

Razones y argumentos por los derechos humanos

Alfonso Jaime Martínez Lazcano,
Edwin Castro Rivera y Sergio J. Cuarezma Terán
(Directores)

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Hugo Carrasco Soulé
Karla Elizabeth Mariscal Ureta
Olga Margine Calderón Marengo
Cristina Mariana Lizaola Pinales
Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Manuel Vidaurri Aréchiga
José Jesús Soriano Flores
Fátima Rostro Hernández
Edwin Castro Rivera
Sergio J. Cuarezma Terán

Hispanamer



INEJ
Fundado en 1995

Razones y argumentos por los derechos humanos

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO,
EDWIN CASTRO RIVERA
Y SERGIO J. CUAREZMA TERÁN
(Directores)

DIEGO CUAREZMA ZAPATA
SHARON HELENA BRAVO GONZÁLEZ
Coordinadores
Asistentes de Investigación
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector

Mario A. Houed Vega (Costa Rica)

Vicerrector General

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Secretario General

Silvio A. Grijalva Silva (Nicaragua)

Vicerrector Académico

Darvyn I. Centeno Mayorga (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Vicerrector Administrativo Financiero

Sergio J. Cuarezma Zapata (Nicaragua)

Equipo editorial

Autores	:	Varios
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-38-3

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2017

© Hispamer, 2017

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, y creado por la Ley No 604/2006, de 26 de octubre, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines.

info@inej.net

www.inej.edu.ni

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y Editorial Hispamer.

Impreso en Nicaragua por
Impresión Comercial La Prensa

Índice general

Un camino lento y escabroso en pro de los derechos humanos, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, México	7
La protección de la salud y su judicialización en México, Hugo Carrasco Soulé, México	45
El derecho al agua: Derecho internacional ambiental y orden constitucional, Karla Elizabeth Mariscal Ureta, México.....	83
La ponderación de los derechos a la personalidad; honor u honra, intimidad y propia imagen y el derecho a la libertad de expresión, Olga Margine Calderón Marengo, Nicaragua	109
El método de ponderación y las controversias entre derechos fundamentales, Cristina Mariana Lizaola Pinales y Luis Gerardo Rodríguez Lozano, México	127
Sobre el Sistema Ombudsman en México: la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Manuel Vidaurri Aréchiga, José Jesús Soriano Flores y Fátima Rostro Hernández, México.....	157
El Estado Social de Derecho y la participación protagónica de la población como presupuesto para los Derechos humanos y el desarrollo económico, Sergio J. Cuarezma Terán y Edwin Castro Rivera, Nicaragua.....	183

Un camino lento y escabroso en pro de los derechos humanos

Alfonso Jaime Martínez Lazcano¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. III. ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 1. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 2. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3. *Jueces de los Estados parte*. IV. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL. V. CONSTITUCIÓN MEXICANA. 1. *Los artículos 13 y 126 constitucionales*. 2. *Interpretación de la SCJN*. 3. *El Pleno de la SCJN*. 4. *Voto particular*. VI. SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS. 1. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra*. 2. *La resolución de la Corte IDH se pronunció sobre las dos medidas de reparación*. VII. A MANERA DE CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

- 1 Doctor en Derecho Público, profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Jurídica Primera Instancia. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, y de la Asociación Paraguaya Derecho Procesal Constitucional; Socio fundador del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal; Abogado. Correo: lazcanoalf14@hotmail.com

I. Introducción

México aceptó la competencia² de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH); además suscribió el Pacto de San José que lo obliga³ a observar de oficio el *Corpus Iuris Latinoamericano*,⁴ inclusive los jueces nacionales deben dejar de utilizar las normas creadas en el país de cualquier jerarquía que lo contravengan al sustanciar los procesos, asimismo han sido declaradas fuentes privilegiadas del derecho patrio, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵ (en adelante SCJN), a todas las interpretaciones que realiza la Corte IDH en su función contenciosa. Agregando la reforma a la Constitución Federal de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

A pesar de ello, los acontecimientos como Tlatlaya, Ayotzinapa, Apatzingán y Tanhuato evidencian la actuación contraria a la protección de los derechos humanos de los agentes del Estado mexicano, esencialmente porque las versiones oficiales poco a poco van perdiendo validez, lo más grave es que lo informado hace presuponer encubrimiento o complicidad en actos graves consistentes en ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas.

El legislador federal no ha cumplido íntegramente, después de un largo trayecto de sufrimiento para las víctimas, las sentencias de la Corte IDH: Radilla Pacheco (2009), Fernández Ortega y otros (2010), y Rosendo Cantú y otra (2010).

- 2 México es Estado Parte en la Convención Americana desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 16 de diciembre de 1998.
- 3 a. 1 y 2 de la Convención ADH.
- 4 La Corte IDH y parte de la doctrina le ha denominado *Ius Constitutionale Commune Americanum*, sin embargo su ámbito de aplicación sólo es para parte de los Estados Latinoamericanos.
- 5 Tesis de Jurisprudencia P./J. 21/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, abril de 2014, p. 204.

El camino a la justicia es lento, con regresos alarmantes donde la dignidad humana juega un papel de secreción.

Nos encontramos en una dinámica con diversas posturas, por un lado se piensa que sólo cambiando las normas jurídicas es suficiente, por otro, los que se resisten a permutar paradigmas al estar formado férreamente a la vieja usanza y, los que aspiran a transformar la realidad con nuevas pautas más humanitarias, sin que se limite a estas posturas de reacciones, porque inclusive hay quienes ni les preocupa la metamorfosis jurídica, ya que han vivido con el viejo refrán mexicano “*a todos diles que sí pero no les digas cuando*”.

Pero lo único que no cambia es que todo cambia, más sin embargo en el mundo del derecho las pausas son menos expeditas que el contexto, además nos habíamos mantenido por mucho tiempo en el mismo sitio,⁶ caminando en círculos, ahora el rumbo pretende ser otro y romper el cerco no es fácil, en los albores del siglo XXI estamos inmersos en una revolución jurídica de transición entre las viejas formas arraigadas de administrar justicia, creadas y organizadas desde la academia ortodoxa frente a las novedosas y necesarias construcciones del derecho más provistas de contenido.

Son los derechos humanos el motor de la mudanza, la esperanza de mejores estadios para que los hombres vivamos con algo más parecido a lo que decimos que es la justicia, la dignidad y el desarrollo humano.

El dique es grande, se cimenta esencialmente en la vieja idea de soberanía porque los vientos de la transformación vienen del exterior y chocan con los endémicos gobiernos semi-democráticos y con sus dogmas implantados a conveniencia.

6 A los abogados latinoamericanos se nos ha preparado desde muchas generaciones, de hecho se sigue haciendo, que ley y derecho son sinónimos, inclusive se conoce como “escuelas de leyes” donde se imparte la carrera de licenciado en derecho. Que el derecho es un conjunto de normas jurídicas (hipótesis normativas), y que en éstas se encuentra todo lo necesario para resolver la gama de conflictos que se pueden presentar en la sociedad, lo cual no es cierto.

La idea de la soberanía cada vez va perdiendo la fortaleza de antaño. El fenómeno de la globalización implica llamar al mundo aldea global, en el que las naciones están supeditadas recíprocamente, sin dejar pasar por alto la hegemonía de las grandes potencias o de los países desarrollados frente a los que no lo son e inclusive las grandes empresas transnacionales.

La ampliación del catálogo de derechos humanos no merma para nada la soberanía, sino por el contrario, los derechos subjetivos que nacen de los tratados internacionales son para todas las personas.

La soberanía reside originalmente en el pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes, por lo que sí es al pueblo, a quien se le reconoce mayores derechos en la relación con sus representantes (Estado), la consecuencia de ello, es el fortalecimiento de la soberanía.

Así Ferrajoli explica:

Estos derechos [fundamentales], por consiguiente no son solamente límites a la democracia política. Son además la sustancia democrática, puesto que se refieren al pueblo en un sentido más concreto y vinculante que la propia representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros en carne y hueso. Por eso, estos derechos son para cada persona fragmentos de la soberanía de todo el pueblo. Por eso, cualquier violación de estos derechos no es sólo una lesión a las personas titulares de los mismos, sino una violación de la propia soberanía popular.⁷

La educación es el mejor motor de cambio, por ello la propia Corte IDH condenó a México:

Bajo el acápite de “garantías de no repetición” del acuerdo de solución amistosa, México “se compromet[ió] a realizar un seminario con expertos para debatir la aplicación de la doctrina de inmediatez procesal utilizada por

7 Ferrajoli, Luigi, Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías, <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/07/doctrina02.pdf> (12/I/2014)

la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a hacer llegar las conclusiones de dicho evento a diversos servidores públicos encargados de la defensoría de oficio, así como de la procuración e impartición de justicia”. Se dispuso que el seminario “deberá celebrarse dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la [presente] sentencia.”⁸

La gran interrogante ¿es necesaria la existencia de sistemas regionales de protección de derechos humanos en el ámbito internacional como el SIDH cuando en el interno se cuenta con disposiciones análogas, inclusive de rango constitucional de carácter sustantivo y procesal que tutelan en forma afín derechos humanos para lograr una verdadera garantía?

II. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La creación del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) es consecuencia del desarrollo de muchas ideas de todo el mundo, esencialmente de Europa para afrontar los excesos del poder y promover políticas de inclusión a todos los seres humanos sin distinción de los beneficios del desarrollo.

El SIDH es un medio convencional de control regional supranacional de promoción y protección de derechos humanos a la población de los Estados Americanos que se han adherido de forma voluntaria a este régimen, supervisado por dos instituciones internacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y en el plano interno por todos los jueces nacionales en base al control difuso de convencionalidad.⁹

8 Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrafo 86.

9 Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, *Sistemas regionales de Protección de derechos humanos*, Ediciones Nueva Era, Bogotá, 2015, p. 154.

Países del Caribe anglófono, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá¹⁰ no son parte del SIDH, en contraste, estos dos últimos aportan más para el financiamiento, lo cual hace que prácticamente sea un sistema Latinoamericano que ejerce jurisdicción a aproximadamente a 600 millones de personas.

El SIDH no es aceptado por todos los Estados de América, países del Caribe anglófono, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá¹¹ no son parte, pero en contraste, estos dos últimos son los que aportan más recursos económicos para su financiamiento, lo cual hace que prácticamente sea un sistema Latinoamericano, no por ello reducido geográficamente, al ejercer su jurisdicción a aproximadamente 600 millones de personas.

III. Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención IDH:

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, y,
3. Jueces de los Estados parte.

1. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹²

Es un órgano colegiado facultado para investigar las quejas que versen sobre posibles violaciones de derechos humanos en los

10 Cfr. Lovatón Palacios, David. Reforma de la CIDH: ¿la reforma eterna? <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32036.pdf> (consultado 9 de mayo de 2014)

11 Ídem.

12 *Habrá una CIDH que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una Convención IDH determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha*

países parte de la OEA, decidir, en su caso, cuando éstas sean fundadas, medidas para reparar la trasgresión.¹³

La CIDH funciona esencialmente mediante el sistema de petición individual; dictando medidas cautelares; el examen de la situación de los derechos humanos y la atención a temas que se relacionen con su finalidad.

*La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano... Fue creada por la OEA en 1959.*¹⁴

a) Integración

La CIDH se compone de siete miembros elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA, quienes deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocido conocimiento en materia de derechos humanos, elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez.

Según su antigüedad serán nombrados en orden de precedencia al presidente y vicepresidentes. Cuando hubiere dos o más miembros con igual antigüedad, la distinción será determinada de acuerdo con la edad. (a. 34 Convención IDH, a.1., 3., a. 2., 1., a. 3 RCDH).

b) Sede

La CIDH tiene sede en Washington, DC.

Ésta ubicación es cuestionada por estar en Estados Unidos, país que no acepta la Convención IDH ni la jurisdicción de la Corte IDH.

CIDH, así como los de los otros órganos encargados de esa materia (a. 106 Carta de la OEA)

13 Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, op. cit., p. 160.

14 <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Consultada 6 de mayo de 2014).

Los Estados de Ecuador, Argentina, Bolivia, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, apoyan la propuesta de cambiar sede a un país que haya ratificado la Convención de CIDH.¹⁵

c) *Funciones*

La Convención IDH establece que la CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a´) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b´) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c´) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e´) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

15 Las opciones están entre Argentina, Costa Rica y Perú. "...esta iniciativa, explicó a La Razón el canciller de Ecuador, Ricardo Patiño, no será aprobada de inmediato. Esta decisión no será adoptada en la Asamblea General de la OEA que tendrá lugar en Guatemala en junio próximo [2014]. "18 países son la mitad más uno, con eso se podría decidir; pero creemos que es posible avanzar más en consensos (...) yo creo que es difícil llegar con este consenso a Guatemala; parece que hay que trabajar más y lo que se decide en la OEA conlleva muchos aspectos", reconoció el diplomático ecuatoriano". http://www.la-razon.com/nacional/paises-OEA-piden-cambiar-CIDH_0_1833416703.html (Consultada 6 de mayo de 2014).

- f') actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad;
 - g') rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.
- (a. 41)

2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Es el órgano colegiado supranacional de carácter jurisdiccional y consejero del SIDH.

La Corte Interamericana [IDH] quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense.¹⁶

*La instalación del tribunal interamericano se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solemne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981.*¹⁷

a) Integrantes

La Corte IDH se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, deben reunir condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

La Corte IDH no pueden integrarla jueces de la misma nacionalidad, deben ser elegidos por seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez.

16 García Ramírez, Sergio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011, p. 107.

17 Ídem.

El presidente y el vicepresidente son elegidos por los jueces de la Corte IDH, duran dos años en ejercicio, pueden ser reelectos. La elección tendrá lugar en el último período ordinario de sesiones que celebre la Corte IDH el año anterior. El período comienza el primer día de la primera sesión del año correspondiente. (aa. 52 y 54 Convención ADH, a. 3 RCTIDH).

b) Sede

La Corte IDH tiene su sede en San José Costa Rica, país que realizó el ofrecimiento formal a la OEA y el 1 de julio de 1978 fue aprobado por ésta y que se concretó mediante convenio entre el gobierno de la República de Costa Rica y la Corte IDH.¹⁸

De acuerdo con el Estatuto de la Corte IDH:

1. La Corte tendrá su sede en San José, Costa Rica; sin embargo, podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo". 2. La sede de la Corte puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la OEA. (a. 3)

Recientemente en octubre de 2013 la Corte IDH sesionó en la ciudad de México para sustanciar audiencias del caso Tide Méndez y otros contra República Dominicana que versa sobre la expulsión de 27 haitianos de ese país y de quienes se presume su salida se debió a cuestiones de discriminación.¹⁹

c) Funciones

La Corte IDH tiene dos funciones esenciales, la consultiva y la contenciosa, así lo determina el artículo 2 del Estatuto de Corte IDH, de Competencia y Funciones: “*La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige*

18 Cfr. <http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf> (Consultado 11/05/2014).

19 Cfr. http://www.milenio.com/policia/Sesiona-Corte-Interamericana-Mexico_0_167983432.html (Consultado 11/05/2014).

por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”.

* *Consultiva*

Es una importante atribución que permite a la Corte IDH decidir sobre aspectos que no han sido sometidos a su jurisdicción contenciosa y demuestra el interés de los solicitantes de ajustarse a los parámetros del SIDH.

La función consultiva “tiene por finalidad –ha dicho la Corte– coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tiene atribuidos los distintos órganos de la OEA”. Esta función no ingresa en cuestiones contenciosas, pero tampoco se contrae a temas académicos o doctrinales: su materia debe poseer relevancia práctica, acreditada en la realidad.²⁰

El tema es si la función consultiva tiene o no fuerza vinculante para los Estados Parte, el destacado jurista mexicano juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez opina:

La Corte ha manifestado con cautela acerca del valor de sus opiniones consultivas: carecen de efectos vinculantes para los Estados. Sin embargo, cierta doctrina sostiene otra cosa, y algún Estado ha adoptado una posición que pudiera anunciar el rumbo del futuro: la opinión obliga al Estado que la requiere.²¹

* *Contenciosa*

La Corte IDH es un órgano jurisdiccional supranacional que conoce del proceso de amparo transnacional. Recibe demandas de los Estados parte y de la CIDH sobre peticiones de casos que previamente se sustanciaron ante esa instancia.

20 García Ramírez, Sergio. op. cit, p. 117.

21 *Ibidem*...p. 119.

3. JUECES DE LOS ESTADOS PARTE

Los jueces de los Estados parte del SIDH deben considerarse como el segmento más amplio de éste por el deber de ejercer el control difuso de convencionalidad.

a) *Control difuso de convencionalidad*

Es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

*La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional.*²²

Las normas convencionales provocan que “*la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional*”.²³

22 Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

23 Ibidem. Velandia Canosa, Eduardo Andrés. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión, p. 198.

b) *Impacto sistemas nacionales*

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconventionales,²⁴ y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina el principio *pro persona*.

c) *Jurisdicción horizontal convencional*

La evolución del control difuso de convencionalidad prácticamente ha integrado a todos los jueces de los Estados parte a ser competentes en materia de derechos humanos, no sólo los de fuente nacional sino también los de ámbito internacional, que al integrarse la parte sustantiva esencialmente del SIDH forman una unidad denominada bloque de constitucionalidad. De esta forma todos jueces son jueces interamericanos.

Así la corte IDH ha establecido:

En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” –con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario–, lo que está forjando progresivamente un auténtico Ius Constitutionale Commune

24 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (a. 2 de la Convención IDH).

Americanum como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

IV. Derecho procesal convencional²⁵

Ante la necesidad de conocer y comprender las nuevas pautas del derecho, es fundamental partir de una estructura conceptual coherente, sencilla y clara, a fin de lograr la eficacia a los compromisos convencionales en materia de derechos humanos cuyo eje central y protagonista, en actos concretos, es el ser humano y no las estructuras abstractas denominadas Estados, tras las cuales suelen encubrirse o arrojarse auténticos delincuentes.

El déficit enorme de justicia y la crueldad que pueden provocar quienes ejercen el poder público ha generado la necesaria reacción, utilizando como protección el discurso de los derechos humanos, idea que se esparce por todo el globo con el sustento principal de la dignidad.

A la par, para que esta doctrina avance e impacte en las sociedades de consumo ideológico, es fundamental evitar las conductas bumerán de los agentes del Estado, que poco a poco, unas veces aceptando aspectos progresistas otras con actitudes regresivas, las aceptan o niegan, sin embargo en las constituciones se va reconociendo la importancia de la reivindicación humana, esta mutación social tiene como herramienta y aliada a la jurisdicción frente a poderes omnipotentes legales o fácticos.

Así la perspectiva es que la *praxis* judicial evolucione a ser un servicio eficaz de impartición de justicia y no distraerse en una serie de ritos que en muchas ocasiones ha provocado la pérdida del rumbo del proceso y la finalidad del derecho, ante

25 Cfr. Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, *Derecho procesal convencional*, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2015.

la disyuntiva de las vías contra la arbitrariedad: la jurisdicción o la lucha social.²⁶

Independientemente de que todo está en constante cambio, la cuestión ahora es meditar qué tan intensa es la transformación jurídica por la que transitamos o a la que aspiramos, no es que las funciones del practicante jurídico sean otras, sino la innovación incide en lo esencial: cómo pensar, razonar, argumentar y justificar las operaciones jurídicas, porque las fuentes del derecho han crecido y las nuevas tienen más fortaleza formal y material.

El sustento filosófico de que el ser humano, sin importar su nacionalidad, cuente con un respaldo mayor, universal y regional que vigile y supervise a los regímenes nacionales ante su ineficacia institucional, pero no sólo mediante declaraciones o instrucciones, sino también implementando derechos sustantivos, procesales e instituciones supranacionales con facultades de emitir decisiones vinculatorias para los Estados convencionales en materia de derechos humanos es un avance significativo.

El derecho convencional es factible dividirlo para su estudio en derecho sustantivo convencional y derecho procesal convencional. La convergencia del derecho sustantivo constitucional y derecho sustantivo convencional conforman el bloque de constitucionalidad como lo prevé el artículo 1º de la Constitución.

En lo que respecta al derecho procesal convencional, actualmente hay un sistema universal y tres sistemas regionales de protección: europeo, latinoamericano y africano.

El integrarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para el Dr. Sergio García Ramírez representa un gran giro en la cultura jurídica mexicana, que por su magnitud

26 Un ejemplo claro y reciente en un país de “primer mundo” es la reacción social que generó la muerte de Freddie Gray, un joven afroamericano que falleció a manos de la policía por lesiones en su espina dorsal mientras permanecía detenido en una comisaría en Estados Unidos de Norteamérica.

la compara con los impactos en la cultura ocurridos en la etapa de independencia de España; de las Leyes de Reforma (separación de la iglesia del Estado) y de la promulgación de la Constitución de 1917 (producto de una revolución), “*estos sucesos son grandes cambios producto de la historia y nuestras decisiones*”.²⁷

La evolución provoca el surgimiento de nuevas especialidades jurídicas sustantivas y procesales.

*La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... por parte de México [como cualquier otro Estado parte] y el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., ha significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación, aplicación y eficacia distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se le compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta, aplica y garantiza la eficacia de los referidos derechos en México.*²⁸

Ahora, hay nuevos paradigmas.

*Las reglas del juego cambiaron; los estándares de nuestros razonamientos serán distintos en el futuro, los actores responsables de garantizar los derechos humanos se ampliaron en forma importante, las técnicas de interpretación de los derechos variaron.*²⁹

El mundo ya no es el mismo desde que la humanidad reconoció el carácter universal de los derechos humanos como atributos que emanan de la dignidad de la perso-

27 García Ramírez, Sergio, *Las Facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, [video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXSQ8> (Consultado 12/07/2013).

28 Serna de la Garza, José María, “Internacionalistas” Vs. “Nacionalistas”: reseña del debate actual sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno en México”, *Derechos Humanos actualidades y desafíos*, Tomo II, editorial fontamara, México, 2012, p. 11.

29 Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, IJ-UNAM, México, 2013, p. 137

*na. Este solo concepto ha trastocado los conceptos básicos clásicos del Estado, derecho, soberanía y jurisdicción.*³⁰

Como en su momento desde la óptica del procesalismo científico implicó el “desplazamiento del derecho procesal del campo del derecho privado al derecho público”³¹ y la separación de la acción de la pretensión, actualmente es factible abordar el estudio del derecho procesal convencional de los derechos humanos como rama autónoma del derecho procesal constitucional, al contar con normas, principios, procedimientos, procesos, órganos e historia independientes del derecho interno y precisar la distinción del derecho convencional procesal y el sustantivo que es este último la parte del SIDH la que se ha incrustado en los textos nacionales para conformar el bloque de constitucionalidad.

En el siglo XX y a principios del XXI se constituye una categoría independiente: el derecho procesal constitucional, sin embargo absorbe a otra todavía más novel denominada por la doctrina derecho procesal constitucional transnacional.

“Surge esencialmente como consecuencia del fenómeno de la globalización y al tener un ámbito internacional y regional igual “CAPELLETTI desde hace tiempo se refiere a una *dimensión transnacional de la jurisdicción constitucional* (derecho procesal constitucional)”³².

Hoy el resultado en los regímenes nacionales de los sistemas regionales de protección de derechos humanos en su ámbito procesal implica su estudio de forma especial al derecho

30 Ayala Corao, Carlos M., “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 1471.

31 Said, Alberto y González Gutiérrez Isidro M., *Teoría General del Proceso*, IURE editores, 2006, México, p. 100.

32 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Derecho Procesal Constitucional*, IJ, UNAM, México, 2013, p. 1576.

procesal constitucional para su mayor comprensión en apego a la realidad.

Como consecuencia es necesaria una especialidad, por la complejidad del tema, sin dejar de reconocer su relación con el derecho constitucional, que si bien es cierto el punto de partida y sustento de todo tratado internacional, también que en el aspecto procesal se ha desarrollado extraordinariamente de forma cualitativa con fines, normas, principios e instituciones propios.

El maestro Fix Zamudio con la claridad que le caracteriza explica el fenómeno académico de catalogar:

[...] las divisiones que se han hecho de las ramas del Derecho, no pueden considerarse como sectores estancos, sino clasificaciones doctrinales para poder profundizar ciertas instituciones jurídicas, pues en última instancia, el Derecho es una unidad, pero tan extensa, que salvo el examen de la teoría general o desde punto de vista filosófico, es preciso dividirla cuando se trata de sectores del derecho positivo, para estar en aptitud de profundizar su análisis.³³

En forma similar nos comenta el destacado profesor argentino Berinzone:

Tal como se expresa en la clásica enseñanza de Calamandrei, las formas procesales no sirven, como podrían pensar los profanos para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino por el contrario, para hacerlo más simple y claro.³⁴

33 Fix Zamudio, Héctor, “El Derecho Procesal Constitucional como un sector de la Defensa de la Constitución”, *Estudios de Derecho Procesal Constitucional* Tomo II, Editores Ltda, Bogotá, 2011, p. 165.

34 Berinzone, Roberto Omar, “El principio de legalidad formal bajo el prisma de la Constitución “normatizada”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, edición virtual número 40, Bogotá, 2014, p. 66.

V. Constitución Mexicana

1. LOS ARTÍCULOS 13 Y 126 CONSTITUCIONALES:

Estos regulan la jurisdicción militar y las funciones de las fuerzas armadas en tiempos de paz, de la siguiente forma:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Artículo 129. En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá Comandancias Militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.

2. INTERPRETACIÓN DE LA SCJN

No obstante que la última parte del artículo 13 constitucional veda claramente la jurisdicción militar para conocer de un delito en el que un civil (no militar) estuviera involucrado, sea como víctima o cómplice, los tribunales nacionales garantes de las “garantías individuales” y de custodiar la supremacía constitucional, de manera reiterada interpretaron válido ampliar la competencia “otorgada” en el artículo 57 del Código de Justicia Militar, en detrimento de los derechos humanos.

La simple interpretación gramatical de artículo 57 evidencia su inconstitucional, por ir más allá del límite de la norma superior.

Un argumento para justificar la jurisdicción militar es la implementación de “sanciones ejemplares” en el Código de Justicia Militar para corregir a sus miembros, lo que *a priori* no deja de ser discutible, sin embargo, el resultado ha sido el contrario generar impunidad a las violaciones graves a los derechos humanos.

Al respecto se reproduce la jurisprudencia de la SCJ:

DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. PARA SU ACREDITACIÓN BASTA QUE EL SUJETO QUE LOS REALICE TENGA LA CALIDAD DE MILITAR EN ACTIVO. Del análisis del artículo 57 del Código de Justicia Militar, que establece los delitos contra la disciplina militar, se deduce un origen diferenciado de ese tipo de conductas delictivas: 1) cuando se actualizan las hipótesis contenidas en el libro segundo del referido Código, y 2) los delitos del fuero común o federal cometidos por militares cuando se actualicen los supuestos previstos en los diversos incisos de su fracción II. Ahora bien, para acreditar los delitos contra la disciplina militar a que se refiere la fracción I del citado artículo 57 –los especificados en el libro segundo del ordenamiento señalado–, sólo se requiere que el agente del delito tenga la calidad de militar en activo, es decir, que pertenezca a la institución armada, con independencia de que en el momento de la comisión delictiva esté fuera de servicio o del horario normal de labores, o franco. Esta previsión tiene como finalidad conservar la disciplina militar, requisito indispensable para el debido funcionamiento del Ejército, lo que necesariamente justifica la tipificación de conductas específicas a las que se atribuyen sanciones ejemplares. De lo contrario, podría concluirse que aunque ciertas conductas se prevean en el Código de Justicia Militar no se sancionarían, o se llegaría al absurdo de no poder acreditar los

delitos considerados como graves –a los que incluso se castiga con pena de muerte, como traición a la patria, espionaje o rebelión– por el hecho de que en ellos no se hace especificación alguna en el sentido de que pueden cometerse estando o no en servicio. Contradicción de tesis 105/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 28 de septiembre de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de jurisprudencia 148/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de octubre de dos mil cinco. Una de las cuestiones por resolver por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que debería ser clara y sencilla para cualquier tribunal o juez del país, debido a la regulación constitucional desde el siglo pasado, es la referente a la jurisdicción militar, de esta forma el artículo 13 de nuestra carta magna ordena: “Subsiste el fuero [jurisdicción] de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.³⁵

Otra forma de interpretarse y que no parece lógica, es que cuando un delito sea cometido por miembros del ejército y civiles como sujetos activos del delito, cada quien tendrá una jurisdicción diferente.

Sheroeder Cordero al citar a Ignacio Burgoa, nos dice que el destacado jurista mexicano “...hace notar que la jurisprudencia de la SCJ ha limitado con claridad la extensión jurisdiccional de este fuero al interpretar al artículo 13 constitucional y en consecuencia, cuando en la comisión de un delito militar concu-

35 Tesis de Jurisprudencia 1a/J. 148/2005, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, febrero de 2006, p. 247.

rran soldados y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso por lo que toca a los civiles y los Tribunales del fuero de guerra al que se le instruya a los militares, indicando el tratadista que la bifurcación o dualidad de competencias expresada no sólo no está fundada legalmente, sino que pugna con los términos claros e indudables del texto constitucional, debiendo ser vinculado el caso ante Tribunales Ordinarios que corresponda, es decir, ante jueces de distrito en materia penal o mixtos”.³⁶ (Énfasis añadido).

3. EL PLENO DE LA SCJN

El Pleno de la SCJN antes que la Corte IDH condenara a México por el exceso de la jurisdicción militar conoció del amparo en sesión del 10 de agosto de 2009, en el que resolvió por mayoría de seis votos sobreseer el juicio del amparo en revisión 989/2008. Ello, al considerar que la quejosa en el amparo –por tener la calidad de ofendida en el delito de homicidio cometido en agravio de su esposo, presuntamente por miembros del Ejército Mexicano– no tiene la legitimación activa para acudir al juicio a reclamar la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar. Disposición que faculta a los tribunales militares para conocer de aquellos delitos del orden común o federal que son cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo.

