraga, s.f.: 6)

En este sentido, el Programa Hábitat resultó con gran éxito mejorando la calidad de vida de sus habitantes, ya que se enfocó en aquellos espacios con carencias significativas, por lo que se destinaron importantes inversiones para dotarlos de mejor infraestructura

y servicios urbanos, así como para desarrollar programas sociales al interior de las comunidades, incluso, con la participación de sus habitantes, lo que fomentó el sentido de pertenencia mucho más arraigado a sus espacios tanto públicos como privados. Se trató, por tanto, de mejorar sus condiciones de habitabilidad, ya que los problemas urbanos son multifactoriales y la sostenibilidad urbana, pretende alcanzar metas que van más allá de una visión del presente inmediato, hacia aquél que proteja a las siguientes generaciones. En este sentido se planteó la erradicación de la pobreza, el cambio de los patrones de consumo y producción, la protección de los recursos naturales como objetivos globales y requerimientos esenciales para el desarrollo sostenible. (Winchester, 2006: 14; BID, 2011: 9)

1. La habitabilidad como factor de la sustentabilidad urbana

La sustentabilidad urbana se basa en cuatro dimensiones a reconocer en el medio ambiente urbano: a) habitabilidad, b) equidad, c) competitividad y, d) gobernanza, reflejando el contexto social y las metas individuales. Éstas representan los objetivos irrenunciables del vivir humano al incorporar elementos éticos para la vida en la ciudad (Torre, 2009: 8) y de su conformación, así como de su correlación y equilibrio, lo que dependerá el éxito y desarrollo integral de los habitantes de las ciudades, siendo éste el sujeto central y el más importante de toda relación y a partir del cual se desprendan las diversas dimensiones enunciadas.

Conforme al Diccionario de la lengua española, habitabilidad es “la cualidad de habitable y, en particular la que, con arreglo a determinadas normas legales, tiene un local o una vivienda”. (Diccionario de la lengua española, 2016) De dicho concepto y bajo este enfoque se desprenden tres ideas principales: a) habitar como vivir

o morar; b) bajo determinadas normas legales, y que c) se trata de un espacio particular (local o vivienda).

Para Hábitat (ONU, s.f.: 53) las necesidades, las que podrán ser de diversa índole, serán la satisfacción de las demandas del ser humano para que éste resuelva positivamente su potencialidad. Por ello, reclaman que la vivienda sea el espacio construido que tenga la cualidad de habitabilidad para los seres humanos. Por ello, las Constituciones de diversos países señalan que esta deberá ser digna y decorosa. La trascendencia de este aspecto radica en que las situaciones en que se carece de esas condiciones son manifestaciones de privación y, en la generalidad de los casos, también de desigualdad, la que se demuestra mediante la diversidad de la calidad de las viviendas.

La habitabilidad va más allá de un espacio limitado a un local o a una vivienda; incluso, en algunas legislaciones urbanísticas, el concepto se ha extendido para abarcar a la ciudad como el entorno que (des) protege al ser humano y no sólo de aquél en donde éste pueda estrictamente vivir o morar, aun cuando la vivienda se inserta en un espacio físico de la ciudad cuyo entorno indudablemente también le afecta. Desde este enfoque, la crisis de habitabilidad actual es provocada por el crecimiento poblacional, la fragmentación urbana y la segregación social. (Caballero, 2013: 21)

Así Litman, citado por Páramo (2013: 192) define la habitabilidad como “el subconjunto de impactos de sostenibilidad que afectan directamente a las personas en una comunidad, como el desarrollo económico, la accesibilidad a la salud pública, la equidad social o la exposición a la contaminación”; es decir, refiere a todos aquellos aspectos que impactan al ser humano en su vida cotidiana.

Ahora bien, cuando se enfoca dicho concepto desde una perspectiva urbana, se denomina habitabilidad urbana, lo que abarca entre otros aspectos el estudio de las cualidades que se desarrollan en el medio ambiente urbano al exterior de los espacios arquitectónicos con entornos exitosos y aceptados por el público, pero que a

la vez satisfagan las necesidades objetivas y subjetivas de los individuos y grupos que los ocupan (Moreno, 2008: 52), como son la infraestructura y equipamiento urbano mediante vialidades trazadas adecuadamente, espacios públicos seguros y ecológicos, centros de abastos, de educación y salud ubicados de manera cercana a las viviendas, entre otros.

Acertadamente para el Programa Hábitat, la calidad de vida y las condiciones de habitabilidad de las viviendas, es uno de los calificativos denominados de impacto, aunado a la disponibilidad de los servicios urbanos básicos e infraestructura complementaria, así como la satisfacción de las condiciones físicas y sociales del entorno urbano. (Ordóñez, *et al.*, 2013: 253) En el mismo sentido, en la Observación general número 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpretó que dicho derecho incluía elementos como la accesibilidad, la habitabilidad y la ubicación adecuada. (ONU, 2011: 14) De este último, se desprende que la habitabilidad es un elemento de la vivienda y no una característica en sí misma como algunos autores lo establecen.

Es así que Alcalá, citado por Lárraga (s.f.: 4), comprende la “habitabilidad en el espacio urbano como una condición de calidad de vida donde la vivienda está integrada físicamente a la ciudad, con buena accesibilidad a servicios y equipamientos, rodeada de un espacio público de calidad”. Así, la habitabilidad urbana está determinada por la relación y adecuación entre el hombre y su entorno y se refiere a cómo cada una de las escalas territoriales es evaluada según su capacidad de satisfacer las necesidades humanas, correspondiendo a la autoridad realizar dicha evaluación para determinar y garantizar que, tanto la vivienda o local en conjunto con el entorno, son aptos para el ser humano.

Para Torre (2009:10) la habitabilidad se entiende como “una cierta cualidad del espacio en que viven las personas; cualidad que cataloga el habitar humano aceptable o satisfactorio, en algunos casos, o

como positivo, en otros”. Así mismo, Moreno (2008: 50) observa a la ciudad como “el espacio territorial en el que el ser humano se desenvuelve y desplaza activamente de manera integral”. El concepto, en consecuencia, se relaciona con el territorio y con el conjunto de atributos que lo cualifican, donde se localiza y vive el ser humano. (Páramo, *et. al.*, 2013: 189)

En congruencia con lo anterior, de acuerdo con Cerdá citado por Jordi Borja (2016), los fundadores del urbanismo parten de los siguientes principios que deben existir en las ciudades:

- a) garantizar a todos los habitantes por igual el acceso a los bienes y servicios que son comunes o necesarios a todos (vivienda, transportes, reconocimiento, espacio público, etcétera), y
- b) contribuir a las transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas con el fin que el objetivo (derecho) anterior sea realmente efectivo.