4. VOTO PARTICULAR

Esta decisión contó con el voto particular,³⁷ del cual se recomienda su lectura, que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz, entre sus extensos argumentos destacó:

36 Sheroeder Cordero, Francisco Arturo, Jurisdicción Militar, en Diccionario Jurídico Mexicano, III Tomo, 5 edición, IJ-UNAM. México, 1992, p. 1489.

37 Cossío Díaz, José Ramón, Fuero militar: sus alcances y limitaciones, Cuestiones Constitucionales, no.22 México ene./jun. 2010,

La quejosa argumentó que la norma impugnada resulta contraria a los límites establecidos en el artículo 13 constitucional para la actualización de la competencia del fuero militar. Ello, al otorgar competencia a los tribunales militares para conocer de delitos no estrictamente relacionados con la disciplina militar y/o en los que la víctima (o el ofendido) tiene la calidad de civil.

[...] se considera que el planteamiento de la quejosa no ha sido contestado; esto es: hasta ahora la Corte no ha pronunciado una respuesta concluyente a la siguiente pregunta: ¿el artículo 13 constitucional prohíbe que los tribunales militares conozcan de asuntos que versan sobre delitos del orden común o federal y/o en los que está involucrado un civil como sujeto pasivo? Pues bien, se considera que la respuesta a la pregunta debe ser en sentido afirmativo.

El artículo 13 constitucional estaba destinado a cumplir la función de proteger a los ciudadanos de cualquier posible abuso por parte del Ejército antes que proteger cualquier otro bien.

[...] la intención de acotar la esfera competencial de los tribunales militares fue plasmada en forma indubitable y en términos de una garantía constitucional. Esa intención de proteger a los civiles de posibles abusos tuvo un peso primordial. De hecho, la preservación de la disciplina militar se condicionó a que las garantías de los ciudadanos estuvieran protegidas.

[...] resulta claro que el texto constitucional en esas dos partes normativas otorga dos garantías a los ciudadanos o cubre dos supuestos en los que se puede ver involucrado un civil o paisano cuando se comete un delito o falta al orden militar: 1. Como sujeto activo del delito o falta al orden militar, no puede ser sujeto a la jurisdicción de tribunales militares, y 2. Como sujeto pasivo del delito o falta a la disciplina militar, el caso debe ser cono-

cido por la autoridad civil que corresponda. Lo que es lo mismo, la Constitución establece dos excepciones claras a la competencia de los tribunales militares cuando se cometen delitos o faltas al orden militar:

1. Que una persona no militar (civil) en ningún caso puede ser sometido a la jurisdicción militar o fuero de guerra (sujeto activo), y

2. Que si hay un civil complicado en un delito o falta, quien debe conocer es la autoridad civil (sea como sujeto activo y/o sujeto pasivo).

[...] un Estado democrático la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional.

[...] se considera que el artículo 57, fracción II, apartado a), del Código de Justicia Militar es contrario a la garantía contenida en el artículo 13 constitucional, que establece la prohibición para que los civiles o paisanos se encuentren sometidos a la jurisdicción del fuero de guerra.

VI. Supervisión de cumplimiento de las sentencias

El punto neurálgico del SIDH como de cualquier órgano jurisdiccional es la eficacia de sus determinaciones.

En forma previa a decretar lo que corresponda sobre el estado del cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH tramita un incidente con la intervención de las partes, la CIDH e inclusive terceros mediante audiencia para supervisar el acatamiento del fallo.

Cuando la Corte IDH considere que cuenta con la información pertinente emitirá las resoluciones que estime, este procedimiento está regulado por el a. 69 del R Corte IDH.

1. CASOS RADILLA PACHECO, FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS, Y ROSENDO CANTÚ Y OTRA

El 17 de abril de 2015 la Corte IDH emitió la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia respecto a los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, que tienen como antecedente otros cinco fallos de supervisión, toda vez las condenas coinciden en cuatro aspectos:

a) *Determinan la incompetencia de la jurisdicción militar:*

En dichas sentencias la Corte [IDH] determinó, entre otras violaciones, que el Estado era responsable de la violación a la garantía a un juez o tribunal competente, protegida en el artículo 8.1 de la Convención [ADH]..., debido a que la jurisdicción militar había ejercido competencia en los procesos penales para investigar y juzgar los hechos de violaciones a derechos humanos cometidas por miembros del Ejército mexicano (detención y posterior desaparición forzada del señor Radilla Pacheco, y violación sexual de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú).

b) *Sancionan la ausencia un medio de impugnación eficaz:*

Adicionalmente, encontró a México responsable de la violación del derecho a la protección judicial, reconocida en el artículo 25.1 de la Convención [ADH], debido a que las víctimas no contaron con recursos efectivos para impugnar el conocimiento de los hechos por la jurisdicción militar.

c) *Obliga a adecuar el derecho interno conforme a la Convención ADH en lo que se refiere a la jurisdicción militar:*

[La Corte IDH] declaró que México violó la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención [ADH], contenida en el artículo 2 de dicho tratado, debido a que el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar –en el cual se basó la intervención del fuero militar en los referidos tres casos– permitía que los tribunales castrenses juzgaran a todo militar al que se le imputa un delito

ordinario por el sólo hecho de estar en servicio. En relación con las violaciones anteriormente mencionadas, el Tribunal ordenó al Estado, en esos tres casos, medidas de reparación similares que implicaban adecuar su derecho interno a la Convención [ADH] en materia de jurisdicción penal militar.

d) Prescribe crear un recurso eficaz para impugnar la competencia de la jurisdicción militar.

2. LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH SE PRONUNCIÓ SOBRE LAS DOS MEDIDAS DE REPARACIÓN

a) adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares convencionales e internacionales en materia de garantía del juez natural en relación con la jurisdicción penal militar; y

b) adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de la competencia de esa jurisdicción.

En el contenido de la sentencia de supervisión la Corte IDH hace notar que estas dos reparaciones también fueron ordenadas en la sentencia emitida en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.³⁸

38 Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015.

**Primer punto*

Preámbulo

-La jurisdicción Militar

Es la potestad de que están investidos los jueces, consejos de guerra, y demás Tribunales de fuero de guerra, para juzgar y sentenciar a los miembros de las fuerzas armadas, conforme a la legislación castrense, sustantiva y adjetiva.³⁹

-Código de Justicia Militar

Abelardo I. Rodríguez, Presidente Substituto de México, en uso de la facultad que fue conferida por el Congreso de la Unión, decretó el Código de Justicia Militar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933. Esta disposición estableció en el artículo 57 en forma imprecisa la competencia de la jurisdicción militar más allá de lo previsto en la norma constitucional.

-Inconvencional el artículo 57 del Código de Justicia Militar

Adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares convencionales e internacionales en materia de garantía del juez natural en relación con la jurisdicción penal militar.

El Estado informó a esta Corte [IDH] que, en cumplimiento de la reparación ordenada en las Sentencias relativa a reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, el 14 de junio de 2014 entró en vigencia el Decreto aprobado por el Congreso que, entre otros aspectos, reformó dicha disposición del Código de Justicia Militar. México sostiene que dicha regulación garantiza que las denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas armadas sean investigadas en el fuero ordinario, y que con esto ha dado cumplimiento a lo requerido por la Corte IDH. Por su lado, los representantes de las víctimas y la Comisión IDH, aunque valoraron positivamente la reforma, indicaron que la medida no está totalmente cumplida porque

39 Sheroeder Cordero, Francisco Arturo, op. cit., p. 1888.

consideran que aquella no cumple con todos los estándares establecidos por la Corte IDH en las Sentencias de los tres casos y en la del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México en que ordenó una reparación similar.⁴⁰

<p>Artículo 57</p> <p>Antes de la reforma</p> <p>Son delitos contra la disciplina militar:</p> <p>I. Los especificados en el libro segundo de este código;</p> <p>II. Los de orden común o federal cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:</p> <p>a)...</p> <p>b)...</p> <p>c) Que fueren cometidos por militares en territorio declarado en Estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;</p> <p>d)...</p> <p>e)...</p> <p>.... concurran militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.</p>	<p>Artículo 57</p> <p>Reforma</p> <p>Son delitos contra la disciplina militar:</p> <p>I. Los especificados en el Libro Segundo de este Código, con las excepciones previstas en el artículo 337 Bis;</p> <p>II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos:</p> <p>a)...</p> <p>b)...</p> <p>c) Derogado.</p> <p>e)...</p> <p>En todos los casos, cuando concurran militares y civiles como sujetos activos, solo los primeros podrán ser juzgados por la justicia militar.</p>
--	--

40 Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, vs. México. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 17 de abril de 2015, párrafo 9.

* *Determinación*

La reforma no cumple de forma completa [...]. La Corte [IDH] advierte que, aun cuando el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar excluye de dicha jurisdicción la investigación y juzgamiento alegadas violaciones de derechos humanos presuntamente cometidas contra civiles [...], continúa contemplando una redacción⁴¹ que no se adecúa a los referidos estándares porque permite que dicho fuero mantenga competencia para la investigación y juzgamiento de violaciones de derechos humanos cuando el imputado es un militar y la víctima también es militar, así como respecto de delitos en que el imputado sea militar y no sea un civil el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico protegido. Ambos supuestos impiden la determinación de la “estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado.

1. Debido a que el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar reformado aún autoriza la intervención del fuero militar en los delitos en que el imputado y la víctima sean militares y en los delitos en que el imputado sea militar y no sea un civil el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico, la Corte estima que la actual legislación continúa sin adaptarse parcialmente [...] a los siguientes estándares jurisprudenciales:

a) la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, aun cuando el sujeto activo y pasivo sean militares, y

41 *Al continuar consagrando en el inciso II. a que son delitos contra la disciplina militar “los de orden común o federal [...] que fueron cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”, excluyendo únicamente aquellos en que “tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito”.*

b) en el fuero militar sólo se puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.⁴²

La Corte IDH en este punto declaró:

[...] el Estado ha dado cumplimiento parcial a su obligación de adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con el punto dispositivo décimo de la Sentencia del caso Radilla Pacheco, el punto dispositivo décimo tercero de la Sentencia del caso Fernández Ortega y otros, y el punto dispositivo décimo segundo de la Sentencia del caso Rosendo Cantú y otra.⁴³

**Segundo punto*

-Preámbulo

La estrella en este punto fue la creación de una nueva Ley de Amparo, sin embargo este proceso sigue siendo contrario a los parámetros del *Corpus Iuris Latinoamericano* al no ser, por mucho un recurso sencillo y eficaz como lo ordena el artículo 25 de la Convención ADH, que debe acceder a la protección judicial además con: “...un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo...” El Juicio de amparo es complejo, no es ágil su sustanciación y menos eficaz, bastaría ver que ningún juez nacional ha ordenado en una sentencia de amparo, en la cual determine la violación a derechos humanos, la reparación integral a esos derechos fundamentales como están

42 Casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, vs. México*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 17 de abril de 2015, Párrafo 22.

43 Casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, vs. México*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 17 de abril de 2015, Punto 1 de la parte del re-suelve.

obligados hacerlo, no sólo en los términos del derecho convencional sino constitucional (a. 17) al ser un derecho humano “la justicia completa”.

El Estado manifestó que “mediante la publicación de la Nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013,⁴⁴ las modificaciones legislativas pertinentes han sido adoptadas por el Estado”. Asimismo, indicó que la misma “prevé la posibilidad de interponer un juicio de amparo por actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección tanto por la Constitución como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es Parte”. Concluyó que “[c]on esta sola modificación, el juicio de amparo se convirtió en el recurso efectivo con el que podrán contar aquéllas personas que, en su caso, se vean afectadas por la intervención del fuero militar para impugnar su competencia”. Adicionalmente, informó que, “incluso de manera previa a la adopción de la Nueva Ley de Amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió diversos Amparos en Revisión en donde realizó interpretaciones conforme a criterios internacionales en materia de derechos humanos relativos a la restricción del fuero militar.

44 Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2 de abril de 2013*. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294184&fecha=02/04/2013. (Anexo 3 de los escritos de alcance del cuarto informe de cumplimiento presentados por el Estado el 20 de junio de 2014 en los casos Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra)

La Corte IDH en este punto declaró:

*[...] el Estado ha dado cumplimiento total a su obligación de adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia, de acuerdo con los puntos dispositivos décimo cuarto de la Sentencia del caso Fernández Ortega y otros y décimo tercero de la Sentencia del caso Rosendo Cantú y otra.*⁴⁵

VII. A manera de conclusiones

1. En cuanto a la reforma al artículo 57 del Código de Justicia militar es factible preguntarse: ¿Es necesaria la modificación legislativa de acuerdo a los estándares que ha fijado la Corte IDH para evitar su aplicación? La respuesta es no.

El control difuso de convencionalidad obliga a todos los operadores jurídicos, incluyendo al ministerio público castrense o no, a dejar de aplicar normas contrarias al principio *pro homine* y al *Corpus Iuris Latinoamericano*.

Así lo ordena el artículo 1º, primer y tercer párrafo de la Constitución Mexicana:

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. [Pero además, y esto es in-

45 Casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, vs. México*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 17 de abril de 2015, Punto 2 de la parte del resuelve..

dispensable para disminuir la impunidad] *En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos...*

2. Los intereses conflicto en sede interna, hacen inoperante los Derechos Humanos, máximo si los órganos jurisdiccionales y los procesos de tutela son neutralizados por falta de independencia efectiva del poder judicial, por ello, la importancia de los Derechos Humanos y su interpretación de índole internacional.

3. El hecho de que los miembros castrenses sean juzgados por una jurisdicción especial de carácter militar en la práctica evidencia la impunidad y encubrimiento, ya que, en ningún caso se determinó responsabilidad penal alguna a pesar de la gravedad de los delitos cometidos, lo que trasgrede el debido proceso y el acceso a la justicia.

4. Tampoco es garantía inmediata la condena internacional si el Estado no cambia las prácticas arbitrarias, ya que en los cuatro casos presentados la Corte IDH determinó que éste debe conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación y, en su caso, el proceso penal que tramite en relación a los delitos de violación sexual, otro de referente a la tortura y finalmente a la desaparición de persona, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea, cuestión que a la fecha no se han cumplido.⁴⁶

5. *A priori* que se argumente que las sanciones previstas en las leyes militares son más severas, no garantiza el debido proceso.

6. Los casos expuestos presentan en común, entre otras situaciones, la violación a la garantía de la juez natural y la garantía a un recurso eficaz establecido por los artículos 8.1 y 25 de la CADH.

46 Inclusive, en el caso Rosendo Cantú y otras la Corte IDH dictó, a pesar de que ya se dictó sentencia de fondo, medidas provisionales el 23 de junio de 2015.

7. El concepto del juez natural y el principio del debido proceso deben regir a lo largo de todas las etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgado de primera o el de segunda instancia no satisfacen los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida una u otra etapa procesal que se desarrolle ante éstos.

8. Y el planteamiento inicial se responde con un rotundo sí, los hechos evidencian que no son suficientes los derechos sustantivos y procesales en los regímenes internos para tutelar eficazmente los derechos humanos y requieren de la constitución de sistemas regionales de protección.

9. Es adecuado y necesario el modelo del control difuso de convencionalidad para acelerar el cambio cultural de una tutela efectiva de protección de derechos humanos.

10. La intervención del juez natural en el proceso es un derecho humano que implica la competencia del órgano jurisdiccional (presupuesto procesal), estar constituido previamente a los hechos materia de la litis, durante todo el procedimiento (primera y segunda instancia), que garantice la imparcialidad e independencia judicial. Así, el juez natural es un ingrediente fundamental del debido proceso.

Los artículos 16 y 17 de la Constitución Mexicana se refieren a la competencia y a la justicia pronta, expedita, imparcial, gratuita y completa, respectivamente, sin embargo, tampoco fueron considerados en el ámbito nacional, no obstante que el juicio de amparo en materia penal existe una protección de oficio a los acusados (Caso Cabrera García y Montiel flores).

Bibliografía

- Ayala Corao , C. (2003). Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. En *Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa.
- Berinzonce, R. O. (2014). El principio de legalidad formal bajo el prisma de la Constitución “normatizada”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*(40), 66.
- Carbonell, M. (2013). *Teoría de los Derechos Humanos y del control de convencionalidad*. México: IJ-UNAM.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Abril de 2015).
- Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos (26 de Noviembre de 2013).
- Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otras vs. México Supervisión de cumplimiento de sentencia (17 de Abril de 2015).
- CIDH. (1 de Julio de 1978). *Sede para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.cor-teidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos 1969).
- Cossío Díaz, J. R. (Ene-Jun de 2010). *Fuero Militar: sus alcances y limitaciones, cuestiones constitucionales*. Recuperado el 15 de Mayo de 2014, de SciELO: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100011
- Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Fe-*

deración ... (2 de Abril de 2013). Obtenido de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294184&fecha=02/04/2013

Delitos contra la disciplina militar a que se refiere la fracción I del artículo 57 del código de justicia militar. Para su acreditación basta que el sujeto que lo realice tenga la calidad de militar en activo, 175969 (Primera Sala 2006).

Ferajoli, L. (2014). *Democracia Constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías.*

Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). La Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Derecho Procesal Constitucional* (pág. 1576). Méxio: IJ UNAM.

Fix Zarmudio, H. (2011). El Derecho Procesal Constitucional como un sector de la Defensa de la Constitución. En *Estudios de Derecho Procesal Constitucional* (Vol. II, pág. 165). Bogotá: Editores Ltda.

García Ramírez, S. (2011). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México: Porrúa.

García Ramírez, S. (2011). *Las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXSQ8>

Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona., 2006225 (Abril de 2014).

La razón. (15 de Mayo de 2013). *Al menos 18 países de la OEA piden cambiar sede de la CIDH.* Recuperado el 6 de Mayo de 2014, de http://www.la-razon.com/nacional/paises-OEA-piden-cambiar-CIDH_0_1833416703.html

Lovatón Palacios, D. (s.f.). *Reforma de la CIDH: ¿la reforma eterna?* Recuperado el 9 de Mayo de 2014, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32036>

- Martínez Lazcano, A. J. (2013). El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional. En A. J. Martínez Lazcano, *Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional* (pág. 54). Tuxla Gutiérrez: Revista Jurídica Primera Instancia.
- Martínez Lazcano, A. J. (2015). *Derecho Procesal Convencional*. Chiapas: Revista Jurídica Primera Instancia.
- Martínez Lazcano, A. J. (2015). *Sistemas regionales de protección de Derechos Humanos*. Bogotá: Nueva Era.
- Milenio. (8 de Octubre de 2013). Sesión Corte Interamericana en México. Obtenido de http://www.milenio.com/policia/Sesion-Corte-Interamericana-Mexico_0_167983432.html.
- Organización de Estados Americanos. (s.f.). *¿Qué es la CIDH?* Recuperado el 6 de Mayo de 2014, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>
- Said, A., & González Gutiérrez, I. (2006). *Teoría General del Proceso*. México: IURE.
- Serna de la Garza, J. M. (2012). *Internacionalistas vs. Nacionalistas: reseña del debate actual sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno en México. Derechos Humanos, actualidades y desafíos*. (Vol. II). México: Fontamara.
- Sheroeder Cordero, F. A. (1992). Jurisdicción Militar . En *Diccionario Jurídico Mexicano* (pág. 1489). México : IJ-UNAM .
- Velandia Canosa, E. A. (2013). Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión. En A. J. Martínez Lazcano, *Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional* (pág. 198). Tuxla Gutiérrez: Revista Jurídica Primera Instancia.

La protección de la salud y su judicialización en México

Hugo Carrasco Soulé¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEFINITORIAS DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO. III. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEFINITORIAS DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. 3.1 *Las finalidades del Derecho de Protección a la salud.* 3.2. *Materias de salubridad general.* 3.3. *Las autoridades en materia sanitaria.* 3.4 *El derecho de protección a la salud como responsabilidad social.* 3.5 *Los linderos conceptuales del término salud.* IV. LA JUDICIALIZACION DEL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA SALUD. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

El párrafo cuarto del artículo cuarto constitucional reconoce que toda persona tiene *derecho a la protección de la salud*; y como *Derecho Humano* que es, sus linderos se conforman, no solo por todo aquello que se encuentre incorporado en la Constitución

1 Doctor en Derecho y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Se agradece la participación en la elaboración del presente artículo a Fernando Alexander Vargas Espejel, tesista de la licenciatura de Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, sino también por lo dispuesto en las garantías que legalmente existen para concretar su protección.

II. Características generales definitorias de la protección a la salud como Derecho Humano

Las características generales definitorias de la protección a la salud como Derecho Humano son las siguientes:

- Las normas con él vinculadas deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (*Principio Pro Homine*).
- Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizarlo de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
- De acuerdo con lo que expone la ex ministra Olga Sánchez Cordero, el derecho de protección a la salud “...presenta una *faceta poliédrica*, que implica en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles; desde obligaciones negativas de respeto hasta obligaciones positivas de promoción y satisfacción, a lo cual se suman los deberes de progresividad y no regresividad: una vez regulado legalmente o constitucionalmente, el derecho a la salud introduce un núcleo esencial, intangible, de necesidades básicas que el legislador no puede modificar arbitrariamente en un sentido regresivo; sobre todo si con ello vulnera el debido proceso o si frustra, bien la confianza generada en sus titulares, bien una expectativa legítima”.² En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana al dictar la sentencia T-760 de 2008, al indicar que este derecho pro-

2 Sánchez Cordero de García Villegas, Olga Sánchez, Presentación del libro *Derecho a la Salud*, Coordinado por Fernando Silva García, Editorial Porrúa, México, 2011, pág. XV.

tege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas, ya que es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general.³

- El Estado mexicano debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a este derecho;
- Al actualizarse su ejercicio no debe permitirse la discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anularlo o menoscabarlo;
- Al interpretarse y/o aplicarse se debe tomar en consideración que el varón y la mujer son iguales ante la ley; y
- Su ejercicio y goce no puede restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta Magna establece en su artículo vigésimo noveno.⁴

3 Sentencia T-760 de 2008 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, consultada en el artículo de Laura García Velasco publicado en libro *Derecho a la Salud*, Coordinado por Fernando Silva García, Editorial Porrúa, México, 2011, pág. 95.

4 Artículo 29 Constitucional. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga

III. Características específicas definitorias del derecho de protección a la salud

Aunado a lo anterior, nuestro documento fundacional dispone que la ley debe definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Dentro de este contexto, la ley reglamentaria del artículo 4º Constitucional es la *Ley General*

frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

de Salud (LGS),⁵ misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, indicando que sus disposiciones eran de *orden público*⁶ e *interés social* y de aplicación en toda la República.

- 5 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 bajo el sexenio del Presidente Miguel de la Madrid Hurtado; siendo su última reforma publicada el 22 de junio de 2017.
- 6 Ejemplos de orden público son las normas que rigen la competencia en el ámbito procesal, o bien las vinculadas con alimentos, o las normas de protección a los menores de edad, o las que lleven a desconocer la capacidad o el estado civil de las personas. Al respecto es interesante el contenido de la siguiente tesis: nulidad de contrato. Condiciones necesarias para que el pacto de sumisión a cierta ley conduzca a su invalidez por violación al artículo 121 constitucional. Las bases contenidas en las cinco fracciones del artículo 121 constitucional constituyen reglas o criterios de solución de conflictos normativos entre leyes de diferentes Estados de la República y, por tanto, sirven para determinar la ley aplicable a los actos públicos, registros y procedimientos de cada una de tales Entidades; de manera equivalente a las reglas del Derecho Internacional Privado en lo relacionado con el llamado “conflicto de leyes”. En dichas reglas se ha admitido la posibilidad de que por la autonomía de la voluntad, las partes elijan o determinen la ley que ha de regirlos cuando por alguna razón exista alguna conexión o concurrencia entre diversas leyes, por lo cual debe considerarse admisible la sumisión de las partes a cierta ley en casos de conflictos normativos entre leyes de distintas Entidades Federativas, siempre y cuando no se traspasen los límites de la libertad contractual, es decir, no se prive de derechos o se libere de obligaciones irrenunciables por su carácter de orden público, como sucede con el derecho de alimentos, las normas de protección a los menores de edad, entre otros, o que lleven a desconocer la capacidad o el estado civil de las personas. Asimismo, tampoco debe conducir a perjudicar los derechos de un tercero o a incurrir en un fraude a la ley, es decir, a que al seguir las disposiciones de cierta ley, se burla o evada el derecho que tenga un tercero al amparo de la ley renunciada, o bien, se dé la apariencia de legalidad a un acto ilícito o no permitido por el Derecho que originalmente obliga a la persona. En esa medida, el pacto de sumisión

Al respecto, la segunda sala de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)* ha sostenido que los conceptos *interés social* y *orden público*, no se encuentran definidos normativamente, por lo que, en cada caso, el juzgador debe dotar de contenido a dicha terminología, a efecto de constatar, si con su decisión se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes, o se le deduce un daño que de otra manera no resentiría, es decir, partiendo de la idea o noción de la no lesión, menoscabo o puesta en riesgo de derechos de la colectividad.⁷

3.1 LAS FINALIDADES DEL DERECHO HUMANO DE PROTECCIÓN A LA SALUD

Aunado a lo anterior, el artículo 2° de la *LGS* establece que el derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

a la ley de cierta Entidad Federativa constituye una violación al artículo 121 constitucional que conduce a su invalidez cuando concurren las siguientes condiciones: a) que haya un conflicto normativo; b) que se elija una de las normas en pugna; c) que la aplicación de la ley elegida tuviera como resultado la renuncia de derechos que no deben serlo por su carácter de orden público, o que llevara al fraude a la ley o a perjudicar derechos de tercero. Época: Décima Época. Registro: 2014692. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 44, Julio de 2017, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. LXXVII/2017 (10a.). Página: 60. Esta tesis se publicó el viernes 07 de julio de 2017 a las 10:14 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

- 7 suspensión del acto impugnado. El artículo 24, primer párrafo, de la ley federal de procedimiento contencioso administrativo vigente hasta el 13 de junio de 2016, que prevé lo relativo a su concesión, no vulnera el principio de seguridad jurídica. Época: Décima Época. Registro: 2014978. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 25 de agosto de 2017 10:33 h. Materia(s): (Constitucional, Administrativa). Tesis: 2a. CXXV/2017 (10a.). Esta tesis se publicó el viernes 25 de agosto de 2017 a las 10:33 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

- El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y
- El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

3.2 MATERIAS DE SALUBRIDAD GENERAL

Al propio tiempo, el *Congreso de la Unión* estableció en la LGS las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de *salubridad general*.⁸ De acuerdo con la misma ley, es materia de salubridad general:

- La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud –en específico, los servicios públicos a la población en general, los servicios sociales y privados, y otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria);
- La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables;
- La Protección Social en Salud;
- La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud –en concreto los servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social o los que

8 Artículo 3° de la LGS.

con sus propios recursos o por encargo del poder ejecutivo federal, presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios–;

- La atención materno–infantil;
- El programa de nutrición materno-infantil en los pueblos y comunidades indígenas;
- La salud visual;
- La salud auditiva;
- La planificación familiar;
- La salud mental;
- La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos;
- El genoma humano;
- La información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud en el país;
- La educación para la salud;
- La prevención, orientación, control y vigilancia en materia de nutrición, sobrepeso, obesidad y otros trastornos de la conducta alimentaria, enfermedades respiratorias, enfermedades cardiovasculares y aquellas atribuibles al tabaquismo;
- La prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre;
- La salud ocupacional y el saneamiento básico;
- La prevención y el control de enfermedades transmisibles;
- El Programa Nacional de Prevención, Atención y Control del VIH/SIDA e Infecciones de Transmisión Sexual;
- La prevención y el control de enfermedades no transmisibles y accidentes;
- El diseño, la organización, coordinación y vigilancia del Registro Nacional de Cáncer;
- La prevención de la discapacidad y la rehabilitación de las personas con discapacidad;
- La asistencia social;
- El programa para la prevención, reducción y tratamiento del uso nocivo del alcohol, la atención del alcoholismo y

la prevención de enfermedades derivadas del mismo, así como la protección de la salud de terceros y de la sociedad frente al uso nocivo del alcohol;

- El programa contra el tabaquismo;
- La prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos y el programa contra la farmacodependencia;
- El control sanitario de productos y servicios y de su importación y exportación;
- El control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos;
- El control sanitario de los establecimientos dedicados al proceso de los productos antes mencionados; el control sanitario de la publicidad de las actividades, productos y servicios materia de la LGS;
- El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células;
- El control sanitario de cadáveres de seres humanos;
- La sanidad internacional; y
- El tratamiento integral del dolor.

Todos estos temas son tratados como materia de salubridad general, y en dicho contexto es que son de relevancia para crear la normatividad mexicana respectiva –misma que en algunos casos son desarrollados en la propia LGS, y en otros más se cuenta con normatividad específica–, y conocida en su conjunto como *legislación sanitaria*. En palabras de Ángel A. Tullio la legislación sanitaria constituye “el plexo normativo que rige el accionar de la administración sanitaria, en sus diversos aspectos. Está integrado por leyes, reglamentos, decretos, resoluciones y disposiciones, emanados cada uno de la fuente que la Constitución establece y mediante los mecanismos reglados al efecto. En general las legislaciones, como el derecho sanitario, tienden a proteger y a fomentar la salud de la población, mediante la determinación de qué debe y qué no debe hacer el individuo frente a determinadas circunstancias relacionadas con su salud y la de los demás; otorga autorización a los servicios de salud para la toma de decisiones en relación a

prevenir, curar las enfermedades; establecer y determinar las normas para el funcionamiento de los programas de salud”.⁹

3.3 LAS AUTORIDADES SANITARIAS

En dicha tesitura, no sólo es imprescindible contar con una legislación sanitaria, sino también autoridades que la apliquen. Por lo tanto, la *LGS* les confiere la calidad de autoridad sanitaria al Presidente de la República, al Consejo de Salubridad General, a la Secretaría de Salud, y a los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el de la Ciudad de México.

3.4 EL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA SALUD COMO RESPONSABILIDAD SOCIAL

Por su parte, el Pleno de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN) ha sostenido que el derecho de protección de la salud contemplado en el artículo 4º Constitucional es una responsabilidad social, tal y como se advierte de la siguiente tesis:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4º., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL. La Ley General de Salud, reglamentaria del citado precepto constitucional, precisa que los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en: a) servicios públicos a la población general, que se prestan en establecimientos públicos de salud a los residentes del país, regidos por criterios de universalidad y de gratuidad, cuyas cuotas de recuperación se fundarán en principios de solidaridad social y guardarán relación con los ingresos de los usuarios, debiéndose eximir del cobro cuando éstos carezcan de recursos para cubrirlos; b) servicios a derechohabientes de instituciones

9 Tullio, Ángel A., *Diccionario Médico Legal*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 56.

públicas de seguridad social, que son los prestados a las personas que cotizan o las que hubieren cotizado conforme a sus leyes, así como los que con sus propios recursos o por encargo del Ejecutivo Federal se presten por tales instituciones a otros grupos de usuarios; c) servicios sociales y privados, los primeros se prestan por los grupos y organizaciones sociales a sus miembros y beneficiarios de los mismos, directamente o mediante la contratación de seguros individuales y colectivos, y privados, los que se prestan por personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios, sujetos a las leyes civiles y mercantiles, los cuales pueden ser contratados directamente por los usuarios o a través de sistemas de seguros individuales o colectivos y, d) otros que se presten de conformidad con la autoridad sanitaria, como lo son aquellos que conforman el Sistema de Protección Social en Salud, previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso, se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de pro-

tección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlos, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.¹⁰

Al respecto Guido Alpa, sostiene que un aspecto fundamental del derecho a la salud se deriva de su lectura en el ámbito de las posiciones subjetivas del individuo garantizadas por la constitución, y que aun cuando se reconoce el carácter perceptivo de la norma, remarcan su pertenencia al derecho social y se considera que las posiciones individuales que nacen de ella son todavía derechos sociales. Continúa explicando el autor que el referido derecho es una figura jurídica compleja, fundada esencialmente en el reconocimiento de la salud como valor social, que atribuye al individuo la titularidad, tanto de un derecho social (pretensión a las prestaciones y a la actividad pública en el ámbito sanitario), como de un derecho de libertad (pretensión de abstención de toda interferencia ilegítima en la esfera de autodeterminación del individuo). En este sentido, Guido Alpa concluye insistiendo que la salud debe visualizarse como un derecho social, que prevé y configuran una actividad social del Estado dirigida precisamente a regular el complejo de relaciones sociales, en el sentido de garantizar de manera sustancial y efectiva el bienestar, así como el progreso material y moral de todos los individuos.¹¹

10 Tesis: 49, Apéndice de 2011, Novena Época 1001558 25 de 29, Pleno, Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Segunda Sección - Derecho a la salud, Pág. 893, Jurisprudencia (Constitucional, Administrativa) Ocultar datos de localización.

11 Cfr. Alpa, Guido, *La Responsabilidad Civil*, Parte General, Tomo 1, Editora y distribuidora Ediciones Legales, Lima, Perú, 2016, págs. 528 y 529.

3.5 LINDEROS CONCEPTUALES DEL TÉRMINO SALUD.

Dentro de todo este contexto, es importante determinar qué se entiende por el término *salud*. Es interesante saber que en el texto original de la *LGS* que fue publicada en febrero de 1984 no se fijó el significado legal del término salud. Le tomó al legislador federal alrededor de dos décadas establecer en ley lo que debía concebirse como parte del término salud, ya que fue hasta el 4 de diciembre de 2013 que el Congreso de la Unión decidió adicionar el artículo 1°-Bis a la ley en comento para indicar expresamente que por el término *salud* debía entenderse el estado de completo bienestar físico, mental y social, no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.¹²

Ahora bien, también es importante resaltar que esta adición en nuestra *Carta Magna* no fue de confección doméstica, sino que es una transcripción del contenido de la *Carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud*.¹³ El texto conducente de donde se desprende parte de la reproducción en nuestra Constitución es el siguiente:

Los Estados partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

- 12 Existen otras constituciones como la provincial de Córdoba en Argentina que son más amplias, ya que indica que la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social (Artículo 59)
- 13 La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional que tuvo lugar en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y fue suscrita por 61 Estados el 22 de julio de 1946. Entró en vigor el 7 de abril 1948.

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.

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.

La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.

La *Carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud* no es el único instrumento internacional que cuenta con referencias directas o indirectas al derecho humano de protección de la salud, también se encuentran los siguientes:

- Carta de las Naciones Unidas (1945)
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946)
- Carta Social Europea (1961)
- Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y sus dos protocolos facultativos (1966 y 1989)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y su Protocolo facultativo (1999)
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y su Protocolo facultativo (2002)

- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (1988)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y sus dos protocolos facultativos (2000)
- Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989)
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) y su Protocolo facultativo (2006).

La *Observación General 14* del 11 de agosto de 2000 adoptada por el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas* aborda cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, en donde se establece el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En este instrumento se indica, no sólo que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, sino que, además todo ser humano debe tener derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

En esta *Observación* se destaca que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, que, asimismo entraña libertades y derechos; entre las primeras, se encuentran el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas, ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. Entre los segundos, figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Por otro lado, esta *Observación* enfatiza que el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

- a) *Disponibilidad*. Cada Estado parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i. No discriminación; ii. Accesibilidad física; iii. Accesibilidad económica; y iv. Acceso a la información.
- c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par sensibles a los requisitos de género y el ciclo de vida, y deben estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.
- d) *Calidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios deben ser apropiados desde el punto de vista científico, médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos¹⁴ y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

En dicha tesis, concordamos con lo que la ex ministra Olga Sánchez Cordero sostiene respecto del derecho a la salud, ya que sostiene que éste se ubica, en la actualidad, como una de las exigencias vitales del hombre frente al Estado, por ser un presupuesto lógico para la supervivencia, para la integridad personal y para el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la igualdad y de la liber-

14 El licenciado Gustavo Santillana Meneses define el término medicamento como aquella sustancia con efecto terapéutico, identificada por su actividad farmacológica; e indica que para que una sustancia pueda clasificarse dentro del marco de la definición anterior, es necesario obtener por parte de la Secretaría de Salud (COFEPRIS) un registro sanitario que autorice su fabricación y/o importación, así como su venta (Santillana Meneses, Gustavo, Breviario Jurídico intitulado Medicamentos genéricos en la legislación mexicana, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 4.)

tad, lo que implica que su desprotección impida llevar una vida digna dentro de la comunidad.¹⁵

Una vez que, en relación con derecho de protección de la salud, se han explorado, tanto los linderos constitucionales, como los de la ley reglamentaria y algunos reflejos del Derecho Internacional, es relevante ahora analizar el impulso singular que ha recibido este derecho al comenzar el proceso de judicialización dentro del sistema legal mexicano.

IV. La judicialización del Derecho de protección a la salud

En opinión de la Ministra Olga Sánchez Cordero, el derecho de protección a la salud integra el núcleo intangible definido como mínimo vital, por encontrarse dentro de aquellas medidas imprescindibles para evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano; de allí que su interpretación judicial ha llegado a implicar deberes positivos para el Estado dirigidos a generar condiciones de acceso, entre otros a los servicios sanitarios adecuados, lo que acostumbra a generar tensiones entre jueces, legislador y administración, a la luz del principio de división de poderes.¹⁶

Bajo esta perspectiva, es importante mencionar que nuestros tribunales colegiados han clasificado el derecho a la protección de la salud como un derecho prestacional (de segunda generación) a partir del cual, el Estado asumió la obligación de desarrollar las directrices y programas necesarios para garantizar a la población el “más alto nivel de salud” posible, sin que se trate de un mero enunciado programático carente de eficacia jurídica; incluso, el Máximo Tribunal del País ha definido su contenido normativo, conforme al cual, los Jueces de control constitucional pueden analizar la regularidad de las actuaciones del legislador y de las autoridades administrativas

15 Sánchez Cordero de García Villegas, Olga Sánchez, Op. Cit., pág. XIV.

16 Idem.

relacionadas con ese derecho.¹⁷ A continuación, algunas de las decisiones judiciales que se han generado, tanto por la Suprema Corte de Justicia de México, como por los tribunales colegiados, que permiten comprender los linderos conceptuales del derecho humano de protección de la salud:

- a) El alta médica requiere como requisito *sine qua non* que la institución pública de salud realice todos los estudios médicos para acreditar que la recuperación en la Salud es integral y total, y que por ende no amerita más la asistencia y los cuidados médicos que la condición del paciente originó, tal y como se aprecia en la siguiente tesis:

INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD. PARA DAR DE ALTA A UNA PERSONA HOSPITALIZADA POR VARIOS PADECIMIENTOS GRAVES, DEBEN JUSTIFICAR CON LOS ESTUDIOS MÉDICOS NECESARIOS QUE SU MEJORÍA ES INTEGRAL. En principio, si bien la mejoría de la persona internada en alguna institución pública de salud es justificación para darla de alta, la dependencia a cargo del cuidado del paciente debe realizar, previamente, los estudios médicos necesarios para hacer constar que la recuperación en la salud es integral, esto es, en todos los padecimientos graves del enfermo, pues si éste fue hospitalizado por causa de varios trastornos mentales y/o físicos graves, entonces para darlo de alta se requiere, necesariamente, que la institución justifique que la mejoría del enfermo ha sido total y, en consecuencia, no amerita más la asistencia y los cuidados médicos que su condición de salud originó, ya que si es únicamente en uno o varios

17 Cfr. Prescripción extintiva de la acción. Resulta aplicable a las acciones emprendidas para lograr la reparación de los daños causados por una mala praxis médica, sin que ello implique violación al derecho a la protección de la salud. Tesis: I.3o.C.226 C (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2009853, 10 de 29 Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III, Pág. 2418, Tesis Aislada (Constitucional, Civil).

de sus padecimientos, no se justifica el alta médica a la luz de los derechos humanos a la protección de la salud y de la asistencia social tutelados por el Estado Mexicano en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución General.¹⁸

- b) Cuando una persona está internada en alguna institución pública de salud, para darla de alta y concluir los deberes estatales en la materia, no es razón suficiente que cuente con algún familiar o persona interesada en ella, pues lo jurídicamente preponderante es saber si ese tercero tiene la capacidad suficiente para afrontar todas las necesidades del paciente (económicas, de asistencia y los cuidados inherentes al padecimiento). Por tanto, si no se justifica, objetivamente, que el referido tercero cuenta con los medios requeridos para responder íntegramente por el bienestar de la salud del paciente, entonces en tutela efectiva de los derechos humanos a la salud y a la asistencia social establecidos en el artículo constitucional citado, persistirá el deber de la institución estatal de hacerse cargo de la persona enferma. Al respecto el siguiente criterio jurisprudencial:

INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD. PARA DAR DE ALTA A UN PACIENTE Y CONCLUIR SUS OBLIGACIONES EN LA MATERIA, ES INSUFICIENTE QUE UNA TERCERA PERSONA PUEDA ESTAR A CARGO DE ÉL, SI NO SE JUSTIFICA OBJETIVAMENTE QUE DICHA PERSONA CUENTA CON LOS MEDIOS REQUERIDOS PARA AFRONTAR TODAS LAS NECESIDADES INHERENTES DEL PACIENTE. Cuando una persona está internada en alguna institución pública de salud, para darla de alta y concluir los deberes estatales en la materia, no es razón suficiente que cuente con algún

18 Tesis: II.1o.23 A (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2012854, 1 de 29 Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV, Pág. 2941 Tesis Aislada (Constitucional, Administrativa). Esta tesis se publicó el viernes 14 de octubre de 2016 a las 10:24 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

familiar o persona interesada en ella, pues lo jurídicamente preponderante es saber si ese tercero tiene la capacidad suficiente para afrontar todas las necesidades del paciente (económicas, de asistencia y los cuidados inherentes al padecimiento). En estas condiciones, en respeto al derecho humano a la protección de la salud previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la institución pública no podrá darle de alta y excusar el cese de sus obligaciones, bajo el argumento de que el familiar o interesado puede estar a su cargo, sólo por ser quien, por ejemplo, le visita y/o cubre las cuotas hospitalarias, pues aun cuando ese tipo de acciones evidencian el interés de esa tercera persona en la salud del enfermo, esto es insuficiente para sustentar, sin más, que ésta tendrá la capacidad real para cubrir todos los gastos y necesidades causados por el padecimiento. Por tanto, si no se justifica, objetivamente, que el referido tercero cuenta con los medios requeridos para responder íntegramente por el bienestar de la salud del paciente, entonces en tutela efectiva de los derechos humanos a la salud y a la asistencia social establecidos en el artículo constitucional citado, persistirá el deber de la institución estatal de hacerse cargo de la persona enferma.¹⁹

- c) La *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* presentó la acción de inconstitucionalidad 33/2015 en contra de la fracción IX del artículo 3 y de la fracción IV del artículo 16 de la *Ley General para la atención y protección de personas con la condición de espectro autista*, misma que fue resuelta por el

19 Tesis: II.1o.25 A (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2012853, 2 de 29, Tribunales Colegiados de Circuito Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV, Pág. 2941 Tesis Aislada (Constitucional, Administrativa). Esta tesis se publicó el viernes 14 de octubre de 2016 a las 10:24 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

pleno de la SCJN, y en la que determinó dos puntos importantes:

- i. Que el hecho de que en el citado precepto se excluyera el *servicio de hospitalización* de los servicios de salud que deben proporcionarse a las personas con la condición del espectro autista, no debía interpretarse en el sentido que se les privaba, en términos genéricos, de tal prestación social, puesto que dicho servicio hospitalario debía proporcionarse en los términos que establece la Ley General de Salud –y en observancia a los principios y directrices que establece la *Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad*, para la atención integral o especializada de personas con discapacidad–, así como los demás ordenamientos jurídicos que resultaran aplicables; máxime si se tomaba en cuenta que la *Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista*, no pretendía ser una norma que regulara, en sentido estricto, el derecho humano a la salud de quienes cuenten con dicha condición, sino que se constituía más bien como una norma complementaria y armonizadora respecto de los restantes ordenamientos cuyo objetivo era acatar las obligaciones del Estado mexicano en relación con el derecho humano a la salud; de ahí que el artículo 16, fracción IV, de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, no vulneraba este derecho.²⁰

20 Espectro autista. El artículo 16, fracción iv, de la ley general para la atención y protección de personas con esa condición, no vulnera el derecho humano a la salud. Tesis: P./J. 16/2016 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2012300, 6 de 29, Pleno Libro 33, Agosto de 2016, Tomo I, Pág. 482, Jurisprudencia(Constitucional). Esta tesis se publicó el viernes 19 de agosto de 2016 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 22 de agosto de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

- ii. Que si bien el referido precepto establecía que la habilitación terapéutica era un *proceso de duración limitada*, lo cierto era que debía entenderse que esa temporalidad se encontraba sujeta, necesariamente, a que se hubiesen logrado sus objetivos fáctico y jurídico, a saber, lograr la integración social y productiva de las personas con la condición del espectro autista, por lo que no podría actualizarse la terminación del referido tratamiento médico sino hasta que se hubiese alcanzado, en la medida de lo posible, la mejoría física y mental de dichas personas, de tal suerte que se permitiera su plena inserción en la sociedad, lo cual debía evaluarse en cada caso concreto; en la inteligencia de que, una vez logrado el referido objetivo, si en el futuro la persona con la condición del espectro autista requiere, por alguna razón, retomar el tratamiento terapéutico para continuar con sus actividades sociales, es factible que se le otorgue el mismo hasta que, nuevamente, se logre el estado de mejoría posible y necesario para que pueda reintegrarse de manera plena a la sociedad.

En esas condiciones, la SCJN decidió que las fracciones analizadas de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, no vulneraban el derecho humano a la salud.²¹

21 Espectro autista. El artículo 3, fracción ix, de la ley general para la atención y protección de personas con esa condición, al establecer que la habilitación terapéutica es un proceso de duración limitada, no viola el derecho a la salud. Tesis: P/J. 17/2016 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época. 2012301, 5 de 29, Pleno Libro 33, Agosto de 2016, Tomo I, Pág. 481, Jurisprudencia(Constitucional). Esta tesis se publicó el viernes 19 de agosto de 2016 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 22 de agosto de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

- d) La primera Sala de la SCJN ha establecido en jurisprudencia, el criterio de que el derecho a la salud, entre varios elementos, comprende:
- i. El disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como la exigencia de que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas.
 - ii. Que se proporcionen con calidad los servicios de salud, lo cual tiene estrecha relación con el control que el Estado haga de los mismos. Esto es, para garantizar la calidad en los servicios de salud como medio para proteger el derecho a la salud, el Estado debe emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin. Una de estas acciones puede ser el desarrollo de políticas públicas y otra, el establecimiento de controles legales. Así, una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, tal como dispone el legislador ordinario en el artículo 271, segundo párrafo de la *Ley General de Salud*.²²
- e) El cuarto tribunal colegiado de circuito del centro auxiliar de la tercera región, con residencia en Guadalajara, Jalisco ha sostenido que no se vulnera el derecho humano de protección a la salud con la determinación de separar de

22 Tesis: 45 Apéndice de 2011, Novena Época 1001554, 29 de 29 Primera Sala, Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Segunda Sección - Derecho a la salud, Pág. 885, Jurisprudencia (Administrativa). Derecho a la salud. Su protección en el artículo 271, segundo párrafo, de la ley general de salud.

su cargo a un funcionario público, y como consecuencia desincorporarlo del instituto de salud al cual se encontraba afiliado.

El tribunal expuso que entre los servicios de salud que el Estado Mexicano otorga a los gobernados, existen aquellos que bajo ciertas normas y condiciones se prestan a los trabajadores, tanto a los del Estado, cuya relación se encuentra prevista por el artículo 123, apartado B, de la Constitución, como a quienes su nexo laboral se rige por el apartado A del citado artículo, pero también se cuenta con diversas instituciones de salud, dependientes de los tres niveles de gobierno, que prestan sus servicios a personas que no se encuentran en alguno de los supuestos de previsión social referidos, los cuales, incluso, pueden estar exentos del pago de contribución alguna. En ese contexto, la determinación de separar de su cargo a un servidor público y, como consecuencia, desincorporarlo del instituto de salud al cual se encontraba afiliado, no vulnera el derecho humano de protección a la salud que la Constitución Federal y diversos tratados internacionales tutelan en su favor de conformidad con el artículo 1o. constitucional, ya que, con independencia de que el instituto de salud ya no le otorgue sus servicios, existen otras instituciones públicas, de los tres niveles de gobierno, que pueden brindárselos.²³

- f) Independientemente de las directrices que se marcan en el caso anterior, el cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito, ha sostenido el criterio consistente en que el artículo 109 de la Ley del Seguro Social dispone, sustancialmente, que cuando un trabajador quede privado de trabajo remunerado, pero haya cubierto inmediatamente antes de tal privación un mínimo de ocho

23 Derecho a la protección de la salud. La determinación de separar de su cargo a un servidor público y, como consecuencia, desincorporarlo del instituto de salud al cual se encontraba afiliado, no vulnera ese derecho humano. Tesis: III.4o.(III Región) 22 A (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época 2003970, 19 de 29 Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, Pág. 1385, Tesis Aislada(Constitucional) Ocultar datos de localización.

cotizaciones semanales ininterrumpidas, conservará, durante las ocho semanas posteriores a su baja, el derecho a recibir la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sean necesarias, derecho del que también deben gozar sus beneficiarios.

El tribunal consideró que el derecho a la salud que establece el indicado precepto debe interpretarse atendiendo al principio *pro persona*, como aquel que la institución de seguridad social debe proporcionar hasta que se encuentren totalmente recuperados el asegurado o sus beneficiarios de las causas por las que solicitaron sus servicios.²⁴

- g) La *Suprema Corte de Justicia de la Nación*,²⁵ ha indicado que las condiciones de aplicación del concepto de igualdad y supuestos de protección se han ampliado significativamente con el contenido de los tratados internacionales y un ejemplo de ello lo constituye la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, que establece criterios específicos para verificar si existe o no discriminación, los cuales complementan materialmente a los preceptos constitucionales. Por tanto, al atender a esos ordenamientos, que reconocen como derecho humano a la protección de la salud para todas las personas, sean hombres o mujeres, las leyes en materia de se-

24 Seguro social. Si el asegurado o sus beneficiarios acuden a solicitar atención médica dentro de las ocho semanas posteriores a que quedó privado de su trabajo y aquélla se prolonga por un periodo mayor, no debe dejar de proporcionarse el servicio, en aras de preservar el derecho a la salud (interpretación del artículo 109 de la ley de la materia). Tesis: I.4o.A.6 A (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época 2001188, 24 de 29, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro X, Julio de 2012, Tomo 3, Pág. 2056, Tesis Aislada (Constitucional, Laboral).

25 Derecho humano a la igualdad jurídica. Su ámbito material de validez a partir de la reforma constitucional publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011. Tesis 1a. XL/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación el viernes 14 de febrero de 2014 a las 11:05 horas y en su Gaceta, Décima Época, Libro 3, Tomo I, febrero de 2014, página 648.

guridad social no deben ocasionar ningún tipo de discriminación por razón de edad, máxime si por razones que tienen un origen variado, las personas no pueden acceder a un primer empleo a una edad temprana, lo cual de ninguna forma puede ser una circunstancia para excluirlas de la cobertura de los seguros sociales, pues ello ocasionaría la desprotección del derecho a la salud.²⁶

- h) Otro caso en el que se ha pronunciado nuestro poder judicial sobre la importancia del principio de equidad es el que resolvió el primer tribunal colegiado en materia administrativa del cuarto circuito, en el que estableció que, tanto la *Constitución Federal* en sus artículos 1o. y 4o., como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en sus dispositivos imponen la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos, sin discriminación alguna, obligados también a garantizar la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a la salud y a reconocerlo como un bien público, adoptando medidas para garantizar ese derecho, como la atención primaria de la salud, la prevención y tratamiento de enfermedades, la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, poniendo todo ello al alcance de los individuos y sus familiares; todo lo cual implica que el principio de igualdad y de no discriminación por razón de salud, es vinculante para todos los Poderes Públicos, lo que incluye al legislador en la regulación de las relaciones entre la Institución de Seguridad Social y los individuos que la integran.

De esta manera, el tribunal colegiado concluyó que el *Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Nuevo León* es el órgano que se ocupa de proporcionar las

26 Salud. La edad no puede ser una circunstancia para excluir de la cobertura de los seguros sociales a persona alguna, pues ello ocasionaría la desprotección de ese derecho humano. Tesis: IV.1o.A.24 A (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2007539 14 de 29 Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, Pág. 2593, Tesis Aislada (Constitucional) Ocultar datos de localización. Esta tesis se publicó el viernes 26 de septiembre de 2014 a las 9:45 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

prestaciones en materia de seguridad social por el solo hecho de ser trabajador al servicio del Estado, y en tales circunstancias, el derecho a recibir los servicios médicos se adquiere sin que medie otra condición que no sea ser trabajador del Estado, independientemente de la edad que tengan al incorporarse por primera vez al servicio profesional.

En dicha tesitura, el tribunal colegiado determinó que la disposición normativa que ordenaba que no se podían considerar sujetos de incorporación al régimen de seguridad social los servidores públicos que, al ingresar por primera vez al servicio, hayan cumplido cincuenta años de edad; era violatoria de las garantías individuales de igualdad y de no discriminación por razón de edad. Asimismo, indicó que las restricciones deben encontrar justificación en razones objetivas.²⁷

i) El tercer tribunal colegiado de circuito del centro auxiliar de la primera región,²⁸ con residencia en la Ciudad de

27 Salud. La ley del instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado de nuevo león, vigente antes del veinticinco de octubre de dos mil trece. El artículo 4o., Fracción iv, al señalar que no se considerarán sujetos de incorporación al régimen de seguridad social los servidores públicos que, al ingresar por primera vez al servicio hayan cumplido cincuenta años de edad; viola los artículos 1o. Y 4o. De la constitución general de la república e inobserva el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Tesis: IV.1o.A.25 A (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2007540 13 de 29, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, Pág. 2594, Tesis Aislada(Constitucional). Esta tesis se publicó el viernes 26 de septiembre de 2014 a las 9:45 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

28 Norma oficial mexicana nom-168-ssa1-1998, del expediente clínico. No obstante lo establecido en su punto 5.5., Basta la solicitud del paciente para que le sean expedidas las constancias de los estudios clínicos y patológicos que le fueron practicados. Tesis: I.3o.(I Región) 8 A (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2001385 22 de 29, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Pág. 1838, Tesis Aislada(Constitucional).

México ha decretado que el punto.5.5. de la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 1999, es inconstitucional al disponer que ante la solicitud del paciente para que le sean expedidas las constancias de los estudios clínicos y patológicos que le fueron practicados, se prevea el que solamente se otorgue un resumen al paciente.

De acuerdo a lo que expone el tribunal, la referida norma no respeta el derecho humano a la salud, al no proporcionar los documentos gráficos e imagenológicos de cualquier índole en los que el personal médico registra sus intervenciones del estado psicosomático del gobernado y que contiene el citado expediente, lo que implica que no existe un juicio razonable ni un motivo lógico que impida al interesado allegarse de la información detallada atinente a su estado de salud. Además, menciona que dicha disposición tampoco es acorde con los lineamientos contenidos en los artículos 25 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, al imponer como condición para la expedición del resumen clínico, que tenga que justificarse el motivo por el cual se solicita, la cual resulta innecesaria, al tratarse de un derecho elemental de acceso a la información exacta del estado de salud del interesado, en el que deben brindársele las facilidades necesarias para ello.

Por lo tanto concluye dicho tribunal que basta la solicitud del paciente para que le sean expedidas las constancias de los estudios clínicos y patológicos que le fueron practicados, no obstante lo establecido en el punto 5.5. de la indicada norma. Al respecto, es importante el siguiente criterio:

NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA1-1998, DEL EXPEDIENTE CLÍNICO. ATENCIÓN AL PRINCIPIO PRO HOMINE EN EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, DEBE DECLARARSE LA INAPLICABILIDAD DE SU PUNTO 5.5. AL CASO CONCRETO, AL OMITIR LOS LINEAMIENTOS RESPECTO AL PRÉSTAMO DE AQUÉL E IMPONER CONDICIONES PARA JUSTIFICAR LA ENTREGA,

ÚNICAMENTE, DEL RESUMEN CLÍNICO. En atención al pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010, cuya sentencia aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313, en el nuevo modelo de control constitucional, todos los Jueces del Estado Mexicano deben, en los asuntos de su competencia, inaplicar las normas que infrinjan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y/o los tratados internacionales de los que México sea parte, que reconozcan derechos humanos. Tutela que deriva del decreto que modificó la denominación del capítulo I, del título primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, específicamente, los párrafos segundo y tercero de su artículo 1o. De tal manera que el derecho humano a la salud consagrado en el precepto 4o. de la propia Ley Fundamental, en relación con los numerales 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es indispensable para el ejercicio de los demás reconocidos en los pactos internacionales y en nuestro orden jurídico, ya que no puede circunscribirse al significado del vocablo, pues contiene un sinnúmero de derechos y obligaciones, tanto internos como externos, es decir, a nivel nacional e internacional, cuyas obligaciones cobran especial importancia en cuanto a proporcionar los medios necesarios para que el ser humano tenga acceso efectivo a la salud, en cuanto al derecho de ser informado en todo momento, sin mayores requisitos ni condicionantes, sobre su estado de salud. Consecuentemente, si el punto 5.5. de la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico, publicada

en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 1999, omite los lineamientos respecto al préstamo del expediente clínico de los pacientes e impone condiciones para justificar la entrega, únicamente, del resumen clínico de la información contenida en dicho expediente, atento al principio pro homine que los Jueces están obligados a considerar en ejercicio del control de convencionalidad al que están sujetos, debe declararse su inaplicabilidad al caso concreto.²⁹

- j) Por su parte, el tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito, determinó que, en lo referente a la actuación de los médicos particulares y los hospitales privados, el derecho a la protección de la salud también impone deberes a estos últimos y no sólo a los poderes públicos.

En dichas circunstancias, ese tribunal consideró que los casos derivados de una *mala praxis médica* encuentran su cauce a través de procesos ordinarios (civiles, arbitraje médico, etcétera). Por tanto, aunque el juzgador debía estudiar cada controversia bajo el entendimiento de que la protección de la salud constituye un “fin público” y que los médicos particulares pueden vulnerar ese derecho, ello no significa que, por esa sola razón, debiera soslayarse o inobservarse las instituciones de derecho privado aplicables. En todo caso, indica el tribunal debía analizar cuál es la finalidad de cada institución y qué derecho busca proteger, para determinar si ésta es compatible con el derecho a la protección de la salud.

29 Norma oficial mexicana nom-168-ssa1-1998, del expediente clínico. Atento al principio pro homine en ejercicio del control de convencionalidad, debe declararse la inaplicabilidad de su punto 5.5. Al caso concreto, al omitir los lineamientos respecto al préstamo de aquél e imponer condiciones para justificar la entrega, únicamente, del resumen clínico. Tesis: I.3o.(I Región) 7 A (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época 2001384, 23 de 29, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Pág. 1837 Tesis Aislada (Constitucional).