Por tanto, “definir la habitabilidad sólo en términos de vivienda refleja una mirada reduccionista en la medida en que desconoce su vinculación con su entorno y el diseño urbanístico de la ciudad”, (Páramo, *et. al.*, 2013: 190) ya que toda vivienda debe integrarse positiva e integralmente al espacio urbano que la contiene físicamente, con la suficiente dotación de servicios y espacios públicos, infraestructura y equipamiento urbano.

La mejora combinada de la funcionalidad urbana y de las condiciones de habitabilidad constituyen un desafío para los responsables de la formulación de políticas urbanas y exige un enfoque integrado, proactivo y sistemático de la planificación normativa y de la gestión urbana, lo que implica un estrecho vínculo con el sector privado (Winchester, 2006: 14; Torre, 2009: 10), sobre todo con la observación y cumplimiento de las normas urbanísticas.

La referencia con el sector privado reside en su participación directa en la gestión del uso del suelo, ya sea como promotor in-

mobiliario, constructor de vivienda, fraccionador, y demás aspectos de importancia para la habitabilidad de los asentamientos urbanos, como es el trazado de las ciudades y su estética, la seguridad, el significado de los entornos urbanos, criterios en el uso de la tierra, la densidad de la población, la existencia de los equipamientos básicos, el acceso a los servicios públicos y al resto de las actividades propias de los sistemas urbanos, pero sobre todo la calidad de los espacios (Lárraga, s.f.), cuyas actividades deberán apegarse a lo dictado por las leyes correspondientes.

Ahora bien, en el AMG muchos aspectos influyen en las percepciones individuales acerca de la calidad de vida; las relaciones interpersonales, la satisfacción con algunos bienes y servicios (privados o públicos), el estado de salud (física o mental), la seguridad económica, las características del vecindario, etcétera. En 2014, en el AMG el 71% de las personas califica su calidad de vida por arriba de 60 y el 6% se ubican entre 91 y 100%. Cabe señalar que, según las entrevistas, en los municipios de Guadalajara, Zapopan y Tlaquepaque se vive mejor que en los municipios de Tlajomulco, El Salto y Tonalá. Ante la pregunta ¿qué necesita usted para vivir bien? Respondieron con frecuencia lo siguiente: salud, casa o vivienda, la seguridad y pavimentación. (Observatorio Ciudadano de Calidad de Vida, 2014: 5-6) Como se observa, indudablemente, la habitabilidad es uno de los elementos que contribuyen a la calidad de vida.

Por ello, la calidad de vida en las ciudades implica considerar las siguientes dimensiones: a) las necesidades de la demanda (requerimientos de la población); b) la efectiva oferta de la ciudad en servicios y prestaciones; c) la articulación o conectividad entre necesidades y prestaciones; y d) la postura del sistema político institucional. (Discoli, *et. al.*, 2010: 97 y 101)

La (in) satisfacción de cada uno de estos elementos estarán reflejados en las condiciones de vida o habitabilidad de los asentamientos humanos, ya que cuando la precariedad urbana se concentra en

algunos barrios o sectores de la ciudad, como ya se ha mencionado, se observan problemas de habitabilidad e informalidad de la propiedad, así como ineficiencia en el acceso al agua potable, el saneamiento, la electricidad y a la tenencia de la tierra. (Jordán, *et. al.*, 2009: 10 y 18) Por este motivo la urbanización crea una mayor demanda de actividades y servicios por parte del Estado, para cuyo financiamiento, a su vez, requiere de mayores recursos. En la medida en que el gasto público tiende a crecer en mayor proporción que el ingreso, se observan dificultades para satisfacer la gran demanda de bienes y servicios públicos que trae la urbanización. (BID, 2011: 8)

Factores como la presión de las entidades financieras de promotores y constructores, propietarios de suelo, grandes y pequeños, la especulación e incluso la corrupción, son realidades que superan a las autoridades, desfavoreciendo el bienestar de la población ampliando aún más la brecha de desigualdad, aunado a la degradación del medio ambiente que, como consecuencia, deviene en la insostenibilidad urbanística.

2. El certificado de habitabilidad en el Código Urbano y el Reglamento de Gestión del Desarrollo Urbano del Ayuntamiento de Guadalajara, todos ordenamientos del Estado de Jalisco, México

En Jalisco, México, el AMG –integrada por los municipios de Guadalajara, Zapopan, Tonalá y Tlaquepaque– pasó, desde 2009 de cuatro a ocho municipios, con la inclusión de los municipios de Tlajomulco de Zúñiga, El Salto, Juanacatlán e Ixtlahuacán de los Membrillos (Poder Legislativo del Estado de Jalisco, 2009^a) Dicha área está catalogada como la segunda más poblada de la República Mexicana y sólo es superada por la Zona Metropolitana del Valle de México. En el AMG se concentran 4.4 millones de habitantes, que representan 60.3% de la población total de Jalisco, un poco más de la mitad de

la población total del Estado, en una superficie de 2.734 km², arrojando una densidad poblacional de 1,622 habitantes por km², siendo Guadalajara el municipio más poblado con cerca de 1.5 millones de habitantes. Por su parte, el municipio de Juanacatlán es el que tiene la menor población. (Gobierno del Estado de Jalisco, 2012)

Las consecuencias ya se han descrito: despilfarro de recursos, altos costos ambientales, incoherencias urbanísticas, degradación del capital fijo productivo, conjunto de viviendas sin ciudad, grandes equipamientos aislados, usos y precios del suelo en donde se imponen más los criterios de mercado dejando fuera de prioridad las necesidades de habitabilidad segura, tales como el manejo de sistemas de trazo urbano adaptados a la topografía del territorio, cumplimiento de las cuotas de ocupación de suelo con propósitos urbanizables, mantenimiento de infraestructura y equipamiento urbano, entre otros. Lo que deriva un malestar generalizado y en una progresiva conciencia de que se trata no sólo de una pésima gestión del territorio, sino, además, de una injusticia espacial. (Borja, 2016c; Caballero, 2013: 24-25)

Los terrenos en donde se asienten las personas deben ser aptos de acuerdo a los elementos básicos de seguridad, infraestructura y servicios. Dado su grado de carencias se podrían clasificar en precarios, degradados e hiperdegradados (Hernández, 2014: 162), en cuyos casos es fácil imaginar qué tipo de deficiencias tienen cada uno de ellos, partiendo de lo malo y terminado en lo peor.