En el caso de la prescripción extintiva de la acción, el tribunal estimó que con ella se busca salvaguardar el principio de seguridad jurídica, al impedir que los particulares se enfrenten a la incertidumbre que les generaría desconocer hasta cuándo podrían ser sometidos a un juicio para dilucidar su responsabilidad; y ello resultaba compatible con el derecho a la protección de la salud, porque no impedía que el afectado obtenga la reparación del daño causado, sólo le impone un límite temporal para el ejercicio de la acción, con la finalidad de salvaguardar el principio de seguridad jurídica a favor del demandado.

Por consiguiente, el tribunal concluyó que en los casos de negligencia médica, resulta aplicable el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal, sin que ello implicara violación al derecho a la protección de la salud, porque la prescripción extintiva de la acción constituye una medida razonable, en cuanto busca garantizar la seguridad jurídica del demandado, así como proporcional, dado que el plazo de dos años para el ejercicio de la acción debe computarse hasta que se tenga conocimiento cierto del daño causado.³⁰

- k) El cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito, también ha establecido el marco constitucional, legal y convencional del derecho de protección de la salud, tratándose del retiro de un militar por padecer obesidad.

El tribunal estimó que del examen de los artículos 1o., 4o. y 123 de la Constitución, se advierte que su teleología es la no discriminación, el respeto pleno a la dignidad de las

30 Prescripción extintiva de la acción. Resulta aplicable a las acciones emprendidas para lograr la reparación de los daños causados por una mala praxis médica, sin que ello implique violación al derecho a la protección de la salud. Tesis: I.3o.C.226 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2009853, 10 de 29 Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III, Pág. 2418, Tesis Aislada (Constitucional, Civil). Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

personas, la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la permanencia en el empleo. Así, en lo tocante al derecho a la protección de la salud, ninguno de los citados preceptos establece que la obligación de procurarla desaparece tratándose de personas con padecimientos de obesidad; por el contrario, proponen los elementos para conservarla, respetar su dignidad, darles asistencia social y proseguir con su rehabilitación. En este sentido, el Congreso de la Unión y las Legislaturas Locales aprobaron diversas leyes secundarias mediante las cuales organizaron la prestación de los servicios de salud y pretenden erradicar la discriminación, entre las que cabe citar la Ley General de Salud, la cual señala, entre las finalidades del referido derecho: i) El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; ii) La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana; iii) El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población (artículo 2o.).

Al propio tiempo, el tribunal indica que la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* define a la discriminación como toda distinción, exclusión o restricción que, basada, entre otras causas, en la condición de salud, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas (artículo 4), y prohíbe toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades (artículo 9).

Asimismo indica que por lo que se refiere a los tratados internacionales, aquellos relevantes y pertinentes son los siguientes: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convenio Número 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación; y, Convenio sobre la Readap-

tación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas (número 159) de la Organización Internacional del Trabajo.

En este orden de ideas, en el caso de que un militar sea retirado por padecer obesidad, de conformidad con la legislación secundaria aplicable, el marco relevante al caso lo constituye el derecho fundamental a la salud y su consecuente garantía de seguridad social (artículo 4o. de la Carta Magna), que no puede transgredirse como resultado de una interpretación no garantista ni protectora, que ocasione una actuación discriminatoria de la autoridad, en contravención al aludido artículo 1o. constitucional, por lo que, en orden a preservar y respetar el mencionado derecho fundamental, deben otorgarse los medios técnicos, médicos o científicos a través de la institución encargada de la seguridad social para tratar dicho padecimiento.³¹

- 1) Por su parte, el cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito, ha establecido que el Estado Mexicano ha suscrito convenios internacionales que muestran el consenso internacional en torno a la importancia de garantizar, al más alto nivel, ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute del derecho a la salud, y existen documentos que las desarrollan en términos de su contenido y alcance.

En este sentido, el tribunal colegiado indica que uno de los más importantes es la *Observación General Número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales* de la *Organización de las Naciones Unidas*, organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados firmantes del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, del cual México es parte y el que, esencialmente, consagra la obligación de proteger, respetar y cumplir progresivamente el derecho a la salud y no

- 31 Derecho a la protección de la salud. Marco constitucional, legal y convencional aplicable para su preservación y respeto, tratándose del retiro de un militar por padecer obesidad. Tesis: I.4o.A.85 A (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época 2004682, 16 de 29, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3 Pág. 1757 Tesis Aislada(Constitucional).

admitir medidas regresivas en su perjuicio, absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y sin condicionamiento alguno, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, políticas y planes detallados para su ejercicio, tomando, al mismo tiempo, medidas que faciliten el acceso de la población a los servicios de salud, es decir, este ordenamiento incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho.

En estas condiciones, refiere el propio tribunal colegiado que ese cumplimiento requiere que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, adoptando una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para su ejercicio, cuando menos en un mínimo vital que permita la eficacia y garantía de otros derechos, y emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población, entre las que figuran, fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud; verbigracia, la realización de investigaciones y el suministro de información, velar porque el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y de alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, al igual que apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.³²

32 Derecho a la salud. Forma de cumplir con la observación general número 14 del comité de los derechos sociales y culturales de la organización de las naciones unidas, para garantizar su disfrute. Tesis: I.4o.A.86 A (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época 2004683, 15 de 29 Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, Pág. 1759, Tesis Aislada(Constitucional).

V. Conclusión

El poder judicial de la federación ha generado diversos criterios jurisprudenciales que permiten ir creando los linderos conceptuales del derecho humano de protección a la salud. Los criterios expuestos son apenas los primeros rasgos de la fisonomía que este derecho debe ir adquiriendo con el tiempo.

Es importante resaltar que, al interpretar el derecho de protección de la salud, nuestro poder judicial hace referencia constante a los principios *Pro Homine*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que asegura que nuestro país va en la misma dirección que el sistema regional interamericano al que orgullosamente pertenecemos.

Las bases están sentadas para que el desarrollo interpretativo de este derecho humano se logró de manera óptima, quizá la interrogante que queda es en cuánto tiempo habrá de lograrse una interpretación razonablemente plena.

Bibliografía

Alpa, G. (2016). *La Responsabilidad Civil, parte general, tomo I*. Lima : Ediciones Legales .

Constitución Provincial de Córdoba, Argentina. (1987).

Derecho a la protección de la salud. La determinación de separar de su cargo a un servidor público y, como consecuencia, desincorporarlo del instituto de salud al cual se encontraba afiliado, no vulnera ese derecho humano., 2003970 (Tribunales Colegiados de Circuito Julio de 2013).

Derecho a la protección de la salud. Marco Constitucional, legal y convencional aplicable para su preservación y respeto, tratándose del retiro de un militar por padecer obesidad., 2004682 (Tribunales Colegiados de Circuito Octubre de 2013).

Derecho a la salud. Su protección en el artículo 271, segundo párrafo, de la ley general de salud., 1001554 (Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación 2011).

Derecho humano a la igualdad jurídica. Su ámbito material de validez a partir de la reforma constitucional publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011., Tesis 1a. XL/2014 (14 de Febrero de 2014).

Espectro autista. El artículo 16, fracción IV, de la ley general para la atención y protección de personas con esa condición, no vulnera el derecho humano a la salud., 2012300 (Pleno. Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Agosto de 2016).

Espectro autista. El artículo 3, fracción IX, de la ley general para la atención y protección de personas con esta condición, al establecer que la habilitación terapéutica es un proceso de duración limitada, no viola el derecho a la salud., 2012301 (Pleno. Suprema Corte de Justicia de la Nación 22 de Agosto de 2016).

Instituciones públicas de salud. Para dar de alta a un paciente y concluir sus obligaciones en la materia, es insuficiente que una tercera persona pueda estar a cargo de él, si no se justifica objetivamente que dicha persona cuenta con los medios ..., 2012853 (Tribunales Colegiados de Circuito 14 de Octubre de 2016).

Instituciones públicas de salud. Para dar de alta a una persona hospitalizada por varios padecimientos graves, deben justificar con los estudios médicos necesarios que su mejoría es integral., 2012854 (Tribunales Colegiados de Circuito 14 de Octubre de 2016).

Ley General de Salud .

Norma oficial mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico. Atento al principio pro homine en ejercicio del control de la convencionalidad, debe declararse la inaplicabilidad de su punto 5.5 al caso concreto, al

omitir los lineamientos respecto al ..., 2001384 (Tribunales Colegiados de Circuito Agosto de 2012).

Norma oficial mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico. No obstante lo establecido en su punto 5.5., basta la solicitud del paciente para que le sean expedidas las constancias de los estudios clínicos y patológicos que le fueron practicados ..., 2001385 (Tribunales Colegiados del Circuito Agosto de 2012).

Nulidad de Contrato. Condiciones necesarias para que el pacto de sumisión a cierta ley conduzca a su invalidez por violación al artículo 121 constitucional, 2014692 (Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación 7 de Julio de 2017).

Prescripción extintiva de la acción. Resulta aplicable a las acciones emprendidas para lograr la reparación de los daños causados por una mala praxis médica, sin que ello implique violación al derecho a la protección de la salud. , 2009853 (Tribunales Colegiados de Circuito 28 de Agosto de 2015).

Prescripción extintiva de la acción. Resulta aplicable a las acciones emprendidas para lograr la reparación de los daños causados por una mala praxis médica, sin que ello implique violación al derecho a la protección de la salud., 2009853 (Tribunales Colegiados de Circuito. Agosto de 2015).

Salud. El derecho a su protección conforme al artículo 4o., tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una responsabilidad social., 1001558 (Pleno. Suprema Corte de Justicia de la Nación 2011).

Salud. La edad no puede ser una circunstancia para excluir de la cobertura de los seguros sociales a persona alguna, pues ello ocasionaría la desprotección de ese derecho humano., 2007539 (Tribunales Colegiados de Circuito 26 de Septiembre de 2014).

Salud. La ley del instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del Estado de Nuevo León, vigente al del veinticinco de octubre de dos mil trece. El artículo 4o., fracción IV, al señalar que no se considerarán sujetos de incorporación..., 2007540 (Tribunales Colegiados de Circuito 26 de Septiembre de 2014).

Sánchez Cordero de García Villegas , O. (2011). Presentación . En F. S. García, Derecho a la salud . México : Porrúa .

Santilla Meneses , G. (2005). *Breviario Jurídico intitulado Medicamentos genéricos en la legislación mexicana*. México: Porrúa.

Seguro Social. Si el asegurado o sus beneficiarios acuden a solicitar atención médica dentro de las ocho semanas posteriores a que quedó privado de su trabajo y aquella se prolonga por un periodo mayor, no debe dejar de proporcionarse el servicio, ..., 2001188 (Tribunales Colegiados de Circuito Julio de 2012).

Suspensión del acto impugnado. El artículo 24, primer párrafo, de la ley federal de procedimiento contencioso administrativo vigente hasta el 13 de junio de 2016, que prevé lo relativo a su concesión, no vulnera el principio de seguridad jurídica., 2014978 (Segunda Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación 25 de Agosto de 2017).

Tullio, Á. (1999). *Diccionario médico legal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

El derecho al agua: Derecho internacional ambiental y orden constitucional

Karla Elizabeth Mariscal Ureta¹

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA. II. EL AGUA EN EL CONTEXTO GLOBAL. III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AGUA. IV. EL ACCESO AL AGUA COMO DERECHO HUMANO. CASO MÉXICO. V. EL TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA. VI. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Nota introductoria

La gobernanza global del agua en concepto nos conduce a entender que para enfrentar adecuadamente los problemas vinculados con los recursos hídricos se requiere de una perspectiva que incorpore obligatoriamente la dimensión ambiental, que conciba como un hecho irrefutable que el agua es un recurso natural esencial para mantener la vida en el planeta y que la única forma de seguir disfrutando de este recurso es a través del cuidado del ciclo hidrológico y de los ecosistemas que lo hacen posible tanto desde las instituciones jurídicas nacionales como de las internacionales.

1 Doctora en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, Posdoctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt nivel I, posdoctoradokem@hotmail.com.

Sin esta conciencia, ni la congruencia en las acciones de los gobiernos, no es posible adoptar medidas realmente eficaces para garantizar los recursos hídricos como una parte de los derechos humanos.

La conjunción entre globalización y Derecho, refiere la expansible relación entre problemas de alcance planetario –llamados globales–, y aquellas estructuras normativas establecidas para contenerlos, aspectos que necesariamente nacen en el Derecho Internacional pero que se nutren de las disposiciones constitucionales locales de los Estados-nación, lo que hace indispensable el dialogo supranacional para lograr respuestas efectivas.

Luego entonces, se expone que los procesos de constitucionalización del Derecho Internacional y de internacionalización del Derecho Constitucional, implican un verdadero y permanente intercambio de ideas y estrategias de cooperación así como de armonización que generen respuestas ante situaciones de impacto global como la gobernanza del agua.

Así pues, advertimos que éstos procesos obedecen no solo a una empeñosa decisión, o al seguimiento de una tendencia mundial, sino a la imperiosa necesidad de fomentar y fortalecer el nuevo modelo constitucional que se dibuja en el contorno del Derecho Internacional, ante desafíos de significativa trascendencia global, en donde apreciamos innumerables ventajas, pero también singulares complicaciones. Por lo que, ésta transición constitucional nos coloca en posiciones mucho más abiertas e integradoras que constituyen un reto considerable para la evolución del constitucionalismo latinoamericano.

De tal suerte que, nuestros esquemas de tutela latinoamericana deben establecer parámetros claros y contundentes que privilegien el dialogo entre los diversos actores, pero sobre todo que ofrezcan soluciones planeadas, armonizadas y objetivas para el abatimiento de la escasez y la contaminación del agua y de las fuentes de riqueza hídrica.

En este orden de ideas, el Derecho Internacional y Derecho Interno convergen por un mejor Estado de Derecho en el nuevo modelo latinoamericano constitucional, y este nuevo modelo representa una oportunidad de tutela efectiva para ejes

como el agua, requiriendo de un marco fuerte, claro y decisivo, lo que debe ser la meta a alcanzar en el diálogo constitucional, por los actores nacionales e internacionales del Derecho, el llamado *–ius comune Latinoamericano–*.

En México, el problema del agua tiene una fuerte trascendencia social y política, pues es un país que basa mucho su economía en la producción de sector primario, así que por un lado, existe una fuerte demanda de agua potable y de alcantarillado de las familias, y por otro, una necesidad en las comunidades agrarias para procesos productivos, pues es una prioridad el contar con el agua suficiente para el desarrollo de sus cultivos.

Ahora bien, se estima que la transformación o destrucción de los ecosistemas acuáticos y terrestres, la sobreexplotación del recurso hídrico y la contaminación de los cuerpos de agua superficiales y de los acuíferos constituyen grandes problemas globales a superar, es decir, para que el agua no termine por agotarse y se logre conservar el ciclo hidrológico de manera sustentable, deben necesariamente contenerse y revertirse los efectos negativos.

En consecuencia, hoy es prioritario diseñar normas y políticas encaminadas a conservar el ciclo hidrológico y recuperar los ecosistemas acuáticos y acuíferos dañados, no obstante, este problema de índole global, debe para ser exitoso, plantearse desde la transversalidad, involucrando actores internos y externos de las naciones para consolidar agentes efectivos de cambio

II. El agua en el contexto global

El agua significa vida, progreso, desarrollo, esencia, tiene conexiones con todos los ámbitos de la vida humana desde necesidades básicas como la alimentación, la salud y la energía, hasta la actividad de la industria y el comercio, de tal manera

que, como bien expresa Ünver,² entender el futuro de los recursos hídricos es fundamental a la hora de analizar la prosperidad venidera y evitar una catástrofe.

Luego entonces, es indudable que sin agua no existe futuro ni desarrollo, por ello, ha sido un factor esencial para el crecimiento de las civilizaciones humanas. Riveros Pardo, sostiene que, “es indispensable para todo asentamiento humano, contar con un debido suministro para satisfacer las más vitales necesidades humanas”.³ Coincidimos con él, pero además creemos que dicho suministro debe aportar agua de calidad, es decir, desprovista de contaminantes. Hecho que al día de hoy no resulta sencillo para muchos países.

La riqueza natural ha enmarcado la distribución del agua en el mundo, existiendo regiones con mayor cantidad del líquido vital que en otras. Ahora bien, cabe señalar la consideración propuesta por Nieto que nos dice: “la historia del mundo está llena de tensiones provocadas por la escasez de recursos naturales: oro, diamantes y petróleo. Sin embargo, el agua, que hasta ahora no había sido considerada un factor de conflicto, con el cambio climático se convierte en el oro azul de este siglo”.⁴

De esta manera, en la composición global actual podemos advertir que pese a que algunas naciones fueron favorecidas en su geografía por vastas extensiones de agua, ésta se encuentra en muchos casos contaminada y no resulta tan idónea para el consumo humano o las actividades productivas.

- 2 Ünver, Olcay, “La sostenibilidad de un mundo con menos agua”, *Política exterior*, México, volumen XXVI, número 148, julio – agosto, 2012, p. 72.
- 3 Riveros Pardo, Daniel Felipe, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, *Revista de Derecho del Estado*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Nueva Serie, número 24, Julio 2010, p. 236.
- 4 Nieto, Nubia, “La gestión del agua, tensiones globales y latinoamericanas”, *Vulnerabilidad y adaptación al cambio ambiental global*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, número 36, 2011, p. 157.

Algunos factores han contribuido en la valorización del oro azul, tales como la incontrolable explosión demográfica, la contaminación de los cuerpos de agua y, sobre todo, el desperdicio del agua como práctica común, mismos que ponen en riesgo el aprovechamiento y uso de este recurso natural, por lo que su conservación y preservación exige de un tratamiento especial sobre el conocimiento de los conflictos existentes y de la innegable crisis de gobernabilidad de los recursos hídricos.⁵

En consecuencia, ante escenarios de crisis o de alerta en cuanto a la escasez de agua, consideramos prudente tomar acciones eficaces para el tratamiento jurídico, las que garantizan la protección del agua como recurso vital y por otro lado el acceso de todos a ella como derecho humano fundamental. Ahora bien por un lado estas dos tareas son muy complicadas y por el otro, incluso pueden llegar a oponerse, por ejemplo es tan grande la necesidad de agua de muchas comunidades que la utilizan sin establecer criterios sustentables, a veces por resolver una problemática en el corto plazo se pone en riesgo la solvencia de los recursos a mediano o largo plazo.

De tal suerte que, hoy resulta imperioso tomar en cuenta la universalidad de los derechos humanos como el de acceso al agua de calidad de todos los seres del planeta para garantizar un medio ambiente sano, que se traduzca en la conservación del equilibrio ecológico como garantía de preservación y subsistencia, pero además como elemento insustituible y condicionante del desarrollo y la sustentabilidad.

Luego entonces, debemos tomar conciencia, como bien señalan Landa y Carabias⁶ de que, la falta de prioridad en la con-

5 Camargo González, Ismael y Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, “Escasez de agua: en busca de soluciones normativas”, en *Revista Jurídica JUS Cuerpo Académico de Derecho Constitucional*, Facultad de Derecho Culiacán, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, Núm. 2, Enero a Junio 2012, p. 53.

6 Landa, Rosalba y Carabias Julia, “nuevas perspectivas frente a los problemas del agua en México”, en Calva, José Luis (coord.), *Sustentabilidad y desarrollo ambiental*, México, Universidad Nacional Autónoma de México–Porrúa, 2007, p. 119.

servación del ciclo hidrológico generó daños ambientales importantes y algunos irreversibles entre los cuales se pueden mencionar la deforestación, el azolvamiento de cuerpos de agua, la disminución de los caudales de los ríos y de la recarga de acuíferos., el desvío de cauces de ríos por diversas obras de infraestructura y la contaminación de los cuerpos de agua que ha provocado la extinción de diversas especies acuáticas.

Así, fenómenos como el cambio climático y el calentamiento global desembocan en la escasez de agua (sequía) o en su abundante precipitación (inundación), ambos efectos son sumamente perniciosos para la salud y sobrevivencia del ser humano del planeta, efectos que hemos constatado con gran fuerza en los últimos años en diferentes ciudades y países.⁷ Por ello, se deben diseñar políticas hídricas que reviertan en el mejor de los casos o que al menos minimicen tales efectos.

De alguna manera, Landa y Carabias⁸ manifiestan que, la política hidráulica impulsada durante el siglo pasado se centró fundamentalmente en el uso, aprovechamiento y explotación del agua y construyó una parte importante de la infraestructura básica indispensable para el desarrollo social y económico nacional. No obstante, estos incuestionables avances, no tuvieron la relevancia ambiental necesaria ni la tendencia a la explotación del agua de forma sustentable, desencadenando en consecuencia en graves problemas ambientales de contaminación y escasez.

Lo anterior nos lleva a cuestionar, de forma importante, la política hidráulica o bien política hídrica seguida hasta nuestros días, pues ante los escenarios actuales hoy se hace urgente el diseño y la instrumentación de una política hídrica mucho más integral y globalizada, cuyos principios rectores sean la conservación del ciclo hidrológico y de los ecosistemas naturales vinculados a este, así como el manejo integral del agua de forma sustentable, que tenga entre sus metas revertir las

7 Camargo González, Ismael y Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, *op. Cit.*, p. 57.

8 Landa, Rosalba y Carabias Julia, *op. Cit.*, p. 118.

tendencias del deterioro del recurso hídrico y plantear el desarrollo social y económico de forma planeada y organizada.

En cuando a la disponibilidad del agua, se estima que existe un grave problema en la medida en que los niveles de población muestran disparidades continentales, sobre el particular, Nieto⁹ observa la preocupación que existe en el continente asiático, que alberga más de la mitad de la población mundial y solo cuenta con el 36% de los recursos hídricos en el mundo. Y sí a esto le sumamos la contaminación del recurso, se está comprometiendo sustancialmente la salud pública y el desarrollo de determinadas actividades productivas.

En este mismo orden de ideas, América Latina presenta el problema de la escasez y la contaminación del agua, como una cuestión compleja que involucra diversos actores públicos, privados y sociales, inadecuadas políticas de gestión pública, déficit en el tratamiento de agua residuales, la falta de compromiso de empresas privadas multinacionales para invertir en infraestructuras y proyectos no sustentables, así como también la irresponsabilidad ciudadana en el cuidado del vital líquido.

Luego entonces, el fenómeno de la escasez incide en la falta de agua a escala mundial, grave preocupación para los gobiernos de todo el mundo, de tal forma que, como advierte Menéndez Rexach,¹⁰ el agua puede definitivamente considerarse como un bien público colectivo global, de ahí su importancia, pues si los bienes públicos son aquellos en que sus beneficios se extienden a todos los países, personas y generaciones, sin duda alguna, el agua puede ser considerada un bien público global. Pero además, un bien de orden colectivo porque pertenece a todos al mismo tiempo, es parte pues del medio ambiente integrado.

9 Nieto, Nubia, *op. Cit.*, p. 166.

10 Menéndez Rexach, Ángel, “El agua como bien jurídico global: El derecho humano al agua”, *La protección de bienes jurídicos globales. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, número 16, 2012, p. 189.

Ahora bien, la tarea de proteger este bien público global, hace indispensable el dialogo para lograr respuestas efectivas. Así, la gobernanza del agua, representa un importante reto para la comunidad internacional y para las estructuras internas.

El dialogo debe necesariamente darse en un escenario integrador de normas e instancias, en donde no se comprometan las soberanías nacionales pero tampoco se permita la violación a derechos fundamentales por los Estados, precisamente amparados en esos criterios de soberanía, pues éstos al ser producto de la decisión popular no pueden en ningún caso atentar contra su propia esencia: el bien común.

En este orden de ideas podemos entender por gobernanza del agua, aquel conjunto de prácticas tendientes a la resolución de conflictos en torno a la contaminación, escasez y distribución del agua, que al ser un bien de naturaleza colectiva, debe encontrar tratamiento desde una óptica global, tomando en consideración aquellos instrumentos internacionales que permitan mejorar el problema y sirvan como válvula de seguridad ante las prácticas de los Estados-nación y sus actores.

De modo que, este proceso de transición dogmática involucra expandir los esquemas tradicionales de soberanía para reconfigurar los ejes del Estado democrático inserto en la perspectiva del juego global.

Entre los instrumentos internacionales en materia de agua, podemos destacar los siguientes:

- Convención sobre el Desarrollo de Obras Hidroeléctricas que afecten más de un Estado (1923).
- Carta de las Naciones Unidas (1945).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1967).
- Carta Europea del Agua (1968).
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969).
- Declaración de Estocolmo (1972).
- Convención sobre la Prevención de la Polución Marina por Basuras y Otras Materias (1972).

- Convención Internacional para la Prevención de la Polución por Barcos(1973).
- Carta de las Naciones Unidas sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974).
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982).
- Declaración de Róterdam (1983).
- Protocolo de San Salvador (1988).
- Declaración de La Haya sobre Medio Ambiente (1989).
- Declaración de Nueva Delhi (1990).
- Carta de la Comunidad Europea sobre Derechos y Obligaciones Ambientales (1990).
- Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo (1992).
- Declaración de Dublín (1992).
- Declaración de Ámsterdam (1993).
- Declaración de Nordwijk (1994).
- Hábitat agenda (Estambul, 1996).
- Declaración de París (1998).
- Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de Ríos Internacionales (1966).¹¹

Los instrumentos internacionales antes señalados representan esfuerzos de la comunidad internacional por reglamentar el uso del agua y de las actividades desarrolladas en ecosistemas con involucramiento de éste recurso, desde la perspectiva de los derechos humanos y su importancia como sustancia vital.

El marco internacional a diversas escalas ha sido precursor del cambio y fortalecimiento de las estructuras jurídicas internas de los Estados-nación, sin embargo, en algunas ocasiones también las esferas nacionales aportan al contexto internacional, por ello decimos que ha existido un importante contexto

11 Convenios y Tratados Internacionales sobre agua, Consultados en www.mapama.gob.es/es/agua/temas/convenios-acuerdos-internacionales/.

en donde normas de Derecho Internacional nutren esquemas constitucionales y viceversa.

No obstante, pese a contar con los instrumentos antes descritos además de las normatividades de Derecho interno y la jurisprudencia de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún no podemos decir que se ha encontrado una solución para los problemas vinculados al agua, por ello, es indispensable hacer efectivas y vigentes las normas y declaraciones signadas y tomar acciones entre los actores involucrados como sociedad y gobierno.

III. La protección jurídica del agua

En materia de derechos humanos, con el derecho de acceso al agua, a un medio ambiente sano o el derecho a la preservación de la riqueza cultural y los territorios de los pueblos originarios, hoy tenemos nuevas normas jurídicas que buscan brindar respuestas a nuevas realidades, las que implican nuevas formas de regular la vida y las relaciones de las sociedades. Ésta consideración no quiere decir que éstos aspectos no fuesen importantes años atrás o que no hayan sido derechos humanos, sino más bien que cada día es más difícil garantizar dichos derechos, porque se han ido comprometiendo paulatinamente casi de formas irreparables y ante esa agudizada dificultad es menester tomar medidas normativas más efectivas.

Las nuevas realidades requieren pues de mejores estrategias de aseguramiento de los derechos. En este tenor, fenómenos como la globalización y su expansión han modificado las relaciones entre los sujetos internacionales, Vallarta Plata¹² nos dice que, la globalización impacta como un conducto para buscar soluciones a conflictos actuales y, a partir de este proceso, se da una evolución en el tratamiento de los derechos humanos.

12 Vallarta Plata, José Guillermo, Vallarta Plata, José Guillermo, *La protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 238.

De lo anterior, podemos advertir que, la globalización se presenta como un juego necesario para resolver problemas y situaciones que trascienden la esfera nacional. Serna de la Garza, describe que la globalización se caracteriza por los siguientes aspectos:

- a) La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial;
- b) El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional;
- c) El surgimiento de nuevos actores en la política internacional;
- d) La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales y;
- e) La emergencia de problemas de dimensión planetaria.¹³

Lo señalado nos lleva a pensar en un nuevo esquema de escenarios internacionales, en donde por un lado, los individuos se relacionan más intensamente a través de medios de comunicación accesibles, sencillos y mundiales, y por otro, las negociaciones comerciales alcanzan un impacto transnacional con redes de distribución y consumo mucho más amplias, y en consecuencia, la fusión de normas y políticas de fuente internacional permea los tejidos internos de las naciones.

Ahora bien, esta postura global también favorece la difusión y consolidación de los derechos fundamentales, generando polémica en cuanto al nivel de observancia de criterios internacionales por los Estados-nación. Ochoa Hofmann argumenta sobre la cuestión que, “la no renuncia a la soberanía por los Estados debilita la posibilidad de establecer un sistema de justicia especial para los derechos humanos”.¹⁴ Así pues, los

13 Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 54.

14 Ochoa Hofmann, Alonso Estuardo, “Regulación y creación de organismos nacionales e internacionales”, en Zaragoza Martínez, Edith Mariana (coord.), *Ética y derechos humanos*, México, IURE Editores, Volumen 1, 2008, p. 258.

términos globalización y soberanía son para muchos conceptos casi antagónicos.

Sin embargo, nos atrevemos a afirmar que entre el enfoque de globalización y el de soberanía no debe trazarse una separación, pues consideramos que las nuevas dinámicas no deben apostar por trasgredir la voluntad particular de los Estados (ciudadanos representados), ni mucho menos amenazar el Derecho interno, por el contrario, debe permear un intercambio entre condiciones nacionales e internacionales, que en materia de derechos humanos, favorezca la integración de parámetros más amplios de protección y por supuesto mucho más eficaces. No es posible argumentar el no cumplimiento a la defensa de los derechos por oponer el concepto de soberanía, los países deben respetar los pactos, declaraciones y convenciones de derechos humanos a pesar de que no les con venga, los derechos humanos no son un asunto negociable.

Becerra Ramírez señala que, “la revaloración de los Tratados Internacionales y en general el Derecho Internacional funcionan como la columna vertebral de la globalización y concretamente, en el caso de los derechos humanos, de la creación de una especie de orden público internacional”.¹⁵ Estos instrumentos internacionales permiten a través del acuerdo de voluntades de los países parte llegar a consensos, políticas y acciones conjuntas, que en el caso de los derechos humanos redundan en asegurar su eficacia y cumplimiento.

Por ello, coincidimos con Saltalamacchia Ziccardi y Covarrubias Velasco, cuando expresan que, “los Tratados Internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, por las

15 Becerra Ramírez, Manuel, “Notas sobre la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en Pampillo Balño, Juan Pablo y Munive Páez, Manuel Alejandro (coords.), *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*. México, Porrúa, Volumen Derecho Internacional Público, 2012, p. 141.

diferencias de cultura, política y economía)”.¹⁶ De esta manera, estos acuerdos de carácter internacional obligan a los Estados a adecuar sus normas y políticas a nuevas realidades mucho más integradoras en el proceso que muchos denominan constitucionalización del Derecho Internacional o internacionalización del Derecho Constitucional, ahora bien, lo circunstancial radica en buscar el balance entre la pauta internacional y el Derecho interno, para armonizar y mejorar las relaciones, además de equilibrar los intereses.

En materia de derechos humanos, es destacable el atributo de “universalidad”, en virtud de que estos derechos son prerrogativas que se integran por parámetros mínimos con observancia universal, por lo que, en consideraciones de nuestra Suprema Corte de Justicia,¹⁷ todo ser humano, independientemente de su nacionalidad, raza, sexo, religión, edad, preferencia sexual, situación económica o cualquier otra condición semejante los debe poseer.

De esta forma, la idea de los derechos humanos se ha difundido a nivel internacional de manera creciente en el curso de la historia observándose, en el caso de México, algunas posiciones distintas atendiendo al momento político de cada etapa histórica.

Ahora bien, la posición de México ante la injerencia internacional en asuntos de derechos humanos se ha matizado y moldeado poco a poco. Así entonces, podemos estimar que fueron diversos y significativos acontecimientos los que dieron pauta a la apertura internacional de México en materia de protección y tutela de los derechos humanos, papel trascen-

16 Saltalamanchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: Antecedentes históricos”, en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos.*, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 70.

17 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos Humanos. Parte General*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 7.

dente han jugado las Convenciones, Declaraciones y Tribunales Internacionales.

A partir de la reforma constitucional de 2011, para México las normas contenidas en los Tratados Internacionales son un instrumento contundente en la expansión de la protección de los derechos humanos, en este sentido el Derecho interno de nuestro país, se ha visto fuertemente influenciado por las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de la marcada influencia que ejercen organismos como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y la propia Organización de la Naciones Unidas, entre otros organismos de orden internacional.

De tal manera que, la apertura que ha bridado la globalización y el posicionamiento que han adquirido los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, hacen posible una tutela más totalizadora e integral y una supervisión mucho más eficiente respecto a los derechos humanos, pues ante ópticas externas y el juicio de personajes públicos y de la sociedad civil de diferentes regiones, se exige con mayor fuerza e impacto la defensa de los derechos, ante la masificación de la información, ahora resulta más sencillo y tiene mayor alcance, el expresar y señalar en los distintos medios masivos de comunicación a escala mundial, las violaciones a los derechos humanos y sus consecuencias, en materia de agua, derecho al medio ambiente sano y derechos de las comunidades indígenas para el caso mexicano.

Asimismo, podemos advertir que han sido realmente transformadoras en positivo las resoluciones de tribunales internacionales como el Tribunal Latinoamericano del Agua y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV El acceso al agua como derecho humano. Caso México

En materia de agua, el acceso a la misma es un derecho humano fundamental con perspectiva global, poseyendo el atri-

buto de universalidad, pero además derivando de una temática o problemática mundial y común.

El 8 de febrero de 2012 se modificó el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incluir el derecho al acceso al agua entre los derechos humanos que ésta reconoce. Esta modificación obliga a revisar y adecuar los artículos 27, 73 y 115, a partir de ese momento constitucional, la parte dogmática de nuestra Constitución reconoce el acceso al agua como un derecho, sin embargo coincidiendo con Riveros Pardo, sostenemos que para garantizar dicho aspecto, “es necesario que la parte orgánica de la Constitución Política disponga de un sistema público que garantice estas prestaciones a la población más necesitada”.¹⁸

Ahora bien, el artículo 27 constitucional, fija que debe prevalecer el derecho colectivo o social sobre cualquiera otro de naturaleza eminentemente individual, subsecuentemente, se establece que la Nación ejerce dominio pleno, inalienable e imprescriptible sobre todos los recursos naturales que emanen del suelo, subsuelo, plataforma continental, zócalos submarinos, islas, mares territoriales y adyacentes, ríos, lagos, lagunas, esteros, es decir, de la propiedad originada de las tierras y aguas que se encuentren dentro del espacio geográfico y legal de nuestro país, en el marco de su territorio, ya sea aéreo, marítimo o terrestre a lo largo de sus fronteras.

De tal manera que, aunque el acceso al agua es un derecho humano investido de universalidad, y tal recurso natural, puede ser considerada como un bien colectivo global, definitivamente para nuestro sistema jurídico como para el de muchas otras naciones es un bien cuya propiedad es de la nación donde geográficamente se localice, hasta los límites acordados en pactos internacionales y en las propias Constituciones. Sin embargo, puede concesionarse o ser susceptible de apro-

18 Riveros Pardo, Daniel Felipe, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, *Revista de Derecho del Estado*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Nueva Serie, número 24, Julio 2010, p. 254.

piación por terceros nacionales o extranjeros, dependiendo de las reglas de cada nación.

Luego entonces, al agua se le ha otorgado valor económico, es inclusive materia de contratos, pero lo que no se debe hacer concluyentemente es contaminarla, y mucho menos sin responsabilidad, existen hoy mecanismos de control interno y externo que prevén las responsabilidades por contaminación o degradación del agua y de los ciclos hídricos e inclusive de los ecosistemas que se encuentran inmersos en ella. Es uno de los elementos del ambiente ligado al derecho a un medio ambiente sano también reconocido por nuestra Constitución en el artículo 4º de la Carta Fundamental, que se protege en leyes como la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Ley de Responsabilidad por Daño Ambiental, pero además en materia de uso, se vincula su protección a la Ley de Aguas Nacionales.

Estos mecanismos o instrumentos jurídicos proponen pautas de tutela y tratamiento, que derivan en consecuencias jurídicas negativas cuando no son respetadas, como hemos visto existen diferentes instrumentos internacionales que protegen el agua y también normas internas, por iniciativa voluntaria de los Estados o bien por presión de la comunidad internacional. Luego entonces, contaminar y derrochar el agua es un atentado al derecho al medio ambiente sano que es una responsabilidad adquirida por los países en diversas cumbres internacionales, pero que además se encuentra trasladado a los textos constitucionales como en el caso de México.

De tal manera que México cuenta con previsiones tanto de fuente nacional como internacional, estableciéndose un importante bagaje de normas e instituciones para la preservación de los derechos al medio ambiente sano y al acceso a agua de calidad, lo interesante es, definitivamente como garantizar dichos derechos.

Inclusive podemos manifestar que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁹ ha referenciado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en tor-

19 Tesis T.C.C.; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; p. 1502.

no al derecho humano de acceso al agua y por consiguiente al contenido del artículo 4º constitucional que establece que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad.

Sosteniendo que el Estado mexicano deberá garantizar que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios.

Reclamar el derecho al agua, lleva a considerar que el agua es fundamental para la vida. Schmidt y Hatch nos comentan que para 2012, “el 71% de la corteza terrestre es agua y el organismo humano está compuesto por 70% de agua. Sin agua, no serían posibles los procesos fisiográficos que regulan el clima, la formación del suelo ni la cobertura vegetal de todo el planeta”.²⁰ Sin embargo, ¿por qué si el 71% de la corteza terrestre es agua, tenemos tantos problemas en relación a ella?. La respuesta es muy simple a pesar de que tengamos mucha agua, no toda es apta para el consumo humano o las actividades productivas, y además, el porcentaje viable cada día disminuye.

Por ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 64/292, de 28 de julio 2010, reconoció que, “el derecho al agua potable y al saneamiento es un Derecho Humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los Derechos Humanos. En consecuencia, exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que intensifiquen los es-

20 Schmidt, Samuel y Hatch Kuri, Gonzalo, “El agua en México. Una cuestión de seguridad nacional”, *Foreign Affairs. Latinoamérica*, Volumen 12, Número 4, 2012, p. 90.

fuerzas por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”.²¹

De lo que derivó la obligación de los Estados de adoptar medidas para equilibrar el desabasto y privilegiar el consumo humano con agua de calidad mediante los procedimientos de potabilización y saneamiento, para lo que deberán desarrollar políticas y acciones públicas que vayan con estricto sentido atendiendo a preservar un sistema hídrico eficiente.

En el caso de México, pese a que geográficamente puede estimarse como un país privilegiado en materia de aguas, con buen número de ríos y lagos importantes, en voz de Menéndez Rexach,²² también se enfrentan problemas de acceso al agua potable, pues al menos el 94% de sus aguas están contaminadas. El mapa de suministro de agua potable en este país es bastante complejo, algunos sectores de la población viven en zonas áridas y semiáridas, y otro buen número de personas no tienen acceso al agua potable.

De tal manera que, la escasez de agua es un problema que compartimos a nivel global, y el acceso al agua como derecho humano, traducido en argumentos de Peña Chacón como aquel acceso en condiciones de “calidad y cantidad adecuadas”,²³ no es tarea fácil para los gobiernos.

Jorge Carpizo, nos dice que contempla el derecho al agua como un derecho de solidaridad, en virtud de:

“... ”

- a) La estrecha relación, casi como parte de ellos, que guarda con el derecho al medio ambiente sano y a la preservación de los recursos naturales.
- b) Los intereses difusos y colectivos que implica.

21 Menéndez Rexach, Ángel, *op. Cit.*, p. 194.

22 *Idem.*

23 Peña Chacón, Mario, “El derecho humano al agua”, *Derecho ambiental y ecología*, México, Año 8, número 47, febrero-marzo 2012, p. 8.

c) Es un bien que hay que cuidar para las generaciones actuales y para las futuras.

d) Para ese cuidado es importante la colaboración internacional, incluso está relacionado con los derechos al desarrollo económico sustentable y a la paz”.²⁴

Ahora bien, ser un derecho de solidaridad tiene diversas implicaciones entre las que podemos destacar su relación como otros derechos para mantenerse vigente como el medio ambiente sano, el desarrollo, la alimentación, la salud, etc. Pero además con diferentes circunstancias como el hecho de encontrarnos en contextos democráticos en donde no haya discriminación de derechos.

Peña Chacón manifiesta que el derecho al agua tiene dos facetas:

“...

a) La libertad de acceso al recurso para los usos comunes, que son los vinculados a la satisfacción de las necesidades vitales; faceta de la libertad personal que puede considerarse inherente al derecho a la vida.

b) Derecho al suministro domiciliario del agua potable, que implica la prestación de un servicio que es responsabilidad de los poderes públicos, tanto si lo prestan directamente como si lo hacen a través de empresas privadas”.²⁵

No obstante, pese a que se reconoce el derecho humano fundamental de acceso al agua, el distribuirla de manera equitativa y el más bajo costo posible entre las poblaciones y las necesidades generales, y además con calidad, es una labor complicada.

Luego entonces, para llevar a cabo dicha tarea, es indispensable considerar el deber de garantizar el acceso universal al

24 *Ibidem*, p. 79.

25 *Ibidem*, p. 195.

agua, pero éste acceso por probada experiencia, ha de efectuarse con los máximos de control entre gobiernos democráticos que transparenten sus decisiones y asuman sus responsabilidades además de hacer pagar a quienes, nacionales o extranjeros, amenacen el recurso vital, por ello, es necesario repensar el Derecho y diagnosticar si las normas de Derecho interno y de Derecho Internacional son eficaces o bien, en que momentos dejan de serlo. ¿Ante transacciones comerciales o promesas de inversión privada nacional o extranjera?

Resulta pues significativo, que en el plano global se efectúe la tutela integral para impedir la apropiación descontrolada, la degradación y el despilfarro y que se perfile en áreas de un proceso de gestión mucho más controlado.

En el caso de México encontramos serios problemas de infraestructura en algunas regiones, particularmente rurales o territorios indígenas para suministrarles agua potable, además de que con el desarrollo de megaproyectos se compromete fuertemente el abasto y la calidad del agua, en ves de aprovecharse la nueva tecnología para purificación o modelos más sustentables, además de la escasa cultura de cuidado al medio ambiente y sus elementos que deriva en contaminación por basura doméstica e industrias de mantos acuíferos, y a pesar de que contamos con normas específicas en la materia tanto de fuente nacional como internacional y con órganos de gobiernos encargados de velar por el respeto y cumplimiento de las mismas, tenemos un grave déficit en cuanto al derecho al agua en sus dos vertientes principales: garantizar el abasto y la calidad.

V. El tribunal latinoamericano del agua

El Tribunal Latinoamericano del Agua fue constituido como un organismo de naturaleza ética, comprometido con la preservación del agua, en 1998 en San José de Costa Rica. Originalmente pretendía circunscribir su ámbito de acción al istmo centroamericano, pero comenzó a conocer casos y a recibir pe-

ticiones de apoyo provenientes de otros países como México, Brasil, Ecuador, Bolivia y Chile.²⁶

Sostiene entre sus propósitos el garantizar el aprovechamiento del agua como derecho humano para el disfrute de las generaciones actuales y futuras. Los convenios, declaraciones y tratados internacionales sobre protección del ambiente son prioritarios en el accionar de esta instancia, aunque sus resoluciones lamentablemente no son obligatorias. El Tribunal centra sus actividades en cuatro líneas de trabajo:

- 1) Justicia alternativa ante la crisis de legalidad imperante.
- 2) Seguridad ecológica.
- 3) Educación y sensibilización para la protección de los sistemas hídricos.
- 4) Seguridad hídrica y justo gobierno por el agua.²⁷

Ahora bien, advertimos una constante que frecuentemente se observa en los casos ventilados ante el Tribunal, éstos son frecuentemente instados por comunidades locales (especialmente indígenas) en consecuencia a los megaproyectos de construcción de presas en ríos, la contaminación industrial en las cuencas, así como el avance de la minería a cielo abierto en toda la región latinoamericana, que mereció incluso la atención al caso específico de expansión de actividad minera en Centroamérica, pues se ha establecido como una instancia para atender las afectaciones y violaciones a los derechos individuales y colectivos de los pueblos en materia de manejo de aguas.²⁸

Con motivo de la concordia entre los Estados internacionales para darle jerarquía al Tribunal Latinoamericano del Agua, surge la Declaración del Agua, en la cual se proclama que el derecho al agua es un derecho fundamental, cuya titularidad en la región latinoamericana es extendida a sus pobladores, asimismo que ésta es patrimonio común de las presentes y

26 *Idem.*

27 Tribunal Latinoamericano del Agua, <http://tragua.com/quienes-somos/>, mayo 2015.

28 Peña Chacón, *op. Cit.*, p. 72.

futuras generaciones de América Latina, tanto de sus hombres como de sus mujeres, que es de responsabilidad colectiva en donde la justicia ambiental será determinante, así como la participación ciudadana dentro de la cultura democrática y del buen manejo de la información y diagnóstico.

De esta manera, a través de la Declaración del Agua, los Estados unen sus voces para delinear las estrategias que habrán de desarrollarse en el contexto nacional e internacional. Ahora bien, el Tribunal, ha celebrado interesantes audiencias: San José, Costa Rica 2000, San José, Costa Rica 2004, México 2006, Guadalajara, México 2007, Guatemala 2008, Estambul, Turquía 2009 y Buenos Aires, Argentina 2012, en las que se han expuesto casos muy particulares para adjudicar responsabilidades en material de mal uso, contaminación, descuido, despilfarro y devastación respecto al agua, casos entre los que México también ha sido protagonista.

En 2012, se destaca el caso promovido por la Asamblea Nacional de Afectados Ambientales de México (ANAA) contra la Procuraduría Federal de Protección del Ambiente (PROFEPA), la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) y la Secretaría de Salud por la posible afectación y merma del caudal hídrico en la República Mexicana, del que deriva todo un informe respecto a la situación mexicana, y en el que finalmente se diagnostica lo siguiente: “el Estado mexicano en su conjunto es responsable de violentar el derecho humano al agua de toda la población del país, destruir el sistema hídrico nacional, manipular las leyes, autorizar megaproyectos que contaminan y despojan, y criminalizar a los defensores del medio ambiente”.²⁹

Por ello, el ejercicio de diagnóstico que efectuó el Tribunal Latinoamericano del Agua, resulta necesario e indispensable para alcanzar la eficacia y verificar las situaciones reales de conflicto, derivadas de la escasez y el desabasto. Ahora bien,

29 Tribunal Latinoamericano del Agua, http://tragua.com/wp-content/uploads/2012/09/Resumen_Casos_Difusión_Final.pdf, mayo 2015.

por todo lo expuesto se formulan, a modo de conclusión las siguientes consideraciones:

VI. Reflexiones finales

Primera. El derecho al agua es un derecho fundamental, inherente a la vida y dignidad humanas, en donde su conservación y uso sustentable es una obligación compartida de los Estados, las colectividades y la ciudadanía.

Segunda. Para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y ambientales, la población debe participar en los proyectos, obras y decisiones que afecten o puedan afectar a los cuerpos de agua y sistemas hídricos a nivel local, nacional e internacional. La consulta ciudadana debe ser procedimiento obligatorio en éstos casos.

Tercera. En lo que corresponde a usar y aprovechar el recurso hídrico de una manera eficiente, integral y sustentable, debe apostarse por identificar el caudal mínimo para proteger las condiciones ambientales y el equilibrio del sistema, el resto del recurso puede ser utilizado con la garantía de que no se merman las fuentes de agua y que el recurso no se está sobreexplotando.

Cuarta. Por cuanto a la calidad del agua, es sumamente importante tender a eliminar la descarga de sustancias contaminantes en los cuerpos de agua. Aplicar de forma contundente el principio del que contamina paga y la Ley de Responsabilidades Ambientales.

Quinta. Establecer un eje transversal entre los esquemas propuestos por el Derecho Internacional y sus actores, y los contemplados en la normatividad nacional, especialmente en el constitucionalismo, a fin de implementar una política de gestión, conservación y restauración coordinada y global, en donde ganemos todos, y aseguremos el abasto y la calidad de nuestro líquido vital.

Bibliografía

- Becerra Ramírez, M. (2012). Notas sobre la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, desde la perspectiva del Derecho Internacional. En J. Pampillo Baliño, & M. A. Múnive Páez, *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*. México: Porrúa.
- Camargo González, I., & Mariscal Ureta, K. E. (Enero-Junio de 2012). Escasez de agua: en busca de soluciones normativas. *Revista Jurídica JUS Cuerpo Académico de Derecho Constitucional*(2).
- Landa, R., & Carabias, J. (2007). Nuevas perspectivas frente a los problemas del agua en México. En J. L. Calva, *Sustentabilidad y desarrollo ambiental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Porrúa.
- Menéndez Rexach, Á. (2012). El agua como bien jurídico global: El derecho humano al agua. *La protección de bienes jurídicos globales*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid(16).
- Nieto, N. (2011). La gestión del agua, tensiones globales y latinoamericanas. *Vulnerabilidad y adaptación al cambio ambiental global*(36).
- Ochoa Hofmann, A. E. (2008). Regulación y creación de organismos nacionales e internacionales. En E. M. Zaragoza Martínez, *Ética y derechos humanos* (Vol. I). México: IURE Editores.
- Peña Chacón, M. (Febrero-Marzo de 2012). El derecho humano al agua. *Derecho ambiental y ecología* (Año 8, número 47).
- Riveros Pardo, D. F. (Julio de 2010). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural. *Revista de Derecho del Estado*(24).

- Saltalamancchia Ziccardi, N., & Covarrubias Velasco, A. (2012). La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos. En M. Carbonell, & P. Salazar, *La reforma constitucional de Derechos Humanos*. México : Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas .
- Serna de la Garza, J. M. (2012). *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas .
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Derechos Humanos, Parte General*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ünver, O. (Julio-Agosto de 2012). La sostenibilidad de un mundo con menos agua. *Política Exterior*, XXVI(148).

La ponderación de los derechos a la personalidad; honor u honra, intimidad y propia imagen y el derecho a la libertad de expresión

Olga Margine Calderón Marengo¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PONDERACIÓN DE NORMAS O PRINCIPIOS. III. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: HONOR U HONRA, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN. 3.1. El derecho al honor u honra y la libertad de expresión. 3.2. El derecho a la intimidad y vida privada y la libertad de expresión. 3.3. Derecho a la propia imagen y la libertad de expresión. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Trataremos de estudiar los criterios en función de los cuales se resuelven los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos con los que pueda entrar en contradicción, siendo ésta una de las cuestiones más discutidas en la doctrina, ya que se trata de una de las situaciones más comunes en las que la gran mayoría de los tribunales tienen que tomar una decisión.

En este marco es importante señalar el papel que juega el principio de proporcionalidad en relación con los sub princi-

1 Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad Centroamericana UCA, Managua. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, capítulo Nicaragua

pios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de los medios o instrumentos utilizados, a efectos de resolver el conflicto, para que el precepto normativo se considere legítimo, justo y adecuado.

Existiendo una consolidada jurisprudencia, al respecto y a modo de ejemplo podemos citar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, entre las que se destacan las sentencias: STCE 1/1998; STCE 200/1998; STCE 134/1999; STCE 204/2001; STCE, 76/2002; STCE, 121/2002 y STC, 185/2002.

Así pues, podemos señalar, entre otros, como derechos plausibles de conflicto con la libertad de expresión, los siguientes: el derecho al honor u honra, derecho a la intimidad o vida privada y el derecho a la propia imagen.

Así, en el proceso de ponderación el Estado juega un rol medular mediante el establecimiento de los límites y responsabilidades necesarias para el propósito de ponderación aquí mencionado.

De forma tal, trataremos de desarrollar cuáles han sido las fronteras que el derecho a la libertad de expresión ha encontrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en relación a los derechos señalados con anterioridad.

II. Ponderación de normas o principios

Con respecto a la colisión de principios la doctrina mayoritaria ha sostenido que la distinción entre reglas y principios adquiere interés cuando éstos entran en conflicto.

Así pues, la principal característica de los principios es fungir como mandatos de optimización cuyo grado de cumplimiento está condicionado por las circunstancias fácticas o jurídicas (Alexy, 2002: 190).

En esta lógica, todo principio ordena (mandato) que “algo” (contenido esencial) sea cumplido de la mejor y mayor forma posible (optimización), en cuyo caso, el grado de cumplimiento de tal mandato está condicionado por el ordenamiento jurídico en el que se inserta (condicionantes jurídicas) o el

entorno socio-económico en el que se desenvuelve (circunstancias fácticas).

Por esta causa, la colisión de principios parte de su ponderabilidad, es decir, de la elasticidad de su grado de cumplimiento en función de las circunstancias fácticas o jurídicas.

Por lo tanto, en caso de colisión de principios en un caso en concreto es posible argumentar la prevalencia o preeminencia de un principio sobre otro, sin que ello suponga la anulación de uno por el otro.

De manera tal que la colisión de principios no se traduce en la pérdida de validez de alguno de ellos, pero tampoco significa que se apliquen simultáneamente, en un caso en concreto (Bernald Pulido, 2007: 50 y Alexy, 2002: 89).

Así pues, para Alexy (2002: 92) la respuesta a la colisión de principios parte de la ley de la ponderación según la cual “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

En este sentido, se debe tener en cuenta las circunstancias del caso, en donde la colisión de principios dará lugar a una relación de preferencia o prevalencia condicionada.

Este criterio permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos:

1. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios,
2. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario,
3. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

Dicho esto, si la norma que establece un límite a la libertad de expresión es considerada compatible con la Constitución, es competencia de los órganos jurisdiccionales evaluar si ha sido correctamente aplicada en un caso concreto, respetándose el principio de proporcionalidad.

De no ser así, tendrá que concluirse que ha habido una incorrecta aplicación de la norma restrictiva del derecho fundamental.

De ambas formas se construye la doctrina jurisprudencial en materia de límites a la libertad de expresión, labor que ha estado a cargo, en el derecho comparado, de los tribunales supremos o constitucionales.

Con todo, existen posiciones encontradas en relación con la ponderación, ya que la crítica es que este es un procedimiento indeterminado y en cierto modo ambiguo, que lo que ofrece son serias dudas acerca de la posibilidad de ser controlado racionalmente y que tiende a la arbitrariedad, en tanto que no constituye un método que permita un control racional, quedando al arbitrio de quien la realiza, es decir, un subterfugio retórico, útil para justificar todas las decisiones judiciales.

Para este sector de la doctrina esta racionalidad es un concepto ambiguo ya que, en un nivel más abstracto, alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica.

Así pues, la racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado como racional, donde tales teorías y conceptos deben poseer una estructura precisa, clara y libre de toda contradicción.

Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. Así, en general se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el Derecho (Bernald Pulido, 2008: 45 y 52 y Habermas, 1998: 332-334).

Llegados a este punto, es evidente que se han construido una serie de teorías para la distinción de reglas y principios.

La posición doctrinal en donde se señala que los principios y las reglas sólo son relevantes para el Derecho cuando las mismas son incorporadas por los operadores jurídicos en el juego de la ponderación, a nuestro criterio es la más adecuada, ya que no se necesitan largas discusiones teóricas, simplemente es necesario la aplicación de normas constituciona-

les para resolver los asuntos sometidos al conocimiento de la justicia constitucional.

Con todo, como señala Alexy, como corolario de lo anterior se requiere de una argumentación jurídica racional de mayor alcance al momento de los juicios de ponderación de derechos.

Debemos advertir, sin embargo, que por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, es posible que la aplicación de principios comporte mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas, en tanto que el juez adquiere mayor protagonismo y, por lo tanto, es más libre en la aplicación de sus criterios, los que deberán ser en principio racionales, aunque finalmente valorativos desde una perspectiva subjetiva (Prieto Sanchís, 2008: 173 y Prieto Sanchís, 1998: 61-63).

III. Los derechos de la personalidad: honor u honra, intimidad y propia imagen

Los llamados derechos de la personalidad no han formado parte de las declaraciones de derechos hasta época muy reciente. Es hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos que se recogen por primera vez ya que se hacía necesaria regular la convivencia entre los individuos en cuanto a personas privadas, como sus relaciones con los poderes públicos (Pérez Royo, 2002: 384 y 387).

La protección del honor, la intimidad y la propia imagen era inexistente y, en consecuencia, el reconocimiento de tales derechos llamados superfluos, hacía necesario estos instrumentos para garantizarlos (Pérez Royo, 2002: 384 y 387).

3.1. EL DERECHO AL HONOR U HONRA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para Pérez Royo (2002: 390) el concepto de honor es un concepto propio, su origen es de una organización aristocrática o nobiliaria de la sociedad. No es un concepto inicialmente igualitario, sino todo lo contrario: era un concepto del que se hacía

para determinados seres humanos denominados “honorable”, es decir, el honor era de un grupo reducido de la población.

Ahora bien, el concepto de honor siguió un recorrido similar al de dignidad, el cual originariamente también era un concepto con el que se hacía referencia a unas categorías particulares del individuo.

Es partir de las constituciones democráticas que se ha hecho apropiación de ambas categorías en un sentido igualitario. Dignidad es dignidad humana, es una característica de todo nacido en forma de ser humano, es todo lo que nos hace iguales a pesar de todas nuestras individualidades.

Es de esa dignidad humana común, es que se deriva el derecho al honor, y a partir de ahí que el honor pasa a ser también patrimonio de todos los seres humanos, convirtiéndose en un concepto igualitario (Pérez Royo, 2002: 391 y 392).

Sobre ese tema el Tribunal Constitucional español se ha expresado en varias oportunidades siendo su posición la siguiente:

(...) cuando el ejercicio de la libertad de opinión (artículo 20.1) y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art 20.1.d) resulte afectado el derecho al honor de alguien nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser consideradas éstas como prevalentes, sino que impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras (...) Una vez realizada por los Jueces del orden penal esta ponderación (...) este Tribunal Constitucional poco tendría que decir (...) (STCE 107/1988; STCE 65/1991; STCE 15/1993; STCE 143/1991; STCE 20/1992; STCE 85/1992 y STCE 104/1986).

La honra, honor, dignidad y reputación también son derechos humanos consagrados en el artículo 11 de la Convención

Americana de Derechos Humanos, imponiéndole límites a las injerencias de los particulares y del Estado.

En este sentido el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la protección de la honra y reputación de los demás puede ser un motivo para incorporar restricciones a la libertad de expresión, es decir, puede ser un motivo para fijar responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de dicha libertad.

Estaremos utilizando los vocablos de honra y honor indistintamente aunque sabemos que el primero es el respeto a hacia uno mismo, es decir, el respeto a la dignidad de la persona y el segundo es el cumplimiento de deberes con los demás. Ambos son derechos de la personalidad, pero los utilizaremos como sinónimo.

En el caso nicaragüense éste derecho está regulado constitucionalmente, preceptuándose que toda persona tiene derecho a su honra y reputación. Con este reconocimiento constitucional se protege uno de los bienes más íntimos de la personalidad, como es el concepto que uno mismo se tiene, y en el que le tienen los demás.

La honra y reputación se protegen principalmente, a través de las figuras penales de injurias y calumnia. Tal es la protección que la Constitución Política nicaragüense le otorga que no se suspende ni siquiera en un Estado de Emergencia, en el caso nicaragüense.