En estos escenarios los desastres urbanos aparecen más como prácticas humanas que como efectos de la naturaleza, dado que el ser humano no atendió a las características mediambientales y requisitos de sostenibilidad. En este contexto es que se convierte en imperativo que los sistemas constructivos y la normativa urbana se adapten a diferentes condiciones geológicas, topográficas y climáticas que deben ser consideradas en los reglamentos de zonificación que regulan el uso del suelo según la función o destino que se preten-

da dar. Recordar que la ciudad y la planificación urbana no es para las edificaciones, sino para las personas. (Caballero, 2013: 20 y 23)

Desde el enfoque socio-ambiental, la complejidad de lo urbano y la comprobación de los resultados de la crisis de las ciudades y de la crisis del urbanismo como disciplina reguladora, no ha hecho sino situar la necesidad de planificar más: el urbanismo se demuestra más necesario que nunca, y las herramientas que ha desarrollado a lo largo de su historia siguen siendo de gran utilidad, pero ha sido necesario complementarlas con nuevas herramientas concebidas para hacer frente a la complejidad (Verdaguer, 2014: 22) de forma tal que se permita vigilar y corroborar que los proyectos o lo planeado esté bien hecho y ajustado a la norma urbanística.

Aparecen figuras jurídicas que se integran a estos procesos de autorización y vigilancia, como son las licencias de construcción, los certificados de habitabilidad, los estudios de factibilidad, entre otros, otorgados por el ayuntamiento a través de sus áreas correspondientes, como lo es el caso de la Secretaría de Obras Públicas del ayuntamiento de Guadalajara, al que se ha considerado en su Reglamento para efectos del presente análisis.

La licencia de construcción es el documento oficial que autoriza el inicio de la obra de edificación, la que deberá estar conforme al proyecto definitivo de urbanización. Este último integra el conjunto de elementos que tipifican, describen y especifican detalladamente las acciones urbanísticas, y que incluyen los estudios técnicos necesarios para autorizar su ejecución con apego a las reglamentaciones aplicables; elaborado por un director responsable de proyectos o varios, con especialidad en la materia. Por tanto, este documento es el que técnicamente debe establecer la viabilidad del proyecto, ya que contiene todos los estudios necesarios que demuestran que es apto para la seguridad y sostenibilidad humana. Es el documento o requisito previo para la expedición del certificado de habitabilidad.

El certificado de habitabilidad, conforme el artículo 362 del Código Urbano del Estado de Jalisco (CUEJ), le considera como el acto administrativo definitivo, específicamente como un acto declarativo, que reconoce, sin modificar, una situación jurídica del administrado, necesaria para la realización de algún trámite o acto administrativo; tales como certificaciones, dictámenes técnicos, actos registrales, expedición de constancias, contestación de peticiones que no implican ningún otro acto administrativo o análogo. Entre estos están, además, el dictamen de uso del suelo, el dictamen de trazo, uso y destinos específicos, el acuerdo que determina la procedencia para realizar la entrega y recepción de obras de urbanización, los dictámenes y certificaciones previstas en los ordenamientos urbanísticos y el propio certificado de habitabilidad.

Conforme el artículo 290 del CUEJ, el certificado de habitabilidad lo expedirá la Dependencia Municipal, respecto de toda edificación que pretenda utilizarse para cualquier actividad humana, una vez que se haya realizado la inspección que compruebe que el inmueble está habilitado para cumplir con las funciones asignadas, sin menoscabo de la salud e integridad de quienes lo vayan a aprovechar, además, se deberá verificar que las obras se hayan realizado conforme a los permisos y proyectos autorizados.

Así como también por los documentos requeridos por la Secretaría de Medio Ambiente y Ecología, de la Dirección de Protección Civil y Bomberos, así como del Sistema Intermunicipal de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado. (Ayuntamiento de Guadalajara, 2006) Sin embargo, se observa que los ayuntamientos expiden los certificados de habitabilidad con las negativas consecuencias mencionadas en párrafos anteriores, lo que implica que existe incumplimiento en la ejecución de la norma estatal y reglamentaria.

En el caso de la obra pública, para la programación de ésta conforme a la Ley de Obra Pública del Estado de Jalisco (LOPEJ), los entes públicos deben considerar: a) los objetivos, metas y previsiones

de recursos establecidos en el presupuesto de egresos del estado; b) los estudios de preinversión necesarios para definir la factibilidad técnica, económica, ecológica y social de la obra; c) los permisos, autorizaciones y licencias necesarias; d) las características ambientales, climáticas y geográficas de la región donde se realice la obra pública; e) los requisitos, provisiones, usos, reservas y destinos de áreas y predios para la obra, conforme a los planes y programas de desarrollo urbano; f) la aplicación de la legislación urbanística, en lo procedente; entre otros requisitos.

Por su parte, los estudios de factibilidad son las constancias ambientales o de impacto urbano que permiten comprobar que el desarrollo inmobiliario será complementado y servido por cierto nivel de infraestructura urbana. Sin embargo, como ya se mencionó, aunque estos estudios se realicen y se autoricen por las autoridades correspondientes, muchas veces falta dar seguimiento en cuanto a supervisión y verificación. Esto da pie a que, durante el proceso de construcción, el desarrollo aumente la cantidad de usuarios sin incrementar la capacidad de la infraestructura. Algunos críticos del requisito de estudios de factibilidad de servicios argumentan que los procesos son demasiado tardados y así impiden el desarrollo de la ciudad. (Ramos, *et. al.*, 2014: 22-23)

Debe considerarse que los documentos normativos en comento deben cobrar especial importancia, sobre todo cuando la tendencia poblacional es que en el AMG se concentrará (conformada ésta por 8 municipios del Estado de Jalisco) las dos terceras partes de la población, mientras que en los otros 118 municipios la población disminuirá. Además, el AMG, por su significación especial dentro del sistema urbano de Jalisco y de una región más amplia de occidente de México, representa un espacio urbano particularmente complejo y desafiante en términos de sustentabilidad urbana. Este tipo de crecimiento ha sometido a los municipios a una creciente demanda en materia de servicios urbanos por encima de cualquier

proyección; con impactos consecuentes en la calidad de vida de su población, en el deterioro del tejido social y en el medio ambiente. (Gobierno del Estado de Jalisco, 2013: 120-122)

Así, sin descartar otro tipo de documentación oficial, las arriba señaladas se complementan y son necesarias para que, al menos se procure garantizar los derechos humanos de las personas y, por tanto, elevar su calidad de vida, en virtud de que mediante éstos la autoridad corrobore la propuesta autorizada por un particular y que los resultados sean conforme a la misma y no otro distinto a lo autorizado. Los documentos aludidos son congruentes y pretenden dar cumplimiento con el artículo 115 fracción III y V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). (Congreso de la Unión, 1917)

La fracción III del artículo 115 de la CPEUM, enumera los servicios básicos que los municipios deben proporcionar a sus habitantes, los que surgen en atención a las diversas funciones de los gobiernos municipales y el aprovechamiento de la obra de carácter público para el desarrollo de los servicios. “La obra pública constituye la infraestructura con que cuenta el municipio y forma parte de sus bienes”, (INAFED, 2015: 5) integrándose como el elemento inicial que propicia la prestación de un servicio público, como es el agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales; alumbrado público; limpia, recolección, traslados, tratamiento y disposición final de residuos; mercados y centrales de abasto; panteones; rastro; calles, parques y jardines y su equipamiento; seguridad pública y demás necesarias para el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan.