Ahora bien los conflictos se plantean claramente cuando se ponen en relación con otros derechos constitucionales, especialmente cuando se plantea cuáles serán los límites admisibles, en un Estado de Derecho, de la libertad de expresión y las fronteras de este derecho con el derecho a la honra, vida privada y familiar que también son derechos protegidos constitucionalmente (Plaza Penadés: 1996: 99).

Será pues la ponderación la que determinará si en el caso concreto la lesión del derecho al honor está justificada por la libertad de expresión como posición preferente, formadora de una opinión pública libre o sí, por el contrario, se trata de difamaciones desprovistas de fundamento o hechas de mala fe, frente a la cual se tendrá que proteger el ámbito privado de

la persona (Castillo Masís, Evertz Morales, Ramos Mendoza, Silva Pérez, Vargas Escobar & Vega Vargas, 1994: 177 y 178).

Podemos señalar que se produce una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando se produce una colisión entre el derecho al honor y la libertad informativa, cuando se imputan hechos o se manifiestan juicios de valor que lesionan la dignidad de una persona con menoscabo de su fama o un atentado contra su propia autoestima.

Contraria a esta posición Berdugo Gómez de la Torre (1987: 68) afirma que entre libertad de expresión y honor no debe existir una relación de tensión: si este último se construye con base en la intervención del individuo en la comunidad y en las relaciones de reconocimiento que genera tal participación, la concreción de tales expectativas descansa en la opinión pública construida a través del ejercicio de la libertad de expresión, lo que significa que existe un ámbito de interdependencia entre estos dos derechos que será mayor cuanto más extensa sea la intervención del individuo en la vida social.

Para poder hablar de intromisión ilegítima en el derecho al honor se requieren dos requisitos: el primero, la atribución a una persona de un hecho difamatorio o denigrante que afecte a su reputación, o que le perjudique en su consideración social, así por ejemplo, un mensaje es difamatorio cuando hay manifestaciones xenófobas o racistas o la imputación de un delito a alguien.

En segundo lugar, se requiere la falsedad de las imputaciones, en el entendido de que un atentado contra el derecho al honor implica siempre una falta de veracidad. La veracidad debe entenderse, como una falta de diligencia por parte del demandado o autor del delito.

Lo anterior se ejemplifica de mejor manera en el ámbito penal, donde la colisión de principios se evidencia de forma concreta. El típico caso es el referido a la interposición de acusaciones particulares contra medios de comunicación y periodistas que firman notas supuestamente difamatorias.

En estos casos el periodista o el medio de comunicación siempre puede alegar que la información dada es cierta y por tanto no se atenta al derecho al honor. Esto, que técnicamen-

te se llama *EXCEPTIO VERITATIS*, es el criterio más importante para resolver una colisión entre el derecho al honor y las libertades, y no, como se ha pretendido señalar por parte de la doctrina, la no relevancia pública de una persona.

En la línea de lo anterior la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado en varias ocasiones que la garantía del ejercicio simultáneo de los derechos a la honra y a la libertad de expresión se debe realizar mediante un ejercicio de ponderación y balance en cada caso concreto.

El juicio de ponderación debe atender a las características y circunstancias del caso particular. Por ello, cuando el derecho a la libertad de expresión entra en contradicción con otros posibles derechos o valores, es necesario proceder a una ponderación de los mismos aunque esta situación, es decir, la restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatorio de la Convención, según se ajunte o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas (CIDH. Caso Ricardo Canese; CIDH. Caso Palamara Iribarne y CIDH. Caso Herrera Ulloa).

Ahora bien, desde la óptica penal el concepto honor está vinculado al bien jurídico dignidad de la persona, reflejado en la sociedad, de tal forma que el honor es parte de la dignidad del sujeto.

Es por ello que no es posible argumentar la inexistencia o destrucción del honor, por alguna injuria o calumnia, porque es parte indisoluble de la dignidad de todo ser humano. Aquí lo que puede llegar a pasar es la disminución en sociedad de la reputación de la persona, de lo que se concluye, que el honor es uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de aprehender desde el punto de vista jurídico penal, ya que el mismo está conformado por la fama, la reputación social y la propia estimación subjetiva (Lombana, 2009: 26 y 33; Muñoz Conde, 1999: 45; Carmona Salgado, 1991: 158 y Vives Antón, 1987: 650).

Por otra parte, y abundando en jurisprudencia sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Ricardo Canese y Herrera Ulloa ha señalado que:

“Las consideraciones relativas al margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático. El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado (Párr. 100 y 101).

3.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El concepto de la intimidad es un concepto completamente contemporáneo. En su momento fue conocido como el derecho a estar solo, siendo este el núcleo original del derecho a la intimidad, la primera mención que se hace del derecho a la intimidad la hicieron S. D Warren y L:B Brandesi en el artículo publicado en 1890 en el cual popularizaron el right to privacy como el derecho a estar solo o a ser dejado tranquilo o en paz (Sáenz Delgado, 2013: 136; y Rebollo Delgado, 2000).

Moreno Castillo (2002: 189) citando a Ortiz Vallejos, señala que ante la insuficiencia de la concepción de la intimidad o vida privada como derecho de exclusión, aislamiento, soledad y a la posibilidad de separar la esfera pública y la esfera privada. Sobresale la concepción más moderna de la intimidad o vida privada, como la esfera necesaria para el desarrollo y fomento de la personalidad que debe quedar preservado de injerencias ilegítima y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en la sociedad.

De tal forma que cada día adquiere mayor importancia este derecho por la posibilidad de mayor penetración en la vida privada, con consentimiento, de las personas, antes se escuchaba a través de las paredes, los susurros; ahora se puede escuchar y grabar por micrófonos direccionales situados a larga distancia, fotografiar de noche a una persona o registrar sus imágenes a larga distancia (Boix Palop, Carrillo Donaire, Guichot, De la Sierra & Vásquez Alonso, 2013: 66 y Rebollo Delgado, 2000: 63).

Todo esto ha originado mayores posibilidades de penetración ilegítimas en la intimidad de las personas, que es necesario prevenir y proteger. Ello por supuesto ha planteado el dilema y conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, habiendo pasado el dilema de la balanza de unos a otro lado, dando a veces prioridad a las informaciones y otras a la intimidad (Rebollo Delgado, 2000: 63 y Lucas Murillo, 1990).

El derecho a la intimidad de la vida privada, además, no sólo tiene una connotación negativa para impedir cualquier tipo de información referente a la persona o penetración e injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada, sino también una connotación positiva, que implica el derecho de controlar los datos referidos a la propia persona que ha salido de la esfera privada para insertar en los archivos públicos (Lucas Murillo, 1990).

Ahora bien para Sáez Delgado (2013: 131) no toda la información personal que los periodistas pueden llegar a recabar para cada noticia o reportaje, en particular la identidad del sujeto, es publicable. Se puede hablar de anonimato cuando el sujeto de la noticia no es un personaje público, pudiendo exigirse que su identidad sea reservada, o que los datos se faciliten previo procedimiento de disociación o se utilice el sistema de iniciales, es decir lo que en general se puede denominar como la anonimización de los datos. Esta será posible cuando el sujeto de la noticia es un personaje de notoriedad pública pero la prevalencia de la libertad de expresión depende de que la noticia se circunscriba a su ámbito propio, es decir, que exista un interés público, extremos que deben ser valorados conforme a las exigencias que impone la buena fe.

La intimidad es pues, a diferencia del honor, un concepto democrático, que consiste en el derecho de disfrutar de determinadas zonas de retiro y secreto de las que podemos excluir a los demás, siendo una exigencia cultural vinculada al concepto de dignidad humana indispensable para tener una mínima calidad de vida (Pérez Royo, 2002: 395).

El derecho a la intimidad o esfera íntima, está íntimamente ligado a la dignidad de la persona y por ende al derecho al honor, siendo un bien jurídico importante y requerido de protección jurídica en general y penal en particular (Luzón Peña, 1998: 39 y 42).

Por lo tanto es un bien jurídico fundamental para el pleno y armónico desarrollo de la personalidad y buena muestra de ello es su reconocimiento constitucional incluyéndolo entre los derechos y libertades fundamentales (Luzón Peña, 1998: 39 y 42).

Para Ansuátegui Roig (1990: 22) el derecho a la vida privada consiste en el derecho personal a mantener inviolada la propia esfera de vida íntima en una sociedad como la tecnológica, en la cual todo se vuelve objeto de la información.

El derecho a la intimidad pretende que una persona pueda controlar el acceso y la divulgación de información sobre su vida privada. La legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas depende fundamentalmente del consentimiento del titular. Si hay consentimiento del titular no hay violación del derecho a la intimidad. Ese consentimiento tiene que ser expreso y puede ser revocable en cualquier momento. En estos casos, no es importante si la información es veraz o no. El derecho a la intimidad se vulnera por la simple imputación de un hecho que forma parte de la esfera íntima y más personal de un ser humano (Pérez Royo, 2002: 395).

En este caso no es importante el requisito de la veracidad, como sucedía con el derecho al honor. El elemento decisivo es el consentimiento y la relevancia pública del personaje. Una información prevalecerá siempre que tenga interés general. Que los hechos en sí mismos sean noticiables o que se trate de una persona de relevancia pública. No prevalecerá si se tra-

ta de un hecho que no tenga interés general. Por ello, si hay consentimiento, no hay violación.

En el caso nicaragüense éste se regula constitucionalmente en la esfera de los derechos de la personalidad al igual que el antes mencionado derecho al honor, la Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a su vida privada y a la de su familia, así como el derecho a la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.

Señala Moreno Castillo (1999: 23) que el reconocimiento que le otorga la Constitución Política a este derecho es una clara proyección de la democratización o socialización de este derecho, el cual tiene un contenido positivo que se manifiesta en diferentes formas: vida privada personal, vida privada familiar, inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

Para la protección del derecho a la intimidad o el derecho a vida privada nos situamos en la misma línea de Moreno Castillo (1999: 27) en el sentido que este derecho tiene su contenido positivo en la regulación normativa de la protección de datos personales, ambos no son derechos autónomos, sino vinculantes y vinculados entre sí, ya que el uno depende del otro en cuanto a su desarrollo y protección.

3.3. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la propia imagen es un derecho complementario al derecho a la intimidad. Al igual que el honor forma parte de los derechos de la personalidad.

Este derecho garantiza la protección de lo que se consideran las cualidades definitorias de una persona: imagen física, voz, nombre. Este derecho lo tienen todas las personas físicas independientemente de su consideración (Gómez Corona, 2014: 73 y Boix Palop, Carrillo Donaire, Guichot, De la Sierra & Vásquez Alonso, 2013: 66).

La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se da en los casos de captar, reproducir o publicar por fotografía, película o cualquier otro procedimiento, la imagen de

una persona en lugares o momentos de su vida privada o incluso fuera de ella.

Este supuesto tiene una serie de excepciones: si se trata de una persona que ejerce un cargo público o de notoriedad y la imagen se capta durante un acto público o lugares abiertos al público; si se trata de caricaturas de esas personas de acuerdo con el uso social; si en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, la imagen de una persona aparece como meramente accesoria. El más complejo es el primero de los supuestos en tanto que el espacio abierto al público no tiene unas reglas generales, por lo que se estudia caso a caso (Pérez Royo, 2002: 401 y 402).

Existen límites al derecho a la propia imagen ya que como todo derecho fundamental es susceptible de limitación, ya sea en su necesaria articulación con otros derechos fundamentales, como la libertad de información, o en aras a la protección de otros bienes jurídicos, como la prevención y persecución del delito o la búsqueda de personas desaparecidas.

También proceden los límites del derecho a la propia imagen, la distribución de fotografías de personas desaparecidas o de personas buscadas por la fuerza y cuerpos de seguridad del Estado constituye una actividad en la que el derecho a la propia imagen cede en favor de otro bien jurídico.

De manera que la utilización del nombre, voz o imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga no se puede comercializar si no consta el consentimiento de la persona.

Los derechos de la personalidad también pueden ser protegidos jurídicamente a través de tres grandes vías:

Derecho de rectificación: se considera que esta es la vía más suave. El afectado por una información errónea puede pedir que se publique la corrección de dicho error.

Protección en el ámbito civil, cuyo objetivo es cesar la intromisión y lograr una indemnización por los daños y perjuicios causados por esa información y;

Protección penal; es la vía más dura, persigue privar a alguien de su libertad y está reservada para los casos más gra-

ves y cuando se incurre en algún delito como injurias, calumnias o de protección de la intimidad.

IV. Conclusiones

De tal manera que podemos concluir señalando que la libertad de expresión es un derecho por estar reconocido en el ordenamiento jurídico nicaragüense, y se convierte en fundamental por ser parte de la norma básica, la cual le provee de fortalecimiento y solidez jurídica para que sea o forme parte del sistema democrático, con el objetivo de garantizar la participación abierta de los ciudadanos y ciudadanas nicaragüenses en la toma de decisiones.

De manera que la libertad de expresión no es un derecho con un rango superior a otros derechos fundamentales ni adquiere categoría especial en el catálogo de los derechos fundamentales. Como tal, tiene la misma relevancia que cualquier otro derecho de su misma categoría. Por lo tanto, el respeto y garantía de todos los derechos fundamentales es indispensable para la existencia y consolidación en la sociedad de la democracia.

La existencia de posiciones encontradas en relación con la ponderación, entre los llamados derechos de la personalidad (derecho a la honra, vida privada y familiar entre otros) y la libertad de expresión, se debe a la falta de delimitaciones y fronteras claras de este derecho con el resto, que también son derechos protegidos constitucionalmente.

En el desarrollo de este artículo hemos reafirmado que todos los derechos fundamentales forman un conjunto unitario, armónico e indisoluble al servicio de la dignidad humana. De ninguna manera es justificable la creencia en una supuesta superioridad de unos derechos sobre otros, ni la existencia de una categoría especial de ciudadanos. Cuando los derechos se complementan llega a constituirse el estatuto básico del ser humano, y por lo tanto, aquellos representan uno de los elementos fundamentales que definen la idea de modernidad y humanidad. Por ello, consideramos que los criterios

de proporcionalidad son límites de los límites a los derechos fundamentales.

El ejercicio de la libertad de expresión sin límites establecidos ocasiona problemas, de tal forma que se hace necesario que el Derecho constitucional pondere el ejercicio de esta libertad. En este contexto, un desafío básico consiste en la creación de conciencia a la ciudadanía de la importancia de expresarse responsablemente, generando un espacio de reflexión crítica para los actores comprometidos con el desarrollo del Estado social de Derecho.

Es preciso que el ejercicio de este derecho sea practicado responsablemente por todos los actores involucrados, llámense estos Estados y ciudadanos. De esta manera, no es sólo el Estado el único que debe garantizar el respeto de este derecho a la libertad de expresión, ya que los ciudadanos en alguna medida son garantes del respeto a la libertad de expresión.

Bibliografía

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (1987). *Honor y Libertad de Expresión: Las causas de justificación en los delitos contra el honor*. Madrid: Tecnos.
- Bernald Pulido, C. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. (3ra ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernald Pulido, C. (2008). *La Racionalidad de la Ponderación*. En Miguel Carbonell (Coord.) *El principio de proporcionalidad y la interpelación constitucional*. (257-261). Ecuador: Imprenta V & M Graficas.
- Boix Palop, A, Carrillo Donaire, J. A, Guichot, E, De la Sierra, S & Vásquez Alonso, V. J. (2013) *Derecho a la Comunicación*. En Emilio Guichot (Coord.) España: Iutel.

- Carmona, Salgado. C. (1991). *Libertad de Expresión e Información y sus límites*. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas. EDERSA.
- Carrillo, M. (2012, 6 octubre). El derecho de manifestación. *El País*. Recuperado de http://elpais.com/elpais/2012/10/04/opinion/1349372604_222860.html
- Castillo Masís, I., Evertsz Morales, R., Ramos Mendoza, J., Silva Pérez, A. E., Vargas Escobar, M., Vega Vargas, G. A., et al. (1994). *Comentarios a la Constitución Política, Parte Dogmática*. Centro de Derechos Constitucionales. Nicaragua: Impresos el Membrete.
- García Victoria, A. (1983). *El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la constitución de 1978*. Pamplona: Azandi.
- Gómez Corona, E. (2014). *La propia imagen como categoría constitucional*. España: Editorial Aranzadi S.A.
- Häbermas, J. (1998). *Factibilidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. De Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.
- Lombana, J. (2009). *Injurias, Calumnias y Medios de Comunicación*. Medellín-Colombia; Biblioteca Jurídica. Dike.
- Lucas Murillo, P. (1990). *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Madrid: Tecnos.
- Luzón Peña, D. M. (1998). *Protección Penal de la Intimidad y el Derecho a la Información*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid.
- Moreno Castillo, M. A. (1999). *El derecho a la vida privada en la Constitución de Nicaragua*. Encuentro (49).
- Moreno Castillo, M. A. (2002). *La intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas como*

- medios de prueba en el nuevo procesal penal. Derecho. (1) 173-200.
- Muñoz Conde, F. (1999). Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995. Valencia.
- Pérez-Royo, J. (2002). Curso de Derecho Constitucional, Octava ed. Madrid Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Prieto Sanchís, L. (1998). Ley, Principios, Derechos. Madrid: Cuaderno "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid: Dickinson.
- Prieto Sanchís, L. (2008). El Juicio de Ponderación Constitucional. En el principio de proporcionalidad y la interpelación constitucional. (Coord.) Miguel Carbonell. Ecuador: Imprenta V & M Graficas.
- Rebollo Delgado, L. (2000). El Derecho Fundamental a la Intimidad. Madrid: DYKINSON.
- Sáenz Delgado, R. C. (2013). La Información Personal y el Lenguaje en la Prensa Escrita. En Cristina Carretero González y Alicia Duñaiturria Laguarda.
- Vives Antón. (1987). Libertad de Expresión y Derecho al Honor. Facultad de Derechos de la Universidad de Granada. (II)-13-28.

El método de ponderación y las controversias entre derechos fundamentales

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Saber las leyes no es entender sus palabras, sino penetrar el sentido y la mente de ellas.
(*Digesto lib I, tít III, Ley 17*)

Cristina Mariana Lizaola Pinales¹

Luis Gerardo Rodríguez Lozano²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MÉTODO DE PONDERACIÓN PARA EL CASO DE COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. III. EXPOSICIÓN DE CASOS. IV. PONDERACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

- 1 Juez Mixto de Primera Instancia del Décimo Segundo Distrito Judicial del Estado de Nuevo León. Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Maestría con Orientación en Derecho de Amparo y Licenciatura en Derecho (UANL). lizaola@gmail.com
- 2 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I CONACYT (SNI I). geradorodriguezmx@yahoo.com.mx

I. Introducción

Los derechos fundamentales buscan la protección de determinadas conductas, libertades, derechos y restricciones por parte de las autoridades, en la esfera jurídica de la persona humana. Así podemos observar que el constitucionalismo moderno garantiza derechos a la libertad de expresión, la vida, la propiedad, la salud, el comercio, la integridad física, a la intimidad, a la autodeterminación, a la tutela judicial, a la educación, etc. En el momento que una autoridad judicial debe tutelar dichos derechos, realiza una labor jurisdiccional vía subsunción, a veces hermenéutica o de integración; pero existen casos que llevan a los juzgadores a resolver casos donde lo que se ve es un choque entre derechos fundamentales, por lo tanto, estamos en presencia de un conflicto de derechos, esto porque coinciden en un mismo asunto, pero contrapuestos, uno protegiendo a una parte, y otro diverso, a la contraria o a otra parte o sujeto de derecho. Y si la propia norma no establece una pauta o directriz jurídica que permita resolver dicha problemática, el juzgador no puede de todas maneras ser omiso en su pronunciamiento jurisdiccional, ya que, existe el principio que recoge el artículo 18 del Código Civil Federal que dice: “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”.³ Por lo tanto el juzgador debe emitir una sentencia auxiliándose de diversas técnicas interpretativas del derecho en aras de salvaguardar en la medida de lo posible la justicia. Al respecto Carlos Santiago Nino comenta: “*Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos*”.⁴ Así ante dicha problemática debe existir un método que permita al Juzgador desempeñarse de forma correcta y atendiendo en todo

3 Principio que resulta aplicable a todas las esferas jurisdiccionales en nuestro país.

4 Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. 1ª Ed. Gedisa. Barcelona. 2003. p. 146.

momento a los valores jurídicos; para tales casos la ponderación resulta un mecanismo apropiado.

Cabe agregar que el juicio de ponderación en las resoluciones jurisdiccionales no ha sido del todo bien recibido, pues así como a podido congregarse a un buen número de partidarios y promotores dentro del foro jurídico, también lo es que tiene sus detractores, ambos son ubicados y caracterizados de forma brillante por Manuel Atienza:

Hay partidarios y enemigos de la ponderación. Los primeros suelen vincularse con la defensa del llamado constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), tienen una concepción principalista del Derecho (entendido por tal una que considera que el derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios) y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el Derecho. Los segundos suelen proclamarse partidarios del positivismo jurídico, priman la importancia del imperio de la ley y el peligro que para ese valor central de nuestros ordenamientos supone la concepción principalista del Derecho, y tienden a limitar el alcance de la razón en la interpretación y la aplicación del Derecho (o sea son más bien escépticos con respecto a la llamada razón práctica: la razón en relación con fines y valores).⁵

Sin embargo, y pese a toda la polémica que pueda levantar este razonamiento interpretativo, está muy claro que hoy en día es práctica común en el mundo jurídico globalizado la utilización de los principios y las reglas en los procesos judiciales, correspondiendo a los primeros la ponderación, en tal caso el juzgador goza de mayor discrecionalidad al momento de aplicar la norma al caso concreto, mientras que la aplicación de las reglas se realiza a través de la subsunción en donde el juzgador se constriñe a los justos límites que le permite la norma, pero con independencia de la apreciación que se ten-

5 Atienza, Manuel. *Un debate sobre la ponderación*. 1ª Ed. Palestra - Temis. Lima - Bogotá. 2012. pp. 9 a 10.

ga sobre el juicio de ponderación, es muy claro que es un mecanismo que llego para quedarse e implementarse en la praxis jurídica. Pero también lo es que el juicio de ponderación no es un concepto que aun resulta muy controvertido para los operadores jurídicos, pues continúan existiendo dudas al respecto, lo que considero deja muy claro en la anterior referencia de Manuel Atienza.

Antes de pasar a lo que implica el juicio de ponderación quiero referirme a las antinomias y los conflictos que se suelen suscitar en la constitución, que suelen darse siempre cuando se está en presencia de una contradicción normativa, y se hacen valer consecuencias jurídicas incompatibles a los mismos condicionantes, es así, que se puede ver que para una misma conducta es posible encontrar diversas orientaciones las cuales no se pueden observar por el juzgador de manera simultánea. Esto lo podemos ver claramente en los casos en que una norma prohíbe lo que otra permite; esto, por supuesto, desde la órbita del destinatario de la norma, lo importante es ver la imposibilidad del cumplimiento simultáneo de dos normas. Es importante dejar aclarado que las antinomias son muy frecuentes en el derecho, y puede ser que hoy en día más, cuando el derecho se actualiza día con día, y máxime cuando en ocasiones la realidad va por delante de las soluciones planteadas desde el derecho, lo que es muy comprensible que suceda así y no de otra forma, pese a que sabemos que operamos con la coherencia del ordenamiento jurídico, tal como si la norma tuviese su origen en un sujeto omnisciente –ficción que se personifica en la personalidad del Estado- lo que queda claro es que el derecho positivo es vida humana objetivada en la norma, con todas las limitaciones que pueda tener el conocimiento jurídico: políticas, ideológicas, sociales, culturales, todo esto en una realidad heterogénea; por todo ello Luis Prieto Sanchís señala en relación con lo anterior que:

Sin embargo, desde mi punto de vista, los conflictos constitucionales susceptibles de ponderación no responden a un modelo homogéneo, como tampoco lo hacen los principios. Por un lado, en efecto, creo que llamamos principios a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario

el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con muchos derechos fundamentales; no puede en tales supuestos observarse el criterio de especialidad porque este requiere que la descripción de la condición de aplicación aparezca explícita. Pero por otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan, no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que pueda ser realizada en distinta medida. Aquí, la ponderación es necesaria, porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular de la presencia de otros principios en pugna.⁶

Es una realidad que la objeción que se le hace al juicio de ponderación sustentada en la falta de racionalidad que puede arrojar este tipo de interpretaciones es real pues el conocimiento jurídico es una realidad muy heterogénea, pero es una posibilidad más con la que cuenta el juzgador para realizar una mejor justicia, la cual no podemos evitar que en ocasiones sacrifique la coherencia y la certeza del derecho, por tanto la ponderación la podemos visualizar como un juicio que se encuentra cargado de subjetividades, con todo lo que esto conlleva para la práctica del derecho en los tribunales, lo cual se encarga de detallar Carlos Bernal Pulido:

6 Carbonell, Miguel Coordinador. *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad. "El juicio de ponderación constitucional"*. Por Luis Prieto Sanchís. Porrúa. 1ª Ed. México. 2011. pp. 69 a 70.

Pues no debemos olvidar las palabras de Cardozo que considero son muy atinadas para comprender las limitaciones que se observan en el juicio de la ponderación, visto desde una dinámica continuamente cambiante, pues: "...nada es estable. Todo fluye y cambia. Existe una conversión imperecedera". CARDOZO, B. *The nature of the judicial process*. 1921. pp. 28.

Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo, y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías. Una perfecta objetividad solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud que ésta permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva.⁷

Caso	Problema y Colisión	Solución Asumida
Titanic:	Revista llama Asesino Nato y Tullido a un Oficial parapléjico. Libertad de Expresión Vs Derecho Al Honor	Asesino Nato: Interferencia Moderada o Leve Derecho al Honor; el interferir aquí libertad expresión sería grave. Tullido: Interferencia Gravísima al honor, por ser parapléjico. Tribunal Constitucional Alemán.

7 Carbonell, Miguel. Coordinador. *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. “La racionalidad de la ponderación”. Por Carlos Bernal Pulido. Porrúa. 1ª Ed. México. 2011. p. 31.

Cura de Hío:	Periódico difunde noticia que aunque debidamente analizada resulto falsa sobre actividades anormales de un cura. Libertad Información Vs Derecho al Honor	Prevalece libertad de Información cuando la noticia, aunque falsa, esté debidamente contrastada. Tribunal Constitucional Español.
Niño Marcos:	Padres y niño se niegan por motivos religiosos, a una transfusión de sangre urgente; padres se niegan a persuadirlo sobre pertinencia del tratamiento, finalmente muere. Padres fueron condenados en sentencia penal por homicidio atenuado, se amparan.	Se declaró vulnerado el derecho a la Libertad Religiosa. Tribunal Supremo de Huesca.

Ahora bien con el objeto de ejemplificar algunos conflictos de derechos fundamentales, permítasenos remitirnos a la investigación de José Juan Moreso, denominada conflictos entre derechos fundamentales y su manera de resolverlos, en la cual el autor trata el tema de la colisión de derechos fundamentales, confrontando dos posiciones o enfoques uno el subsuntivo, y el otro el particularista, partiendo en su investigación de la exposición de tres casos, uno del Tribunal Constitucional Alemán, otro del Tribunal Constitucional Español, y uno más del Tribunal Supremo de Huesca;⁸ los cuales a modo de sistematización, nos permitimos enseguida resumir esquemáticamente:

En estos casos donde aparecen contrapuestos derechos fundamentales, es necesario contar con un método que permita dar certeza y objetividad a la solución adoptada por el Juzga-

8 Aguilera Portales, Rafael Enrique. Becerra Rojasvértiz Rubén Enrique. y Otro. Coordinadores. *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*. "Conflictos Entre Derechos Constitucionales y Maneras de Resolverlos". Por Juan José Moreso. Porrúa. 1ª Ed. México. 2010. pp. 52 a 54.

dor, para que más allá de su simple subjetividad permita construir un marco de actuación certera del resultado. En los ejemplos antes mencionados sería muy difícil, e incluso sería una práctica ambigua y aleatoria, encontrar criterios semejantes o idénticos, si no existieran reglas precisas que puedan normar la resolución. Si tan sólo se pidiera a diversos juzgadores que emitieran su opinión fundada mediante la que decidan cuál derecho fundamental en colisión debe prevalecer sobre el otro, por ejemplo en el relativo al niño marcos, donde se encuentran colisionando uno frente al otro el derecho a la vida y a la libertad religiosa, desde luego que sería un tema que más que certeza en la resolución, y raciocinio jurídico, sería más bien un debate apasionado donde se enfrentarían grupos con ideologías o criterios encontrados.

En el ámbito del derecho, se busca que la ley sea respetada, pero no sólo superficialmente, sino que el núcleo de su contenido normativo sea efectivamente tutelado. Cuando dos normas fundamentales colisionan, no es posible que al momento de resolver sean tutelados los núcleos normativos de ambos preceptos. Podemos pensar en someter ambos a una balanza de principios y criterios que nos permitan opinar cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro, pero no es posible encontrar principios que nos permitan satisfacer la tutela de dos derechos fundamentales en conflicto, en un mismo caso. Si esto último fuera posible, no podríamos sostener que hay una colisión, pues una colisión implica imposibilidad de emparejamiento, imposibilidad de una solución satisfactoria a las dos normas.

No debemos perder de vista que para fines de nuestra investigación la colisión de derechos fundamentales sólo existe como tal, cuando se identifica su presencia en la resolución de un asunto y ante una autoridad judicial. Esto es, la colisión desde nuestro punto de vista no es hipotética, no existe en grado de tentativa, la colisión de derechos fundamentales está íntimamente relacionada con la actividad de una persona que debe resolverla: el Juzgador; pues es a él a quien la ley lo obliga a resolver, y cuya determinación o actuación, es la única capaz de desenmarañar las razones y contenidos que se encuentran frente a frente contendiendo, guiando las razones y contenidos de uno por encima del otro, y así, con participa-

ción de su actividad, declarar que en determinado asunto uno está sobre el otro. Lo antes dicho parece ser contrario a destacadas opiniones que sostienen que en la interpretación constitucional participan un gran número de actores, como bien lo sostiene Häberle quien incluso expone un cuadro sistemático en el que describe las diversas participaciones de los actores que normalmente toman algún papel dentro del entramado de la interpretación de la Constitución, quien sostiene: *“En este panorama queda de manifiesto que la interpretación constitucional no es, ni en la teoría ni en la práctica, un proceso de naturaleza exclusivamente estatal, sino que potencialmente tienen acceso a él todas las fuerzas de la comunidad política”*.⁹

Con esto queda en relevancia un posible contrapunto, pero no es así, pues no nos referimos a que el choque de derechos fundamentales no exista en otros niveles, o que de hecho no pueda existir si no se judicializa la controversia; lo que queremos significar es que en esta investigación la colisión que importa es la que se encuentra ante la Jurisdicción para ser resuelta; porque el método que analizamos encuentra su punto de mayor relevancia en la actividad humana desplegada por los investidos de facultad jurisdiccional constitucional; y su comportamiento importa y trasciende en la ponderación, y con esto se deja en relevancia que el único fin del comentario es centrar el estudio en esta categoría de actividad humana. Por cuanto a esto Guastini refiere:

¿Quiénes son los intérpretes de la constitución? Desde luego, quien pueda interpretar cualquier texto normativo, y por tanto también una constitución: un juez, un abogado, un ciudadano, etc. Pero, cuando nos preguntamos sobre los intérpretes de la constitución, lo que queremos es identificar a sus intérpretes “privilegiados”: a los sujetos cuya interpretación es “auténtica” en sentido Kelseniano, o sea a la que produce efectos jurídicos. Pues bien, en general los interpretes autén-

9 Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. 1ª Ed. UNAM. México. 2001. pp. 152 y 153.

ticos de cualquier texto normativo son los órganos competentes para aplicarlo.¹⁰

De esta manera si consideramos que es una persona dotada de facultades jurisdiccionales, quien debe resolver un asunto, es por tanto claro que los métodos creados para resolver colisiones de derechos van dirigidos a él principalmente. Pero veremos que al igual que esos métodos, existen otros principios acogidos por el derecho, que desde su creación han sido dirigidos a la actividad reguladora o tuteladora del derecho, y que por tanto pensamos que es preciso echar mano de ellos en la resolución de este tipo de problemas. Sabemos que el primer paso que debe realizarse para aplicar el derecho (aún en caso de colisión) es interpretarlo, esto es, atribuirle un significado a la norma, decodificarla; de esta forma el ejercicio de la propia atribución de ese significado puede reconocer una colisión o no hacerlo; los derechos no colisionan por sí mismos, son abstractos carecen de autonomía de movimiento; para considerar que dos derechos están en colisión, es necesario el reconocimiento de los mismos vía interpretación por el juzgador. Por eso debemos desde ahora precisar que la propia interpretación juega un papel importante en la resolución y existencia propia de la colisión, y que esa actividad hermenéutica está impregnada del subjetivismo del intérprete. Por cuanto a esto Vigo sostiene:

Desde la teoría pura de Kelsen con su irracionalismo en la elección interpretativa, hasta la teoría de Dworkin descubridora de la solución correcta para los casos planteados, pasando por el discrecionalismo judicial debilitado de Hart, la nueva retórica de Perelman, la tópica de Viehweg, el arte dialéctico de Willey, el logos de los razonable de Recasens Siches, la hermenéutica existencial de Gadamer, la prudencia o razón práctica de Kriele, la teoría de la controversia de Giuliani, la teoría de la convergencia de Kaufman, las reglas del discurso práctico de Alexy, la aceptabilidad racional de

10 Guastini, Riccardo. *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. 2ª Ed. Trotta. España. 2010. pp. 43.

Aarnio o la tónica hermenéutica de Muller, cada uno, a su modo rechaza tajantemente la ingenuidad de suponer que el intérprete cuando aplica la norma jurídica, la repite sin aportar nada innovador o novedoso para el ordenamiento jurídico, y, a su vez, procuran establecer mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo.¹¹

Los humanos al momento de darle sentido a las cosas, imprimimos en ello una parte de nuestra personalidad, de nuestra forma de pensar, de nuestros prejuicios morales, incluso las palabras que de una persona a otra pueden utilizarse para asignar un valor interpretativo a algo, puede a su vez tener variables interpretaciones. Por eso es probable que mientras algún juzgador determine la existencia de una colisión de derechos fundamentales, para otros no existe, y que ello lleve a ponderar dos valores que no tienen porque confrontarse. Tal es el caso por ejemplo del asunto del niño Marcos referido por Moreso y que fuera ya citado, pues mientras el Tribunal Constitucional de la Huesca determinó la existencia de una colisión, nosotros pensamos que tal choque de derechos fundamentales no existía en el caso, como será visto adelante.

Por su parte Laurence H. Tribe también ha hecho referencia a esa subjetividad al sostener que: *“es difícil imaginar una postura seria sobre la interpretación de términos vagos como “libertad” o “propiedad” que no realice elecciones valorativas. Si no fuera este el caso, si es que existiera un algoritmo matemático de valoración neutral para la interpretación constitucional no nos importaría mucho el carácter de las mujeres y hombres que tienen a su cargo la interpretación de la Constitución”*.¹² Duncan Kennedy en su obra *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, desarrolla la obra exponiendo un supuesto de un Juz-

11 Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. 2ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994. pp. 26, 27.

12 Tribe, Laurence A. Dorf, Michael C. *Interpretación de la Constitución*. 1ª Ed. Palestra. Lima 2010. p. 122.

gador que busca diversas maneras para sustentar una sentencia con base en sus propios intereses ideológicos¹³. Por otro lado el mismo Kennedy en *Izquierda y Derecho* habla sobre diversos tipos de comportamientos y psicología en el Juzgador que puede trascender a la sentencia.¹⁴ Zagrebelsky expone el caso *Serena*, para identificar los problemas de la valoración en asuntos donde la opinión puede estar dividida, polarizada, o confrontada.¹⁵ Es por esto que aún en el caso de la colisión de derechos fundamentales, y aun suponiendo la más objetiva interpretación de los derechos fundamentales en confrontación, es necesario contar con métodos ya que como señala Vigo, aseguran “cierta racionalidad, razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado”. Prieto Sanchís nos comenta:

Los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias son bien conocidos: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial. ... Lógicamente, de los tres criterios enunciados, los dos primeros se muestran inservibles cuando la antinomia se produce dentro de un mismo documento legislativo, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan de un mismo nivel jerárquico. ...el principio de especialidad también puede resultar insuficiente para resolver ciertas antinomias. ...Pues bien, como hemos venido diciendo, el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla

- 13 Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en La Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*. 1ª Ed. Siglos del Hombre Editores. Santa Fe de Bogotá. 1999.
- 14 Kennedy, Duncan. *Izquierda y Derecho “Ensayos de Teoría Jurídica Crítica”*. 1ª Ed. Siglo 21. Argentina. 2010.
- 15 Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 10ª Ed. Trotta. España. 2011. pp. 140 a 144.

también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad.¹⁶

De esta forma, y habiendo identificado lo que es una colisión de derechos fundamentales, es preciso ahora, hablar sobre una forma tradicional de resolverlos: “la ponderación”.

II. El método de ponderación para el caso de colisión de derechos fundamentales

La ponderación como método de resolución de controversias constitucionales es una característica del neoconstitucionalismo, tal y como puede ser inferido de la investigación titulada “Interpretación Neoconstitucional en México”, realizada en coautoría por los Doctores Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez, en la que refieren: “*La ponderación y principio o test de proporcionalidad se han vuelto instrumentos indispensables en la justicia constitucional, debido a la utilidad práctica para resolver colisiones entre principios o restringir y limitar derechos fundamentales*”.¹⁷ Y esto puede ser además reafirmado con una breve búsqueda de criterios en el Poder Judicial de la Federación, donde encontramos que dicho método efectivamente es utilizado actualmente como método de resolución de colisión en derechos fundamentales.¹⁸ Nos comenta Bernal Pulido que la ponderación tiene su génesis: “*Como método de interpretación y aplicación del derecho, desde la década de los años 20 en la jurisprudencia*”.

16 Prieto Sanchís, Luis. *El Juicio de Ponderación Constitucional*. Dentro de la obra: “El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo”. Coordinadores Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010. pp. 82, 83, 93.

17 Aguilera Portales, Rafael. López Sánchez Rogelio. *Interpretación Neoconstitucional en México*. Dentro de la obra “Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales”. Coordinadores Rafael Enrique Aguilera Portales y otros. 1ª Ed. Porrúa. México. 2010. p. 170.

18 Como ejemplo de ello pueden consultarse las tesis con los siguientes número de registro 164 992, 168 069, 168 069, etc.

dencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos”.¹⁹ Más extensamente Aleinikoff refiere sobre los orígenes de la ponderación, y cómo fue introducida como método interpretativo para decidir conflictos de derechos fundamentales, argumentando que si bien su uso metodológico empezó judicialmente, no hubo algún fundamento o justificación que llevara a los jueces a hacerlo:

La ponderación ni se le acerca en antigüedad a la Constitución. Como método explícito de interpretación constitucional apareció primero en las opiniones mayoritarias de finales de la década de 1930 y a comienzos de la década de 1940. Ningún juez explicó por qué tal metodología era la forma apropiada de construcción constitucional ni tampoco pretendió estar haciendo algo novedoso o controversial.²⁰

Para la Real Academia Española, ponderar es: “(Del lat. *ponderare*) tr. Determinar el peso de una cosa// 2. Fig. Examinar con cuidado algún asunto.// 3. Exagerar, encarecer.// 4. Contrapesar, equilibrar.// 5. Mat. Atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada.”²¹ Corominas por su parte, sostiene que: “Ponderar, tomado del lat. *ponderare* ‘pesar’ ‘evaluar’, derivado de *pondus, eris, ‘peso’*.”²² En el sentido jurídico cuando dos normas fundamentales se encuentran colisionando una frente a la otra, y no existen medidas o pesos concretos establecidos en la propia norma constitucional para dirimir el conflicto, entonces es preciso tanto determinar el peso

19 Bernal Pulido, Carlos. Estudio Preliminar. Dentro de la obra “*El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*”. De T. Alexander Aleinikoff. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010. p. 9.

20 Aleinikoff, T. Alexander. *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010. pp. 32 y 33.

21 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª Ed. Brosnac. Madrid. 1992. Voz ponderar. p. 1161.

22 Corominas, J. Pascual, J. A., *Diccionario Etimológico Castellano e Hispánico*. Vol. IV: 1ª Ed. Gredos. Madrid. 1997. Voz ponderar. p. 607.

de los derechos, examinarlos con cuidado, obtener medidas, y finalmente contrapesar o equilibrar, para buscar cual norma debe prevalecer en peso sobre la otra, esto es lo que simplemente podemos desprender de las definiciones antes dadas.

Es claro que ponderar es medir el peso de algo, en este caso se mide el peso de derechos fundamentales, para lograr establecer cuál es el que debe prevalecer sobre el otro. No se trata de una lucha pactada, esa confrontación es obra de la casualidad del actuar humano; las normas constitucionales de inicio no deben confrontarse por sí mismas dentro del sistema constitucional, si una constitución tuviese normas expresa y abiertamente contrarias, sí existiría una colisión, por supuesto, pero de índole legislativo, la que si bien puede ser ponderada en el ámbito judicial, más bien debiera legislarse por el constituyente permanente para resolver ese conflicto. Pero encontramos que en el caso de los derechos no es posible asignarles simplemente un peso, o una medida, ni encontrar una balanza a la que puedan ser pesados ambos derechos y que está mecánicamente cediera ante el que tenga mayor peso. No se trata de algo mecánico; sino de operaciones mentales que deben ser realizadas por el Juzgador. Dice Aleinikoff: *“El problema de la ponderación constitucional es la derivación de la medida necesaria para traducir el valor de los intereses en una moneda común de comparación. La balanza no puede simplemente representar las preferencias personales del juez si no se quiere que el derecho constitucional caiga en la arbitrariedad de la voluntad del juez conocida hoy en día como lochnerismo”*.²³ Por esto es que la ponderación cuenta con tres subprincipios el de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad. Bernal Pulido en el estudio preliminar que hace a la obra de Aleinikoff expresa en qué consisten estos:

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales deber ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo, y la adecuación de la medida exami-

23 Aleinikoff, T. Alexander. *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010. p. 75.

nada. En cuanto a la primera exigencia, para que una medida no sea legítima, debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

1. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, ante todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Se trata entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza (1) La idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

2. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, por ejemplo, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad de otro derecho fundamental sea correlativa tan sólo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico.

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón deber ser declarada inconstitucional.²⁴

Resulta claro que estos subprincipios efectivamente son una herramienta adecuada en la resolución de choque de derechos fundamentales, porque por un lado con la idoneidad se garantiza que la ponderación sea apropiada para los propios fines constitucionales. No se trata de dejar de lado la constitución para que prevalezca otra norma, sino de procurar que dos o más derechos del mismo rango constitucional confluyan en situación de conflicto, quizás uno de ellos fluirá haciendo de lado al otro, pero necesariamente ambos siguen un mismo sentido: el constitucional. Si como lo dice Pulido esa idoneidad se subdivide en legitimidad y la adecuación, con la primera se garantiza que la intromisión en un derecho fundamental tenga como objetivo que prevalezca otro derecho fundamental, ambos constitucionales; y respecto de la segunda que con esa ponderación, mediante la cual se somete a un derecho, efectivamente se logre el objetivo deseado, que en el caso debe ser la prevalencia de otro derecho fundamental considerado como de mayor peso en un determinado caso. Esto es, no puede realizarse el ejercicio de la ponderación si no se cumple con ese objetivo. No deben ponderarse derechos fundamentales aunque pudieran estar en conflicto, si la intromisión que se vaya a realizar en uno de ellos no lograra el objetivo buscado. Y se hace referencia a un determinado caso, porque la declaración respecto de ese ejercicio valorativo no es general, la ponderación realizada a dos derechos, sólo es válida respecto de asuntos idénticos, no puede servir como referencia para afirmar que un derecho fundamental sea de mayor peso que otro en la generalidad de los casos “in abstracto”; diríamos que es casuística.

24 Bernal Pulido, Carlos. *Estudio Preliminar*. Dentro de la obra “El derecho Constitucional de la Ponderación. De T. Alexander Aleinikoff. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010. pp. 10, 11.

Ahora bien, con el subprincipio de necesidad se logra que no se confronten derechos innecesariamente, pues si acaso existe alguna manera de resolver el conflicto que no sea supraponer un derecho sobre otro, no debe realizarse la ponderación que venimos comentando (como se verá ejemplificado adelante con la tesis con número de registro 168 069). Podríamos decir que la ponderación es un método de excepción, o sea, que sólo puede ser utilizado cuando no existe otra forma de resolver el conflicto. Por ejemplo, si acaso el principio de especialidad puede dar la solución, sería innecesario ponderar derechos. Respecto a la proporcionalidad, también asegura que la ponderación sea balanceada, pues en la medida que la balanza desfavorezca a uno de los derechos, debe favorecer al otro. Tiene que existir una equivalencia entre esos factores, pues de otra manera se estaría legislando, no ponderando. Esto es, si sabemos que no puede el Juzgador mediante la interpretación o la integración llegar al extremo de legislar, ello en nuestro caso se logra cuando la masa que se extrae de un derecho, se agrega al otro, y que sólo sea la necesaria para logra el objetivo, de ninguna manera más de ella. *“Por lo tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro. Esta regla podría denominarse “ley de ponderación”.*²⁵

En relación a la ponderación y legislación resultan interesantes las palabras de Atienza, quien dice:

Si la ponderación no la realizase un juez, sino un legislador (las reglas legisladas pueden verse, en buena medida, como el resultado de ponderaciones llevadas a cabo por el legislador), el esquema (pero recuérdese que estamos viendo la ponderación desde una perspectiva únicamente formal) no sería muy distinto: simplemente, habría que suprimir las referencias a un caso concreto; podría

25 Alexy, Robert. *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. Dentro de la obra “Jueces y Ponderación Argumentativa”. Por Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy. 1ª Ed. UNAM. México. 2006. p. 2.

decirse que los legisladores ponderan, pero no a la vista de un caso concreto, sino en abstracto.²⁶

Y efectivamente tanto el juez como el legislador ponderan, solo que la única diferencia no es que uno lo haga respecto de un caso, y el otro en abstracto; pues el juez pondera necesariamente por estar obligado a resolver un conflicto, y el método de proporcionalidad en la ponderación es una herramienta en la integración del derecho. En tanto, el legislador no pondera por necesidad de resolver una tensión, sino para evitarla, pues es su labor crear la ley, y al hacerlo debe realizar una actividad valorativa entre los diversos derechos que crea; debe evitar que sean contradictorios. Pero nosotros pensamos que en tanto el Juez pondera en caso de tensión o conflicto de derechos; el legislador no lo hace en conflicto de derecho alguno, sino en uso de su facultad subjetiva de determinación del derecho a crear. El juez tiene facultad jurisdiccional de resolver conflictos jurídicos, en tanto el legislador tiene facultad de crear la ley, tratando de evitar que se generen esos conflictos o tensiones. De ahí que puede afirmarse que de ambos, sólo el juzgador usa el método de ponderación *stricto sensu*, como herramienta integradora en caso de tensión o choque de derechos fundamentales. Y, a la vez, afirmamos que el legislador no pondera de esa manera. No pondera *stricto sensu*, sino que lo hace *lato sensu*; como un método de asignación de pesos y contrapesos, o de asignación de valores, como lo hacemos todos aquellos que tenemos la facultad de decidir qué hacer o no hacer. De esa manera el legislador puede decidir que legislar o no; aunque si no lo hace debidamente pueden existir consecuencias.

Pues bien, ponderar se hace argumentando, por lo tanto, los mencionados subprincipios son argumentados debidamente por el juzgador, y de esta manera puede exponerlos. *“Argumentar o razonar es un actividad que consiste en dar razones a favor o en*

26 Atienza, Manuel. *Argumentación y Constitución*. Dentro de la Obra “Argumentación Constitucional, Teoría y Práctica”. Por Manuel Atienza y Rodolfo L. Vigo. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. 1ª Ed. Porrúa. México. 2011. p. 34.

*contra de un determinada tesis que se trata de sostener o refutar*²⁷. Pero hay que mencionar como ya se ha hecho, que en el derecho constitucional existen principios, y que estos pueden ser valorados, infra o supra puestos uno sobre el otro, los principios en el derecho son importantísimos, pues dan lugar a la valoración, o ponderación. *“La distinción entre reglas y principios es un asunto altamente abstracto de la teoría general de las normas. Al mismo tiempo, tiene consecuencias de largo alcance para la teoría del razonamiento jurídico. Si el derecho contiene los dos tipos de normas, entonces el razonamiento jurídico inevitablemente combinará la subsunción con la ponderación.”*²⁸

Indefectiblemente son los principios y valores, términos que son inseparables del derecho, hoy más que nunca se afirman como una necesidad de la modernidad en el derecho, radicada en el deber de implantar mecanismos que puedan facilitar el acceso a las fuentes jurídicas al juzgador, y también a quien pide justicia. Sobre lo anterior puedo añadir apoyándome en Massó: *“Hoy el derecho constitucional no puede reducirse a reglas, porque nunca podrá encerrarse todo el derecho en la letra de los preceptos jurídicos normativizados. Los principios y valores de la Constitución no sólo aporta esta flexibilidad para su adaptación a las cambiantes realidades sociales, sino que al mismo tiempo limita la discrecionalidad del aplicador del derecho al ofrecer certeza sobre los valores que deben aplicarse.”*²⁹ Pero además de lo anterior hay que apuntar que el propio derecho, en general siempre ha tenido principios, y que estos siempre han sido utilizados en la resolución de conflictos desde el Código de Justiniano, el Digesto, Código de las Siete Partidas, incluso en muchos aforismos latinos, todos los cuales han servido como reguladores en la solución de conflictos, han sido como precedentes equitativos

27 Atienza, Manuel. Óp. Cit. p. 19.

28 Alexy, Robert. *El Concepto de Derecho*. 1ª Ed. Marcial Pons. España. 2008. p. 43.

29 Massó Garrote, Marcos Francisco. *Apuntes para una Teoría de la Interpretación de los Derechos Fundamentales*. Dentro de la obra “Argumentación e Interpretación Jurídica, Para Juicios Orales y la Protección de Derechos Humanos. Coordinadores Virgilio Bravo Peralta y Alfredo Islas Colín. 1ª Ed. Porrúa. México 2010. p. 314.

y justos en la solución de controversias, por ello sostenemos que algunos de ellos pueden y deben ser utilizados en caso de tensión o choque de derechos fundamentales, pues permiten objetivizar el propio razonamiento jurídico en la ponderación.

Es conveniente por último comentar que se ha utilizado por diversos tribunales la llamada escala tríadica que trata de leve, moderado o grave la intervención de los derechos fundamentales, y que también ha pretendido ser un factor que de mayor certeza en el método de ponderación, pero estamos con la corriente que sostiene que aún con esa escala, el método de ponderación carece de razonabilidad; esto es, que su aplicación deja amplio margen de subjetividad en el juzgador, y que por ello se carecen de elementos técnicos que den mayor certeza a la ponderación.³⁰

III. Exposición de casos

En seguida expondremos algunas tesis sobre ponderación de derechos fundamentales del Poder Judicial de la Federación, los que aunados a los expuestos en las primeras fojas sobre el caso *Titanic*, *Cura de Hío*, y *Niño Marcos*, serán de gran utilidad en la exposición de los principios que serán mencionados en los puntos subsecuentes:

Libertad de expresión, derecho a la información y a la intimidad. Parámetros para resolver, mediante un ejercicio de ponderación, casos en que se encuentren en conflicto tales derechos fundamentales, sea que se trate de personajes públicos o de personas privadas. La libertad de expresión y el derecho a la información operan en forma diversa tratándose de personajes públicos, quienes, como las personas privadas, se encuentran protegidos constitucionalmente en su intimidad o vida privada, por lo que podrán hacer valer su derecho a la intimidad frente a las opiniones, críticas o in-

30 Ver Alexy, Robert. *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. *Óp. Cit.* p. 7.

formaciones lesivas. La solución de este tipo de conflictos ameritará un ejercicio de ponderación entre los derechos controvertidos, a efecto de determinar cuál de ellos prevalecerá en cada caso. Así, el interés público que tengan los hechos o datos publicados, será el concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad, en donde el derecho a la intimidad debe ceder a favor del derecho a comunicar y recibir información, o a la libertad de expresión cuando puedan tener relevancia pública, al ser un ejercicio de dichos derechos la base de una opinión pública libre y abierta en una sociedad. Por consiguiente, en la solución al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información, frente al derecho a la intimidad o a la vida privada, deberá considerarse el caso en concreto, a fin de verificar cuál de estos derechos debe prevalecer distinguiéndose, en el caso de personas públicas a la mayor o menor proyección de la persona, dada su propia posición en la comunidad, así como la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada.³¹

Proporcionalidad en la ponderación. Principios del método relativo que deben atenderse para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador, en el juicio de amparo en que la litis implica la concurrencia y tensión entre los derechos fundamentales de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud, al plantearse la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco. La litis en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como

31 [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXI, Marzo de 2010; Pág. 928; Registro: 164 992.

objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina una regulación; b) Necesidad. La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por

el legislador no pueda alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio.³²

Suspensión en el amparo. Debe negarse conforme a la teoría de ponderación de principios, cuando el interés social constitucionalmente tutelado, es preferente al de la quejosa. De acuerdo con la teoría de ponderación de principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión se debe resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: a) idoneidad; b) necesidad; y c) proporcionalidad. Por tanto, cuando verbigracia, el quejoso solicita la suspensión con el propósito de paralizar la continuación

32 [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXIX, Enero de 2009; Pág. 2788; Registro: 168 069.

de un proyecto deportivo nacional, en tanto se resuelve el juicio en lo principal y se encuentran en conflicto por un lado, el derecho a la educación académica y deportiva de las personas y, por otro, el derecho del solicitante a continuar practicando fútbol americano como actividad deportiva en equipo reducido, los elementos o subprincipios señalados tienen plena aplicación, pues el interés de la sociedad que con la continuación de los actos impugnados se busca tutelar y salvaguardar, derrotan y prevalecen sobre los intereses particulares del quejoso. Por ende, el derecho o principio a primar debe ser, en la especie, aquel que cause un menor daño y el cual resulta indispensable privilegiarse, o sea el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio. Lo anterior se obtiene, en el caso particular, negando la suspensión solicitada al quejoso, a fin de permitir la plena eficacia de las consecuencias del acto reclamado, traducido en la consecución de la obra pública denominada Centro de Desarrollo de Talentos y Alto Rendimiento, concretamente para que se continúe con la orden de demoler el inmueble defendido por el solicitante, en beneficio del interés social de los dos mil quinientos atletas a quienes se encuentra dirigido, pues con ello se salvaguarda el derecho a la educación académica y deportiva en una infraestructura pública dirigida a un grupo mayoritario o colectivo, constitucionalmente tutelado, con prioridad a los estrictamente individuales, como es el derecho a practicar fútbol americano en un grupo reducido titularidad del quejoso.³³

33 [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXIV, Agosto de 2006; Pág. 2347; Registro: 174 337.

IV. Ponderación y derecho administrativo

Muchos son los tópicos que aborda el derecho administrativo, en los cuales se puede aplicar la ponderación y en una sociedad tan cambiante como en la que vivimos es difícil cuando no imposible mantenernos en un positivismo rígido, pues es común que se le presenten casos a los juzgadores donde entran en conflicto los derechos fundamentales y también nos encontramos con la dinámica de la siempre apasionante discrecionalidad administrativa, pues no se terminara de comprender en su plenitud dicho fenómeno jurídico que discutir como dijera Hart en la textura abierta que poseen las normas, pero en tal caso siempre dentro de los justos límites de la legalidad. Así, se puede ver que para Luis Arroyo Jiménez la ponderación implicada en:

...el derecho administrativo es un derecho de conflictos, especialmente entre principios constitucionales, cuya resolución presenta esa naturaleza y se articula técnicamente a través de la ponderación. Por un lado, a través del derecho administrativo se ventila la tensión entre los poderes del Estado, una función esta que en la actualidad se hace tan evidente como lo era en sus orígenes, puesto que aun hoy continua enfrentándose el reto de redefinir la posición constitucional de la administración frente a lo que corresponde al legislador y al juez (...) El derecho administrativo es, en definitiva, un derecho de equilibrios entre principios constitucionales.³⁴

34 Carbonell, Miguel Coordinador. *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo". Por Luis Arroyo Jiménez. Porrúa. 1ª Ed. México. 2011. pp. 273 a 274.

V. Conclusión

La ley y el núcleo del contenido normativo deben ser tutelados. Al colisionar dos normas fundamentales inmediatamente no se puede resolver que ambos núcleos normativos sean tutelados, por lo que se tendrán que someter a una ponderación para valorar en lo que se espera sea imparcial cual derecho debe satisfacer. Como no es posible encontrar un principio que permita tutelar los dos derechos fundamentales en conflicto en un caso concreto, por lo que se debe asumir la una posibilidad satisfactoria en dos normas. Conviene por lo tanto identificar con efectividad cuando realmente se presenta una colisión de derechos fundamentales y que consiste en que se identifique la resolución del asunto y su sometimiento a la decisión del juez.

Ponderar en sentido amplio significa medir el peso de una cosa. Trasladada la acción al ámbito del Derecho ponderar significa medir el peso de los derechos fundamentales con el objeto de alcanzar un resultado: seleccionar cual derecho debe prevalecer. Ponderar es una actividad esencialmente del razonamiento humano, en lo que concierne a las normas constitucionales la colisión no surge del ordenamiento constitucional, sino existirían colisiones adscritas al ámbito legislativo, que se ponderarían en la potestad legislativa que ejerce el poder constituyente permanente, la colisión surge en el ámbito de los derechos, del caso concreto que se somete a la potestad de la jurisdicción, por ende cuando dos normas colisionan solo pueden ser ponderadas por el poder judicial. Como la ponderación exige como método interpretativo equilibrar los derechos para determinar la resolución del caso, el método de proporcionalidad en la ponderación es una herramienta para la integración del derecho. Y efectivamente tanto el juez como el legislador ponderan, solo que la única diferencia no es que uno lo haga respecto de un caso, y el otro en abstracto; pues el juez pondera necesariamente por estar obligado a resolver un conflicto jurisdiccional. En conclusión la acción de ponderar se realiza argumentando en ese sentido si los principios y subprincipios son argumentados debidamente por el juzgador, y de esta manera puede exponerlos en sus razonamientos.

Bibliografía

- 174 337 (Tribunales Colegiados de Circuito XXIV de Agosto de 2006).
- 168069 (Tribunales Colegiados de Circuito XXIX de Enero de 2009).
- 164992 (Primera Sala XXXI de Marzo de 2010).
- Aleinikoff, A. (2010). *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*. Lima: Palestra .
- Alexy, R. (2006). *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. México: UNAM .
- Alexy, R. (2008). *El concepto de Derecho* (Primera ed.). España: Marcial Pons.
- Atienza, M. (2012). *Un debate sobre la ponderación* (Primera ed.). Lima - Bogotá: Palestra - Temis .
- Atienza, M., & Vigo, R. (2011). Argumentación y Constitución. En M. Atienza, *Argumentación Constitucional, Teoría y Práctica* (Primera ed., pág. 34). México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional.
- Bernal Pulido, C. (2010). Estudio Preliminar . En A. Aleinikoff, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación* (pág. 9). Lima: Palestra.
- Bernal Pulido, C. (2011). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. (pág. 31). México: Porrúa.
- Corominas , J., & Pascual, J. (1997). *Diccionario Etimológico Castellano e Hispánico*. Madrid: Gredos.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional* (Segunda ed.). España: Trotta.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional* (Primera ed.). México: UNAM.