Conforme la fracción V del artículo 115 de la CPEUM, es facultad de los municipios formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; participar en la creación y administración de sus reservas territoriales; participar en la formulación de planes de desarrollo regional; autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, en el ámbito de su competencia; intervenir

en la regularización de la tenencia de la tierra urbana; otorgar licencias y permisos para construcciones; participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia; entre otras materias relacionadas con el tema urbano.

En este contexto, se observa que se atribuye a los gobiernos municipales la facultad para ejercer el control efectivo sobre las acciones urbanísticas y son, en esta instancia, responsables de la disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad y calidad de los servicios; ya que debe asegurar que los servicios sean prestados de acuerdo con los estándares internacionales y nacionales existentes.

Los gobiernos deben apoyar la creación de un entorno propicio, así como las condiciones marco que conduzcan a la realización progresiva de los servicios básicos de saneamiento para todos; (ONU, 2012: 21) es decir, verificar que se cumplan las condiciones de habitabilidad conforme a una planificación establecida.

El equipamiento urbano se refiere al conjunto de bienes, construcciones, instalaciones y mobiliario utilizados para prestar a la población los servicios urbanos y desarrollar las actividades económicas; se clasifica en: a) obras básicas, como las redes generales que permiten suministrar en las distintas unidades territoriales y áreas que integran el centro de población, los servicios públicos de vialidad primaria municipal, agua potable, drenaje sanitario y pluvial, energéticos y telecomunicaciones; y b) obras de urbanización, como aquellas acciones técnicas realizadas con la finalidad de transformar el suelo rústico en urbano; o bien, adecuar, conservar o mejorar los predios de dominio público, redes de infraestructura y equipamiento destinados a la prestación de servicios urbanos.

Para efectos del presente estudio, el artículo 8º de la LOPEJ, considera obra pública la infraestructura y equipamiento para la prestación de servicios públicos, las obras de irrigación, introducción, ampliación y mejoramiento de las redes de infraestructura básica

para agua potable, drenaje, alcantarillado y electrificación, para la consolidación de los asentamientos humanos; las obras para caminos, vialidad urbana, tráfico y transporte colectivo; las obras que coadyuven a la conservación del medio ambiente; las obras necesarias ante contingencias derivadas de caso fortuito o fuerza mayor, entre otros, todos ellos son elementos necesarios para la adecuada habitabilidad del entorno urbanístico al servicio del ser humano.

La infraestructura y el equipamiento en los centros de población, conforme el artículo 207 y siguientes del CUEJ, se genera y opera con la concurrencia del Gobierno Estatal, los Ayuntamientos y la participación de los sectores social, privado y los particulares. Las acciones relativas a la infraestructura y el equipamiento para administrar los servicios públicos básicos en los centros de población, corresponden a los Ayuntamientos.

De esta manera, las obras de infraestructura y equipamiento que se requieren para proporcionar los servicios públicos en predios donde se realicen acciones de crecimiento, corresponden a los titulares de los inmuebles o urbanizadores, y las que se requieran para proporcionar los servicios públicos en áreas y zonas donde se realicen acciones de conservación o mejoramiento, corresponden a la autoridad competente y en su caso, a los titulares y habitantes de los predios o fincas, así como en su caso a los urbanizadores que, conforme el artículo 214 del CUEJ aportarán, realizando las obras o mediante convenio con el Ayuntamiento, a la construcción o mejoramiento de la vialidad, de la infraestructura, del equipamiento y de las instalaciones, que en forma directa se requieran para su integración a la estructura urbana del centro de población para su adecuado funcionamiento y cumplimiento con la normatividad vigente.

De acuerdo con el artículo 212 del CUEJ, toda acción urbana que requiera infraestructura para su incorporación o liga con la zona urbana, así como aquellas acciones urbanísticas y demás condominios o conjuntos habitacionales que por su naturaleza o la magni-

tud de sus efectos en el contexto urbano, se prevea que presenten impactos significativos de alcance zonal urbano o regional, deberán observar los requerimientos mínimos en los temas de vías públicas; drenaje y alcantarillado; consumo y ahorro de agua en construcciones o edificaciones, desplegando cada uno de ellos las acciones propias de cada actividad, como son vialidades, andadores peatonales, redes de telefonía, planta o sistema de tratamiento de aguas residuales, dispositivos de captación, control y regulación de aguas pluviales, y además que sean de apoyo para la explotación de energía sustentable, incluyendo los servicios e instalaciones especiales que requieran las actividades de la industria, el comercio y los servicios que garanticen la accesibilidad universal, la inclusión social y las asistencias técnicas, relacionados con la habitación, el trabajo, la educación, el esparcimiento y la movilidad. Dichos indicadores son, precisamente, de lo que carecen los asentamientos irregulares, en virtud de no contar con una adecuada planificación urbanística, incluso, áreas al interior del AMG.

Retomando el concepto y considerando que es el ayuntamiento en quien recae la principal responsabilidad para ejecutar la planificación urbanística, la habitabilidad no es dada, sino creada al atender a las condiciones acústicas, térmicas y de salubridad, incluyendo el ahorro de energía y las de carácter renovable. (Moreno, 2008: 53)

En este contexto, conforme el artículo 10 del CUEJ entre sus atribuciones está expedir el certificado de habitabilidad; acción relacionada con el cumplimiento de los objetivos del sistema de planeación urbanística que tiendan a mejorar la calidad de vida de las personas en un ambiente sustentable.

Cabe señalar que, el artículo 241 y 291 del CUEJ, persigue el enfoque en cuanto a la habitabilidad desde las condiciones adecuadas de vivienda o de un local, ya que el numeral establece que no se deberá expedir el certificado de habitabilidad a edificación alguna, en tanto no se reciban por el ayuntamiento las respectivas obras de urba-

nización, que pretenda utilizarse para cualquier actividad humana, una vez que se haya realizado la inspección que compruebe que el inmueble está habilitado para cumplir con las funciones asignadas, sin menoscabo de la salud e integridad de quienes lo vayan a aprovechar. Para otorgar el certificado de habitabilidad, se deberá acreditar en el dictamen de la dependencia municipal que se ejecutaron las obras de conformidad con los planos autorizados en la licencia de edificación expedida por el ayuntamiento.

Sin embargo, es el Reglamento, particularmente el del ayuntamiento de Guadalajara (2013), el que desarrolla la habitabilidad conforme al enfoque como un todo de la sociedad, es decir, considerando que los servicios públicos prestados, propiciará que los habitantes alcancen los objetivos de salud, educación, económicos, seguridad vial, movilidad y ambientales, es decir, de sustentabilidad.

El artículo 245 del CUEJ, establece que para proceder a la recepción de las obras de urbanización, se requerirá que se haya: a) ejecutado las obras de infraestructura básica, las propias de la acción urbanística y cumplido con los requisitos establecidos en el Proyecto Definitivo de Urbanización; b) formalizado la entrega de las áreas de vialidad y de los espacios para las instalaciones públicas y otras áreas de cesión para destinos; c) realizado los pagos por los conceptos previstos conforme los procedimientos y tarifas que se determinen en las leyes hacendarias y de ingresos municipales o en su caso, garantizado el interés fiscal; y d) en su caso, reparado los daños que hubieren afectado áreas públicas, a terceros, al medio ambiente, o invadido servidumbres. Mostrándose el enfoque integral de la habitabilidad.

De acuerdo con el artículo 291 del CUEJ, el certificado de habitabilidad se solicitará por el titular de la finca a la dependencia municipal, acreditando el pago del derecho que fije la Ley de Ingresos Municipal; se acompañará a la solicitud la comunicación escrita o dictamen del perito responsable, donde harán constar las condiciones de la edificación y su habitabilidad, referidas a su utilización

específica, y recibida la solicitud, se practicará la inspección y se dictaminará otorgando o negando la certificación de habitabilidad.

El artículo 301 del ordenamiento aludido señala que el acto de entrega y recepción de las obras de urbanización se verificará en el lugar donde se ubiquen, ante Notario Público, verificando el cumplimiento del Proyecto definitivo de urbanización; la descripción de las áreas de cesión y sus fines públicos específicos; la declaración por parte del municipio de que recibe del urbanizador, la posesión de las áreas de cesión o aceptó su permuta; la declaración por parte del municipio de que recibe a satisfacción las obras de urbanización y que asume la responsabilidad de proporcionar los servicios públicos municipales; en caso de la acción urbanística por objetivo social, cuando la asociación de vecinos haya solicitado y obtenido la administración de servicios públicos municipales, la indicación de los servicios concesionados y la declaración de su representante respecto a la recepción de las obras de infraestructura y equipamiento urbano correspondientes, entre otros.

Si como resultado de la inspección y el cotejo de la documentación correspondiente, apareciera que la obra no se ajustó a las normas, restricciones y licencias autorizadas, la Secretaría de Obras Públicas aplicará las sanciones correspondientes y ordenará al propietario, efectuar las modificaciones que fuesen necesarias y en tanto éstas no se ejecuten a satisfacción de la propia dependencia, no se autoriza el uso y ocupación del edificio o área urbanizable. Todo ello con la finalidad de garantizar no sólo mejorar la calidad de vida sino también la seguridad de las personas.

Conclusiones

En México la crisis urbana se agudiza y parece no tener la capacidad para satisfacer las necesidades de sus habitantes. Los problemas de concentración de la población, contaminación y crecimiento exten-

didó, continúan siendo los mismos que el iniciado en la década de los cuarenta, incluso se acentúan.

Los asentamientos irregulares siguen apareciendo, así como colonias o fraccionamientos cuyas viviendas carecen de infraestructura y servicios básicos complementarios insuficientes, lo que debilita la estructura urbana y social. En el Área Metropolitana de Guadalajara (AMG), Jalisco, México, conformada por ocho municipios, se identifica la cobertura desigual en infraestructura y servicios, con disparidades importantes de urbanización y desarrollo entre municipios y entre colonias de los mismos. Mientras unas colonias tienen todos los servicios e infraestructura urbana, otros en cambio, carecen totalmente de ellos o son insuficientes para el bienestar de sus habitantes.

Los desarrollos habitacionales y sus viviendas son los principales motores de concentración de la población. Aquélla se ha constituido por la dinámica de la oferta, la demanda y, aunado a la facilidad en la entrega de recursos del gobierno federal, incluso a la iniciativa privada, ha facilitado que prospere la construcción sin respetar el espacio público ni su adecuada incorporación o adaptación con el medio ambiente, quedando fuera de las normativas de construcción; es decir, los estándares técnicos y normativos no se cumplen o son deficientes. No existe funcionalidad o los entornos son inadecuados, agravado por la deficiencia de los servicios públicos.

Así, el hábitat no se circunscribe a un sólo espacio (como lo es la vivienda) o una sola actividad (acciones urbanísticas), sino a una serie de actos que se relacionan y aportan al bienestar del ser humano, contribuyendo a su calidad de vida mediante la sostenibilidad urbana. En este sentido, se comprende a la habitabilidad como el subconjunto de impactos de sostenibilidad que afectan a las personas en una comunidad en su vida cotidiana. En consecuencia, se relaciona con el territorio y con el conjunto de atributos que lo cualifican, donde se localiza y vive el ser humano, en donde se incluye por supuesto, la vivienda.

En este contexto, el sector público y privado deben apearse al cumplimiento de las normas urbanísticas correspondientes, ya sea como gestor del uso del suelo, promotor inmobiliario, constructor de vivienda, fraccionador, al otorgar seguridad pública, cuidar del entorno urbano, de los criterios en el uso de la tierra, de la densidad de población, existencia de equipamientos básicos y el acceso a los servicios públicos y demás aspectos de importancia para la habitabilidad de los asentamientos humanos.

Las autoridades correspondientes deben estar atentos a que las necesidades de la demanda de la población; la oferta en servicios y prestaciones; la articulación entre necesidades y prestaciones; así como cuidar que el sistema político institucional y el sistema satisfactor o aparato técnico estén en equilibrio, articulados en armónica interacción para evitar desigualdades y permita una correcta organización del territorio a favor de sus habitantes.

Sin embargo, las dinámicas del mercado van más rápido que la elaboración y ejecución de los planes y proyectos, rebasando la capacidad del Estado y de sus autoridades para organizar y controlar el crecimiento de las ciudades. En este contexto, se convierte en imperativo que los sistemas constructivos y la normativa urbana deban adaptarse a diferentes condiciones geológicas, topográficas y climáticas que deben ser consideradas en los reglamentos de zonificación que regula principalmente el uso del suelo según la función o destino que se pretenda dar.

Destaca el certificado de habitabilidad como el trámite mediante el cual se verifica que las obras de edificación, infraestructura básica y de urbanización, se haya construido de acuerdo a los planos autorizados y lineamientos establecidos en la licencia de construcción correspondiente, entendiéndose ésta última como el documento oficial que autoriza el inicio de la obra de edificación que a su vez deberá estar conforme al proyecto definitivo de urbanización.

La importancia que cobra la expedición del certificado de habitabilidad es dada por la tendencia poblacional de que en el AMG (conformada por 8 municipios del Estado de Jalisco) se concentrará las dos terceras partes de la población, mientras que en los otros 118 municipios la población disminuirá. Sometiendo a los municipios a una creciente demanda en materia de servicios urbanos por encima de cualquier proyección, como mayor capacidad de disposición de agua y drenaje, recolección de basura, seguridad pública, iluminación, espacios públicos como vialidades, ciclovías y demás, con impactos consecuentes en la calidad de vida de su población, en el deterioro del tejido social y en el medio ambiente.

La autoridad federal, estatal o municipal, incluso la participación del sector privado, mediante la obra y los servicios públicos deberán satisfacer adecuadamente las necesidades de la ciudad, encaminando sus esfuerzos para lograr la habitabilidad no sólo de las viviendas, sino del entorno del ser humano.

Así, el artículo 115 fracción III y V de la CPEUM, refiere a las facultades otorgadas a los municipios para reglamentar en materia urbanística, entre ellas la de planificar, formular, aprobar y administrar la zonificación, otorgar licencias y permisos para construcciones, así como proporcionar servicios públicos a su población. Por lo que la habitabilidad no es dada, sino creada y en este contexto el Código Urbano, la Ley de Obra Pública y, para el caso en estudio, el Reglamento de Gestión Urbana del Ayuntamiento de Guadalajara, todos ordenamientos del Estado de Jalisco, establecen el procedimiento para la expedición del certificado de habitabilidad, siendo el ayuntamiento la autoridad que expide dicho documento en virtud de, como se mencionó, la previa existencia de la licencia de construcción que aprueba el inicio de la obra de edificación, la que deberá estar conforme al proyecto definitivo de urbanización.

Bajo ninguna circunstancia el ayuntamiento deberá recibir una obra de urbanización o edificación alguna y mucho menos expedir

el certificado de habitabilidad, hasta que se haya comprobado que es segura y que pueda utilizarse para la actividad humana y, en su caso que el inmueble esté habilitado para cumplir con las funciones asignadas, sin menoscabo de la salud e integridad de quienes lo vayan a aprovechar.

En este sentido, si bien el Código Urbano y el Reglamento de Gestión Urbana del ayuntamiento de Guadalajara son claros, se observa que su enfoque tiende a inclinarse hacia la habitabilidad de la vivienda y no le considera desde el enfoque holístico, integral o del entorno urbano, como es el de la obra pública necesaria para la prestación de los servicios públicos en un territorio determinado; ya que autoriza proyectos de construcción sin analizar las consecuencias medioambientales y socioeconómicas. Es el caso de la pretensión de densificar las ciudades de forma vertical, pero sin considerar la provisión de la infraestructura de urbanización y/o básica adecuada, lo que seguirá provocando problemas en las ciudades; ya que no se puede concentrar población sin un adecuado abastecimiento de vialidades, agua y drenaje, o servicios públicos en general como iluminación, centrales de abasto, etcétera, lo que afectará la habitabilidad, incluso de la propia vivienda.

Así pues, el concepto de habitabilidad conforme al Reglamento está definido como un trámite que recae en un documento generador del acto administrativo, mismo que tiene carácter declarativo; sin embargo, no lo está desde el enfoque doctrinal que exprese sus efectos, que son mucho más amplios al de la vivienda, ya que también debe considerarse aspectos del medio ambiente y del entorno social. Caso contrario, conforme a lo propuesto, propiciará que los habitantes de las ciudades alcancen los objetivos de salud, educación, económicos, seguridad vial, movilidad, ambientales, entre otros.

Fuentes

- Ayuntamiento de Guadalajara. (2006). *Reglamento de Gestión del Desarrollo Urbano para el Municipio de Guadalajara*. México: Ayuntamiento de Guadalajara. Recuperado en: <http://transparencia.guadalajara.gob.mx/sites/default/files/reglamentos/Reg.GestionDesarrolloUrbanoGuadalajara.pdf>
- BID. Banco Interamericano de Desarrollo. (2011). *Sostenibilidad Urbana en América Latina y el Caribe*. Washington, Estados Unidos: BID. Recuperado en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35786040>
- Borja, Jordi. (2016). *El urbanismo frente a la ciudad actual: sus desafíos, sus mediciones y sus responsabilidades (Introducción)*. 15 de febrero. Chile: Plataforma Urbana. Opinión. Recuperado en: <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2016/02/15/el-urbanismo-frente-a-la-ciudad-actual-sus-desafios-sus-mediaciones-y-sus-responsabilidades-introduccion-por-jordi-borja/>
- Borja, Jordi. (2016a). *El urbanismo frente a la ciudad actual: sus desafíos, sus mediciones y sus responsabilidades (Parte I)*. 24 de febrero. Chile: Plataforma Urbana. Opinión. Recuperado en: <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2016/02/24/el-urbanismo-frente-a-la-ciudad-actual-sus-desafios-sus-mediaciones-y-sus-responsabilidades-parte-i-por-jordi-borja/>
- Borja, Jordi. (2016c). *El urbanismo frente a la ciudad actual: sus desafíos, sus mediciones y sus responsabilidades (Parte III)*. 7 de marzo. Chile: Plataforma Urbana. Opinión. Recuperado en: <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2016/03/07/el-urbanismo-frente-a-la-ciudad-actual-sus-desafios-sus-mediaciones-y-sus-responsabilidades-parte-iii>
- Borja, Jordi. (2016d) *La vivienda popular, de la marginación a la ciudadanía (parte III)*. Chile: Plataforma Urbana. 19 de enero. Opinión. Recuperado en: <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2016/01/19/la-vivienda-popular-de-la-marginacion-a-la-ciudadania-parte-iii-por-jordi-borja/>
- Caballero Zeitún, Elsa Lily. (2013). “Los riesgos urbanos y la justicia urbana en Centroamérica”. *Anuario de Estudios Centroamericanos*. Costa Rica:

- Universidad de Costa Rica. Recuperado en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5075717.pdf>
- Congreso de la Unión. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Cámara Federal de Diputados.
- Diccionario de la lengua española. (2016). Voz: *Habitabilidad*. España: Real Academia Española.
- Discoli, Carlos, et.al. (2010). *Metodología para la evaluación de la calidad de vida urbana*. Bitácora 17. Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3392575.pdf>
- Gasteiz, Vitoria. (2010). *Plan de indicadores de sostenibilidad urbana*. España: BCN- Agencia de Ecología Urbana de Barcelona. Recuperado en: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/89/14/38914.pdf>
- Gobierno del Estado de Jalisco. (2013). *Plan Estatal de Desarrollo Jalisco 2013-2033*. México: Gobierno de Jalisco.
- Gobierno del Estado de Jalisco. (2012). *Zona Metropolitana de Guadalajara*. México: Gobierno de Jalisco. Recuperado en: <http://www.jalisco.gob.mx/print/jalisco/guadalajara>
- Hernández Rejón, Elda M. (2014). “Sustentabilidad y calidad de vida”. *Revista de Comunicación de la SEECI*. Núm. extraordinario. Diciembre. México: Universidad Autónoma de Tamaulipas. Recuperado en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4995143.pdf>
- INAFED. (2015). *Guía de servicios públicos municipales*. México: Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, SEGOB. Recuperado en: http://www.forodesdelocal.gob.mx/work/models/ADM/Resource/149/1/images/guia_servicios_publicos_municipales_2015.pdf
- Jordán, Ricardo y Martínez, Rodrigo. (2009). *Pobreza y precariedad urbana en América Latina y el Caribe. Situación actual y financiamiento de políticas y programas*. Chile: Naciones Unidas- CEPAL. Recuperado en: <http://publicaciones.caf.com/media/1137/39.pdf>
- Ramos Jiménez, Andrés Santiago; Adler, David; Coss de, Alejandro; Reynoso, Marcela; Rodríguez, David; Brown, José Pablo; Torres Carroll, Violenta A. Y, Jiménez, Georgina (colaboradores). (2014). *México compacto. Las condiciones para la densificación urbana inteligente en México*. Sena-

- do de la República. México: LXII Legislatura. Poder Legislativo Federal. Recuperado en: http://fundacionidea.org.mx/assets/files/MexicoCompacto_Senado_IDEA_SIMO.pdf
- Lárraga Lara, Rigoberto. (s.f.) *Ciudad extendida, habitabilidad y seguridad humana: el caso de la Zona Metropolitana de San Luis Potosí*. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Recuperado en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/01/ciudad-extendida.pdf>
- Moreno Olmos, Silvia Haydeè. (2008). “La habitabilidad urbana como condición de calidad de vida”. *Redalyc Sistema de Información Científica*. Palapa. Vol. II. Núm. II. Julio-diciembre. México: Universidad de Colima. Recuperado en: <http://www.redalyc.org/pdf/948/94814774007.pdf>
- Observatorio Ciudadano de Calidad de Vida. (2014). *Calidad de vida*. México, Cómo Vamos, Jalisco. Recuperado en: <http://www.jaliscocomovamos.org/wp-content/uploads/2014/08/17-Calidad-de-vida.pdf>
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente A/HRC/19/34*. Recuperado en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-34_sp.pdf
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Proceso Regional de las Américas. VI Foro Mundial del Agua. Acceso al Agua y Saneamiento para todos y el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento*. Marsella, Francia. Recuperado en: https://www.google.com.mx/search?q=DERECHO+AL+AGUA+RESUMEN+EJECUTIVO+PDF&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=zA2QVoLnNInFmQG8oL_QCw
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. (s.f.) *Hábitat y desarrollo humano*. Cuadernos PNUD-UN Hábitat. Investigaciones sobre desarrollo humano. Colombia. Recuperado en: http://www.pnud.org.co/img_upload/9056f18133669868e1cc381983d50faa/habitato1.pdf
- ONU- HABITAT. (2014). *Guadalajara metrópolis próspera. Redefinición del Área Metropolitana de Guadalajara como ciudad prospera en el marco metodológico del índice de prosperidad urbana de ONU-HÁBITAT*. México: ONU-HÁBITAT. Recuperado en: http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=248&Itemid=526

- Ordóñez Barba, Gerardo; Alegría Olazábal, Tito; McIntosh, Craig; Zenteno Quintero, René (2013). “Alcances e impactos del Programa Hábitat en comunidades pobres urbanas de México”. *Papeles de Población*, volumen 19, número 77, julio-septiembre. México, Universidad Autónoma del Estado de México, <http://www.redalyc.org/pdf/112/11228794010.pdf>
- Páramo, Pablo y Burbano Arroyo, Andrea Milena. (2013). “Valoración de las condiciones que hacen habitable el espacio público en Colombia”. *Territorios 28 ciudades y residencia: Riesgo, vulnerabilidad y adaptación en América Latina*. Colombia: Universidad del Rosario. Recuperado en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/territorios/article/download/2557/2146>
- Poder Legislativo del Estado de Jalisco. (2004). *Ley de Obra Pública del Estado de Jalisco*. México: Congreso del Estado de Jalisco. Recuperado en: <http://congresoweb.congresoajal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Leyes>
- Poder Legislativo del Estado de Jalisco. (2009). *Código Urbano del Estado de Jalisco*. México: Congreso del Estado de Jalisco. Recuperado en: <http://congresoweb.congresoajal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Leyes>
- Poder Legislativo del Estado de Jalisco. (2009^a) *Decreto que aprueba la declaratoria del Área Metropolitana de Guadalajara, integrada por los municipios de Guadalajara, Zapopan, Tlaquepaque, Tonalá, Tlajomulco de Zúñiga, El Salto, Juanacatlán e Ixtlahuacán de los Membrillos, mediante Decreto número 23021/LVIII/09*. México: Congreso del Estado.
- Rueda Palenzuela, Salvador. (1999). *Modelos de indicadores para ciudades más sostenibles. Taller sobre indicadores de Huella y Calidad Ambiental Urbana*. España: Fundación forumambiental. Recuperado en: <http://www.forumambiental.org/pdf/huella.pdf>
- Rueda, Salvador (Dir.). (2010). *Plan de indicadores de sostenibilidad urbana de Vitoria-Gasteiz*. España: BCN-Agencia de Ecología Urbana de Barcelona. Recuperado en: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wbo21/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/89/14/38914.pdf>
- Salas Serrano, Julián. (2006). “Sin habitabilidad básica no hay desarrollo humano posible”. *I Congreso Internacional sobre Desarrollo Humano Ma-*

- drid* 2006. OM-Oportunidad para el Mundo. España: Red Universitaria. Recuperado en: <http://www.reduniversitaria.es/ficheros/JulianSalas.pdf>
- Torre, Jofrè Mario. (2009). “Índice de sostenibilidad urbana: una propuesta para la ciudad compleja”. *Revista Digital Universitaria*. Volumen 10. Núm. 7. Julio. México: DGSCA-UNAM. Recuperado en: <http://www.revista.UNAM.mx/vol.10/num7/art44/art44.pdf>
- Verdaguer Viana-Cárdenas, Carlos. (2014). *Vías para la sostenibilidad urbana en los inicios del siglo XXI*. España: Ayuntamiento de Málaga-Observatorio de Medio Ambiente Urbano. Recuperado en: http://www.oma-malaga.com/agenda21/subidas/archivos/arc_87.pdf
- Winchester, Lucy. (2006). “Desafíos para el desarrollo sostenible de las ciudades en América Latina y El Caribe”. *Revista Eure*. Vol. XXXII. Núm. 96. Agosto. Santiago de Chile: Scielo. Recuperado en: <http://www.scielo.cl/pdf/eure/v32n96/arto2.pdf>



Es claro que lo único permanente es el cambio. En un deseo de mejorar el manejo de esta revista, hemos adoptado el Sistema APA, Edición tercera en español y sexta en inglés, para responder a los intereses de quienes escriben y leen esta publicación. Sus apartados 6: *Citación de fuentes* y 7: Ejemplos de referencias, constituyen los puntos medulares en el cuidado del aparato crítico.

- Por razones de honradez intelectual y académica, siempre incluir página o número de párrafo a las citas que se usen, sean textuales o por paráfrasis.
- Originales, no ofrecer a otras publicaciones en un plazo de seis meses, dentro del cual se informará al autor de su aceptación, necesidad de ajustes o rechazo, de la colaboración recibida.
- Se deberá enviar carta de cesión de derechos de autor a nombre de la Universidad de Guadalajara, con firma autógrafa escaneada.
- Extensión: entre 5 500 y 10 000 palabras incluidos figuras, gráficas, anexos y fuentes.
- Estructura: Título bilingüe, español – inglés - corto de un máximo de diez palabras.
- Dividido en capítulos, que soporte el desarrollo lógico del tema y culmine con un capítulo final de “Conclusiones” o “Conclusiones y Propuestas,” mismos que pueden ser independientes.
- Los ensayos deberán ser en español, salvo el resumen y las palabras clave bilingües. (Español-inglés).
- Resumen - “Abstract” en un párrafo de entre 50 y 90 palabras, en español – inglés.

- Palabra clave – “key words” de tres a cinco palabras. Bilingües español - inglés.
- Referencias citas/intra-texto versión APA, sexta edición en inglés y tercera en español.
- Notas al pie en un máximo de 60 palabras, por cita. Sólo para aclaraciones indispensables, de preferencia no usarlas.
- Se pueden incluir anexos, en caso de ser necesario; mismos que se adjuntarán al final del ensayo y antes de lista de referencias.
- *Cursivas para: títulos, énfasis.*
- Referencias en hoja aparte en orden alfabético de apellidos de autores. con sangría francesa o colgante.
- Los apellidos que inician con: de, del, de la, von... se alfabetizan con la palabra que les sigue *v.gr.:* Cueva Mario de la, Trap Philliph, von.

Acrónimos y siglas. Se hace notar que el sistema APA, aún tiene asuntos sin resolver, por esa razón de fondo se agrega lo siguiente:

- Las diversas Instituciones que se conocen por siglas las conservarán, y dichas siglas se inscribirán cita/intra-texto, para su identificación, seguidos de año, página o párrafo si la hubiere. Únicamente la primera vez, se anota siglas y significado, las subsecuentes sólo se consignarán las siglas, año, p., pp. o párrafo.

Ejemplo de referencias citas/intra-texto.

- » Primera vez, (énfasis en el texto).
- » (CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2015, p. 3).
- » Segunda vez, y subsecuentes (énfasis en el texto).
- » (CEPAL, 2015, p. 3).
- » Ejemplo de referencias.
- » CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. (2015). *Panorama Social de América*

Latina. s/l: s/ed. el 20 julio 2017. Recuperado de www.onu/jfhgdgfgsd o DOI. 1234456778912

- Para las citas legales de Leyes o Códigos será de la siguiente manera:
 - » Citas intra-texto
 - » Nombre de la Ley o Código, año, artículo.
 - » Primera vez: CCJ, Código Civil del Estado de Jalisco, actualizado al 20-VI-2017 artículo 9.
 - » Subsecuentes: CCJ, artículo 9.
- Para las instituciones gubernamentales nacionales e internacionales, se atenderá a las siglas o acrónimos que ellas mismas usan como identificación; igual norma para las de carácter privado. Los acrónimos en idioma diferente al español se conservaran con la aclaración pertinente y su traducción.
- Enviar los ensayos al e-mail personal de María Luisa Chumacero Alarcón: chumacero_alarcon@hotmail.com
- Proporcionar datos de localización del autor: correos electrónicos y teléfonos, en la portada debajo del Título.
- Curriculum corto, del autor o autores, incluyendo evidencia del grado máximo obtenido.
- El Consejo Editorial, así como los árbitros internos y externos operan como órgano colegiado y confidencial, su decisión será compartida e inapelable y se dará a conocer por la Dirección de la Revista por vía electrónica.
- Para las citas/intra-texto de jurisprudencias y tesis agregar intra-texto lo siguiente: SCJN, y número de registro establecido por la Suprema Corte de Justicia, y en las referencias los datos completos de identificación empezando igual que en la cita / intra-texto.
- Por cuestiones de identificación agregar en libros el ISBN, (físico o electrónico), y revistas el ISSN o DOI, en internet, al final de la

- referencia. Además incluir en la lista de referencias/fuentes, los nombres completos de los autores.
- Los artículos enviados son concebidos como documentos de trabajo que serán revisados y ajustados en el área de edición de la revista para su publicación.



Revista Jurídica Jalisciense

AÑO XXVIII. 2018. núm. 58

Enero-junio 2018

Se terminó de imprimir en enero de 2018

en Ediciones de la Noche

Madero # 687, Centro

Guadalajara, Jalisco, México.

La edición consta de 200 ejemplares

Diseño:

Ediciones de la Noche

Corrección:

María Luisa Chumacero Alarcón

Traductor Honorífico:

Javier Alejandro González Rodríguez