- Ibáñez, P. A., & Alexy, R. (2006). Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En R. Alexy, *Jueces y Ponderación Argumentativa* (Primera ed., pág. 2). México: UNAM.
- Jiménez, L. A. (2011). Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo . En M. Carbonell, *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad* (págs. 273-274). México : Porrúa.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*. Santa fe de Bogotá: Siglos del Hombre Editores.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y Derecho “Ensayos de Teoría Jurídica Crítica”*. Buenos Aires : Siglo 21.
- Massó, M. (2010). Apuntes para una Teoría de la Interpretación de los Derechos Fundamentales. En V. Bravo Peralta , & A. Islas Colín , *Argumentación e Interpretación Jurídica para juicios orales y la protección de Derechos Humanos* (Primera ed., pág. 314). México: Porrúa.
- Moreso, J. J. (2010). Conflictos entre Derechos Constitucionales y Maneras de Resolverlos. En R. Aguilera Portales , R. Becerra Rojasvértiz, & S. Ortega Gomero , *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales* (págs. 52-54). México: Porrúa.
- Nino, C. S. (2003). *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Primera ed.). Barcelona: Gedisa.
- Prieto Sanchís, L. (2011). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell, *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y principio de proporcionalidad*. (Primera ed., págs. 69-70). México: Porrúa.
- Real Academia Española. (1992). *Diccionario de la lengua española* (Vigésima primera ed.). Madrid: Brosmac.
- Tribe, L., & Dorf, M. (2010). *Interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra.

Vigo, R. (1994). *Interpretación Constitucional* (Segunda ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Zagrebelsky, G. (2011). *El Derecho Dúctil*. España: Trotta.

Sobre el sistema Ombudsman en México: la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Manuel Vidaurri Aréchiga¹

José Jesús Soriano Flores²

Fátima Rostro Hernández³

SUMARIO: I. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: APUNTES INTRODUCTORIOS. 1.1. Sobre la Institución Ombudsman. 1.2. Tres Sistemas de Protección de los Derechos Humanos en México: Jurisdiccionales, No Jurisdiccionales (Ombudsman), y Sistemas Administrativos. II. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE

- 1 Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores y es Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío, campus León. Vicerrector de Investigación del INEJ (Nicaragua).
- 2 Doctor en Derecho por el Doctorado interinstitucional de las Universidades públicas de la región centro occidente de la ANUIES. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores y es Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.
- 3 Doctora en Derecho por el Doctorado interinstitucional de las Universidades públicas de la región centro occidente de la ANUIES. Profesora de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. 2.1. Nota Previa: La Reforma Constitucional de 2011. 2.2. Estructura y Funcionamiento de los OPDH en la Constitución. III. LA CNDH: CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES. 3.1. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos: Un organismo público Federal. 3.2. Antecedentes de la CNDH. 3.3. Atribuciones de la CNDH. 3.4. Estructura de la CNDH. 3.4.1. La o el Presidente de la CNDH. 3.4.2. Secretaría Ejecutiva. 3.4.3. Visitadores Generales. 3.4.5. El Consejo de la CNDH. 3.5. Algunas Generalidades sobre el Procedimiento: la Defensa de los Derechos Humanos en la CNDH. IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. Sistemas de protección de los derechos humanos en México: apuntes introductorios

1.1. SOBRE LA INSTITUCIÓN OMBUDSMAN

La institución del Ombudsman es identificada por diversos autores con tres modelos el clásico, el ibérico y el latinoamericano. El modelo clásico está referido a Suecia y a otros países de Europa, en esta institución se crea un comisionado parlamentario que recibe quejas de los gobernados sobre la legalidad de las autoridades administrativas para modificar su conducta a través de la persuasión; por su parte el modelo ibérico se desarrolla en Portugal y España en los cuales se conservan las características del modelo clásico, incorporando además la protección de los derechos humanos; en cuanto al modelo latinoamericano adquiere otras características como la de no estar sujetos a formalismos jurídicos, autonomía institucional, gratuidad en sus funciones, emisión de recomendaciones no vinculantes, entre otras.⁴

4 Castañeda, Mireya, “La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México”, 1ª ed., CNDH, México, 2011, pp.

Sin duda una de las instituciones jurídicas más importantes de estos tiempos es la relativa al Ombudsman, misma que ha recibido diferentes denominaciones como la Defensoría del Pueblo,⁵ Procuraduría de Derechos Humanos, Proveedor de justicia, Defensoría de los Habitantes, Comisión de Derechos Humanos, entre otras, que se traduce en una entidad pública que protege y defiende Derechos Humanos y que representa un claro e ineludible elemento esencial para la vida democrática de las sociedades contemporáneas.⁶ Como hemos señalado anteriormente esta institución, aparece en el modelo clásico en la Ley Constitucional sobre Forma de Gobierno

13-17, en línea: <http://www.defensoria.ipn.mx/Documents/DD-H9G/Modulo-2/ProteccionNoJurisdiccional.pdf>, fecha de consulta: 27 de julio de 2015.

- 5 Respecto al Defensor del Pueblo, se recomienda consultar el artículo: Vidaurri Aréchiga, Manuel, *El defensor del pueblo como instrumento para afianzar el derecho y la democracia. Algunas reflexiones*, en línea: http://www.derecho.ugto.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=191&Itemid=122, fecha de consulta: 10 de Diciembre de 2011.
- 6 Diversas denominaciones que recibe el Ombudsman en el mundo:
 - Portugal: “Proveedor Justicia”.
 - Colombia: “Delegación para la Defensa de los Derechos Humanos”.
 - Honduras: “Comisión de Derechos Humanos”
 - España, Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia: “Defensoría del Pueblo”.
 - Nicaragua, Guatemala y el Salvador: “Procuraduría de Derechos Humanos”.
 - Costa Rica “Defensoría de los Habitantes”, etc.

de Suecia en 1809,⁷ y tiene en México un desarrollo relativamente reciente.⁸

La protección “no jurisdiccional” de los Derechos Humanos verifica una evolución histórica que se concreta actualmente en los Organismos Públicos de Derechos Humanos, en adelante: OPDH, que existen autónomamente en cada una de las entidades federativas, así como una institución a nivel nacional, ésta última denominada Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en adelante: CNDH, a la cual nos referiremos con mayor abundancia en el presente texto, donde primeramente y a continuación, abordaremos de manera sintética otros sistemas de protección de los Derechos Humanos, como los “Jurisdiccionales” y “Administrativos”.

1.2. TRES SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: JURISDICCIONALES, NO JURISDICCIONALES (OMBUDSMAN), Y SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

Los *Sistemas Jurisdiccionales* son atendidos por Tribunales Judiciales y Administrativos, y uno de los más utilizados es el Juicio del Amparo, que constituye un instrumento jurídico creado en favor de las y los gobernados, que tiene por finalidad hacer respetar en términos generales sus derechos; y se tramita en los Tribunales del Poder Judicial de la Federación.

7 La palabra OMBUDSMAN, procede de la Constitución Sueca que estableció dicha figura en 1809 para dar respuesta inmediata a las y los ciudadanos ante abusos de difícil solución por vía burocrática o judicial. García Ramírez, Sergio; Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 1ª ed., Porrúa, México, 2011.

8 Se sugiere consultar los Principios de París, que constituye un documento de Naciones Unidas que aborda el estatus y funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH, tales como comisiones de derechos humanos y defensorías del pueblo).

Otro mecanismo se inscribe en el denominado Juicio para la protección de los Derechos político-electorales, que dota a las y los ciudadanos de un medio jurídico para la defensa de sus derechos al sufragio, a la postulación a cargos de elección popular, así como a la asociación libre para asuntos políticos, entre otros.

Un mecanismo más constituye el juicio seguido ante los tribunales de lo contencioso administrativo, que tienen a su cargo en términos generales, dirimir las controversias de carácter administrativo y fiscal que se susciten entre la administración pública y las y los gobernados.

Por su parte, los *Sistemas Administrativos*, son aquellos que se siguen ante dependencias con diversos ámbitos de competencia, tales como la Procuraduría Federal del Consumidor, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Académicos de la Universidad de Guanajuato y de las de otras Universidades, etc.

Los *Sistemas No Jurisdiccionales*, son precisamente los que se inscriben el denominado también Sistema Ombudsman, y en el cual abundaremos más adelante.

Por último dentro de este apartado, es importante señalar que además de las Organizaciones No Gubernamentales y las y los Defensores de Derechos Humanos independientes como mecanismos de protección y defensa,⁹ México se encuentra inscrito en el Sistema Universal de la Naciones Unidas (ONU), y el Sistema Interamericano desarrollado en la Organización de los Estados Americanos (OEA).

9 De conformidad con la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”.

Dentro de las Instituciones Protectoras de los Derechos Humanos dependientes de la ONU, se encuentran: el Alto Comisionado de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos; por su parte, el Sistema Interamericano está constituido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en San José, Costa Rica. México se ha adherido los principales instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano, y reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998.

II. Estructura y Funcionamiento constitucional de los Organismos Públicos de Derechos Humanos en México

2.1. NOTA PREVIA

En el pasado mes de Junio de 2011, la Constitución Política Federal Mexicana, se reformó precisamente en materia de Derechos Humanos, en la que se modificó incluso la denominación del primer apartado de ese cuerpo normativo que antes se llamaba “De las Garantías Individuales”, y que ahora lleva el nombre “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, además de la reforma a los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105¹⁰, con lo cual fundamentalmente quedaron claras implicaciones normativas alrededor de los Derechos Humanos, donde también se ampliaron facultades de los OPDH.

Entre las nuevas atribuciones que encontramos para los OPDH establecidas en el artículo 102 son: a) la obligación para las y los servidores públicos de responder a las recomendaciones que elaboren dichos organismos, en caso de no aceptarlas

10 Reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación. En línea: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=15194486&fecha=10/06/2011, fecha de consulta: Julio de 2011.

o cumplirlas, fundar o motivar su negativa pudiendo ser llamados por la cámara legislativa correspondiente para explicar el motivo de su negativa; b) competencia para conocer asuntos por violación a derechos humanos en materia laboral; c) reconocimiento a la autonomía de los organismos públicos de derechos humanos locales; d) para la elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de los titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, realizarse mediante un procedimiento de consulta pública y transparencia; e) investigar hechos que constituyan violaciones graves a los derechos humanos, responsabilidad exclusiva para la CNDH, mismas que comentaremos más adelante.

No obstante, antes de esa importante reforma, estos Organismos ya eran “constitucionales”, y en este orden de ideas y atendiendo a la Constitución, la estructura y funcionamiento de estos entes públicos es la siguiente.

2.2 ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS OPDH EN LA CONSTITUCIÓN

El artículo 102 constitucional es el que establece la estructura y funcionamiento genérico de estos organismos, de donde desprendemos las siguientes líneas.

La creación de los OPDH entonces, deviene directamente de un mandamiento constitucional que instruye al Poder Legislativo tanto Federal, como a los Estatales a que establezcan dichos organismos, que protegerán prerrogativas fundamentales vigentes en el orden jurídico mexicano, y que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Actualmente en nuestro país, y por decreto en el Diario Oficial de la Federación desde el 6 de junio de 1992,¹¹ se fueron estableciendo los OPDH, de tal manera que al día de hoy, la totalidad de las entidades federativas incluyendo al Distrito Federal y a la Federación tienen OPDH que de acuerdo al texto constitucional debían establecerse, en este orden conceptual, estamos ante el Sistema No Jurisdiccional de Derechos Humanos más grande del mundo, integrado por treinta y dos OPDH en las entidades federativas, comprendiendo el Distrito Federal y uno Nacional, éste último la CNDH, que es precisamente en el que ahondaremos en el siguiente subtema.

A diferencia de los Sistemas “Jurisdiccionales” que emiten sentencias y cuya estructura es claramente identificable, los OPDH formulan “recomendaciones” de naturaleza pública que nos son vinculantes. Las recomendaciones se formulan después de un proceso indagatorio cuando éste concluye con elementos que determinan responsabilidad de una o varias autoridades públicas por violaciones a Derechos Humanos. En este sentido, dichas resoluciones conservan sin duda el espíritu del ombudsman sueco que fundamenta su actuación en su reconocimiento ético y por supuesto jurídico, elementos que dan soporte a una resolución que aunque en términos de derecho estricto no es obligatoria, si conlleva una fuerza indiscutible en su solvencia ética.

Como sucede en los países que cuentan con el sistema Ombudsman, en México a menudo se cuestiona la efectividad de sus resoluciones por esa carencia de coercibilidad, no obstante, es menester recordar que la fuerza de esos actos jurídicos es ciertamente *sui generis*, pero no por ello despreciable. Nos encontramos ante instituciones que basan su actuación en normas jurídicas, pero siempre con un respaldo ético que de alguna manera suple la obligatoriedad en cuanto su acatamiento.

El problema claramente aparece cuando las instituciones ombudsman las representan e integran personas que carecen

11 En línea: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4659530&fecha=06/06/1990, fecha de consulta: 1 de Agosto de 2015.

de ese reconocimiento ético, aunado a sus vínculos políticos con la autoridad, problema que se agrava cuando existe ignorancia en materia de Derechos Humanos. Por ello es importante la consolidación los OPDH con entendimiento claro de sus objetivos, enmarcados por el perfil estricto de sus titulares y demás integrantes.

Además, el hecho de que las recomendaciones no sean vinculantes, no debe entenderse como un espacio de absoluta discrecionalidad para la autoridad, en virtud de que las y los servidores públicos están obligados a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos; inclusive en el supuesto de que las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas, las autoridades o servidores públicos en todos los casos, deben fundar, motivar y hacer pública su negativa.

La reforma constitucional de 2011 a la que nos hemos referido con anterioridad incorpora una facultad importante para los OPDH, consistente en que éstos, pueden solicitar a la Cámara de Senadores o en sus recesos a la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, que llamen para su comparecencia a las autoridades o servidores públicos responsables a efecto de que expliquen el motivo de su negativa. En este tenor, el poder legislativo en México se convierte de manera directa en sujeto obligado en la verificación del respeto a los Derechos Humanos por parte de las autoridades que han sido señaladas por los OPDH.

Los OPDH no tienen competencia tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales, y recientemente se incorporó a las facultades del Ombudsman la materia “laboral” que hasta antes de la reforma constitucional igualmente formaba parte de las materias sobre las cual no podía conocer.

Respecto de su denominación, la Constitución únicamente se refiere expresamente al organismo nacional que nombra como “Comisión Nacional de los Derechos Humanos”; y en lo que tiene que ver con el resto de los OPDH de los Estados de la República, y conservando por supuesto los lineamientos constitucionales, existe libertad para el título formal de dichos organismos; así en el Distrito Federal, como en la mayoría de las entidades, se denomina “Comisión de Derechos

Humanos”, y en el caso de Guanajuato y Baja California, recibe el nombre de “Procuraduría de los Derechos Humanos”.

Además de ser organismos constitucionales, los OPDH son autónomos, característica esencial en la construcción y labor del Ombudsman contemporáneo. La autonomía se erige como una de las bases de actuación de los OPDH más trascendente, y sin la cual, consideramos no tendría importancia incluso su existencia.

La Constitución es clara cuando indica categóricamente que las Constituciones de los Estados y el Estatuto del Gobierno del Distrito Federal, establecerán y garantizarán la autonomía de los OPDH. En este orden conceptual, éstos no se encuentran inscritos en un esquema de jerarquía administrativa, la autonomía significa entonces la capacidad jurídica que tienen esos organismos para cumplir con sus atribuciones constitucionales, legales y éticas con plena libertad de gestión y presupuestaria, sin tener, en ningún caso interferencias de otras autoridades de cualquier índole; la autonomía institucional, se erige entonces como “un principio que se construye y ratifica en el actuar cotidiano de los organismos públicos autónomos; (...) es una sana distancia que permite equilibrio, diálogo y encuentro de la pluralidad.”¹²

Es importante señalar en este momento que la autonomía de referencia, evidentemente está inscrita en un marco de legalidad, en el que por ejemplo, los OPDH son sujetos de auditorías respecto al destino de los recursos públicos que les son asignados periódicamente para su funcionamiento; en este sentido, como bien lo ha establecido el distinguido defensor de Derechos Humanos, Emilio Álvarez Icaza Longoria, “es necesario realizar un doble proceso de rendición de cuentas que consiste en informar a detalle sobre las recomendaciones, el

12 Álvarez Icaza Longoria, Emilio, *La CNDH: una auténtica Defensoría del Pueblo*, consulta en línea: <http://ierd.prd.org.mx/coy153-154/EAIL.htm>, fecha de consulta: 20 de Noviembre de 2011.

presupuesto y los programas implementados bajo un criterio de racionalidad de gasto”.¹³

Por último dentro de este apartado, es importante señalar que además de la función relativa a la investigación de quejas y denuncias por posibles violaciones a Derechos Humanos, los OPDH en México incorporan en sus funciones la educación y promoción en Derechos Humanos, así como orientaciones y asesorías jurídicas, servicios, todos ellos que son gratuitos para las y los usuarios.

En atención a la dimensión histórica de los Derechos Humanos, estamos convencidos de que la educación y promoción de estos derechos, constituye un tema de primer orden en la agenda nacional e internacional de los Derechos Humanos, en este sentido los OPDH tienen también una responsabilidad directamente vinculada con estos temas. El desarrollo histórico de estos derechos, pone de manifiesto que aunque después de las importantes etapas de positivación e internacionalización de los Derechos Humanos, el conocimiento integral de autoridades y sociedad en esta materia es fundamental en la consolidación de una cultura de respeto a estas prerrogativas fundamentales; siendo éste un tema de la mayor complejidad. La educación y promoción, se constituyen en los pilares que sostienen a sociedades solidarias, respetuosas y tolerantes, principios indispensables para la vigencia de los Derechos Humanos.

13 Álvarez Icaza Longoria, Emilio, “Entrevista a Emilio Álvarez Icaza Longoria” en: *Ombudsman Ciudadano, Boletín Bimestral de la Academia Mexicana de Derechos Humanos*, 1ª ed., Número 3, Año 1, México, Octubre del 2004, p. 7.

III. La CNDH: Consideraciones Fundamentales

3.1. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN ORGANISMO PÚBLICO FEDERAL

Como ya lo hemos dicho, los OPDH en México, de acuerdo con la propia Constitución, existen en la totalidad de las entidades federativas y en el Distrito Federal, pero además el sistema Ombudsman, tiene un organismo federal que se denomina Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), a continuación abundaremos sobre dicha institución.

3.2. ANTECEDENTES DE LA CNDH

Como lo refieren autores como Jorge Fernández Ruiz, el primer antecedente del Ombudsman en México se puede localizar en la “Procuraduría de los Pobres” en San Luis Potosí, creada en 1847¹⁴; no obstante con la estructura ombudsman que propiamente hoy conocemos, la CNDH comienza a configurarse en México en 1989, mediante una dependencia de la Administración Pública centralizada llamada Dirección General de Derechos Humanos que dependía de la Secretaría de Gobernación, y el titular de esa oficina, como lo menciona Fernández Ruiz, tenía entre otras facultades, la de “hacer recomendaciones y en su caso observaciones que resultaran pertinentes a las autoridades administrativas del país sobre violaciones a los Derechos Humanos”.¹⁵ Evidentemente, la autonomía no estaba inscrita en la visión de esa dependencia por lo que podemos afirmar que en estricto sentido, aun no nos encontrábamos frente a un verdadero ombudsman, en este orden de ideas, se transitó posteriormente en 1990 a la creación mediante decre-

14 Fernández Ruiz, Jorge, “Derechos Humanos y Ombudsman en México”, en *Problemas Actuales del Derecho Constitucional, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, pp. 130-131.

15 *Idem*.

to presidencial de un organismo público denominado Comisión Nacional de Derechos Humanos, constituyéndose como un Organismo desconcentrado de dicha Secretaría.

En 1992, se adicionó el apartado B del artículo 102 de la Constitución Federal, elevando a la CNDH a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un Organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Finalmente, “por medio de una reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de septiembre de 1999, dicho Organismo Nacional se constituyó como una Institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria, modificándose la denominación de Comisión Nacional de Derechos Humanos por la de Comisión Nacional de los Derechos Humanos”.¹⁶ Podemos decir entonces que hasta este momento se erige en México una institución con las características del ombudsman contemporáneo, en virtud de la adición de la importante característica de la autonomía.

3.3. ATRIBUCIONES DE LA CNDH

La CNDH, tiene en su andamiaje jurídico además del marco constitucional que hemos referido, una ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el lunes 29 de junio de 1992, denominada: Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,¹⁷ de la cual se desprenden los siguientes elementos, y que en adelante denominaremos “la ley”.

La CNDH es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, y tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos que ampara el orden jurídico mexicano. Respecto a su compe-

16 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en línea: <http://www.cndh.org.mx/node/17>, Fecha de consulta: 30 de Noviembre de 2011.

17 La legislación mexicana, incluyendo a la ley en comento puede ser consultada en la siguiente página Web del Congreso de la Unión: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>.

tencia, conoce de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los Derechos Humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.¹⁸

Igualmente, la CNDH tiene competencia para conocer de inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los OPDH de las entidades federativas a los que nos hemos referido con anterioridad; así como por la no aceptación de sus recomendaciones por parte de las autoridades, o por el deficiente cumplimiento de las mismas.

De conformidad con la ley en comento, la CNDH tiene las siguientes atribuciones:

- Recibir quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos; y conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de Derechos Humanos por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal; cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas.
- Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; así como conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de Derechos Humanos de las Entidades Federativas; así como conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran dichos OPDH, y por insuficiencia en el cumplimiento

18 De acuerdo también con la ley de la materia, cuando en un mismo hecho, estuvieren involucrados tanto autoridades o servidores públicos de la Federación, como de las Entidades Federativas o Municipios, la competencia se surtirá en favor de la Comisión Nacional.

to de las recomendaciones de éstos por parte de las autoridades locales.

- Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita.
- Impulsar la observancia de los Derechos Humanos en el país y proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión Nacional redunden en una mejor protección de los Derechos Humanos.
- Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los Derechos Humanos en el ámbito nacional e internacional; y elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de Derechos Humanos, así como supervisar el respeto a los Derechos Humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país.
- Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos.
- Proponer al Ejecutivo Federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos; y llevar a cabo la observancia del seguimiento, evaluación y monitoreo, en materia de igualdad entre mujeres y hombres.
- Investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el Gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

Finalmente la Ley señala que la CNDH tiene la facultad de expedir su reglamento interno, y que además tendrá las demás que le otorguen dicha ley y otros ordenamientos legales.

3.4. ESTRUCTURA DE LA CNDH

La Comisión Nacional se integra de la siguiente manera:

- La o el titular de la Presidencia,
- Una Secretaría Ejecutiva,
- Visitadores Generales,
- Un Consejo

Igualmente el organismo cuenta con visitadores adjuntos y personal profesional, técnico y administrativo. A continuación desarrollaremos brevemente algunas de las características de la estructura de la CNDH contenidas en la ley.

3.4.1. *La o el Presidente de la CNDH*

En todos los sistemas Ombudsman, el perfil del titular, debe tener características muy específicas, además de algunas de naturaleza formal; y el caso de la CNDH no es la excepción cuando indica que el presidente debe reunir requisitos tales como contar con experiencia en materia de Derechos Humanos o actividades afines reconocidas por las leyes mexicanas y los instrumentos jurídicos internacionales, además de gozar de buena reputación y no desempeñar, ni haber desempeñado cargo de dirección nacional o estatal en algún partido político en el año anterior a su designación.

Respecto a los requisitos formales, para ser Presidente de la CNDH, la ley indica que se debe contar con la ciudadanía mexicana por nacimiento, no haber sido condenado por delito intencional que amerite una pena corporal de más de un año de prisión y tener preferentemente título de Licenciado en Derecho, entre otras.

La elección del titular se lleva a cabo por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. Además la comisión del Senado debe realizar una amplia auscultación entre las organizaciones públicas y privadas relacionadas con la defensa de los Derechos Humanos; para posteriormente proponer una terna para la elección por parte del pleno del Senado.

Algunas de las facultades y obligaciones del Presidente de la CNDH de acuerdo con la propia ley, son las siguientes:

- Ejercer la representación legal de la Comisión Nacional; así como formular los lineamientos generales a los que se sujetarán las actividades administrativas de la Comisión.
- Dictar las medidas específicas que juzgue convenientes para el mejor desempeño de las funciones de la Comisión; así como distribuir y delegar funciones en los términos del Reglamento Interno.
- Presentar anualmente un informe de actividades a los Poderes de la Unión.
- Celebrar, en los términos de la legislación aplicable, acuerdos, bases de coordinación y convenios de colaboración con autoridades y organismos de defensa de los Derechos Humanos, así como con instituciones académicas y asociaciones culturales, para el mejor cumplimiento de sus fines.
- Aprobar y emitir las recomendaciones públicas y acuerdos que resulten de las investigaciones realizadas por las y los visitadores; así como formular las propuestas generales conducentes a una mejor protección de los Derechos Humanos en el país.
- Elaborar el anteproyecto de presupuesto de egresos de la Comisión y el respectivo informe sobre su ejercicio para presentarse al Consejo de la misma.
- Promover las acciones de inconstitucionalidad, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.¹⁹

19 De acuerdo con la Unidad de Relaciones Institucionales de la SCJN dentro del periodo del 15 de septiembre de 2006 al 11 de junio de 2011, las Comisiones de Derechos Humanos en México actuaron como actores legítimos para presentar acciones de inconstitucionalidad sumando un total de 57 acciones, de las cuales 36 fueron presentadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 8 por la Comisión de Derechos Humanos del

En términos generales, estas son las facultades y obligaciones del titular de la CNDH, las cuales además se amplían en la ley de la materia y en otros ordenamientos jurídicos. Idealmente, estamos convencidos de que la o el titular de la Oficina Ombudsman debe esencialmente representar una real independencia de los poderes públicos, y un conocimiento y experiencia en la defensa y promoción de los Derechos Humanos.

3.4.2. Secretaría Ejecutiva

El o la titular de la Secretaría Ejecutiva depende jerárquica y directamente del titular de la presidencia de la CNDH y de conformidad con la ley, tiene entre sus facultades y obligaciones las siguientes:

- Proponer al Consejo y al Presidente de la Comisión Nacional, las políticas generales que en materia de Derechos Humanos habrá de seguir la Comisión Nacional ante los organismos gubernamentales y no gubernamentales, nacionales e internacionales, con los cuales además deberá promover relaciones institucionales.
- Realizar estudios sobre los tratados y convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos; así como enriquecer, mantener y custodiar el acervo documental de la Comisión Nacional.

Además es posible que otras disposiciones legales y reglamentarias establezcan facultades y obligaciones al titular de la secretaría ejecutiva.

Distrito Federal y 13 por las Comisiones Estatales de Derechos Humanos de Baja California, Campeche, Chiapas, Colima, Morelos, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala y Zacatecas. Al respecto la SCJN emitió el siguiente sentido, de las 57 acciones de inconstitucionalidad, solo 37 concluyeron por sentencia de los cuales solo en el 17% se declaró la invalidez de la norma impugnada. Para mayor información consultar en http://www2.scjn.gob.mx/alex/documents/temasJudiciales/AI_DDHH.pdf.

3.4.3. Visitadores Generales

Las y los visitadores designados son servidores públicos que dependen directamente del titular de la presidencia de la CNDH, necesariamente deben tener el título de Licenciado en Derecho, y entre sus facultades y obligaciones legales se encuentran las siguientes:

- Recibir, admitir o rechazar las quejas e inconformidades presentadas por los afectados, sus representantes o los denunciantes ante la Comisión Nacional; e iniciar a petición de parte la investigación de las quejas e inconformidades que le sean presentadas, o de oficio, discrecionalmente aquéllas sobre denuncias de violación a los Derechos Humanos que aparezcan en los medios de comunicación.
- Realizar las actividades necesarias para lograr, por medio de la conciliación, la solución inmediata de las violaciones de Derechos Humanos que por su propia naturaleza así lo permita.
- Realizar las investigaciones y estudios necesarios para formular los proyectos de recomendación o acuerdo, que se someterán al Presidente de la Comisión Nacional para su consideración.
- Además de otras facultades y obligaciones, el titular de la presidencia tiene la facultad de establecer otras funciones de las y los visitadores para el mejor cumplimiento de sus funciones.

La CNDH, además cuenta con visitadores adjuntos, quienes como lo indica la ley, auxiliarán en sus funciones a las y los Visitadores Generales.

3.4.5. El Consejo de la CNDH

Al igual que los OPDH de las entidades federativas, la CNDH cuenta con un Consejo, el cual debe tener un papel muy importante en su desempeño. Coincidimos con la idea de que “los Consejos juegan un rol fundamental para la aprobación de políticas y lineamientos generales; para el impulso de reformas, modificaciones y adiciones a su normatividad interna; así como para la evaluación de programas, acciones y procedimientos al interior de los OPDH (...) y que la existencia de

los Consejos al interior de los OPDH, promueve el mejor desempeño de las responsabilidades del organismo”.²⁰

En el caso del Consejo de la CNDH, la ley refiere que éste se integra por ciudadanos mexicanos, en donde la mayoría no debe desempeñarse como servidor público, y además tienen carácter honorario, es decir, no reciben remuneración por su participación, a excepción del Presidente del Consejo que es el Presidente de la CNDH.

Como lo indica la Ley, las facultades del Consejo son:

- Establecer los lineamientos generales de actuación de la CNDH.
- Aprobar el Reglamento Interno de la Comisión Nacional; así como las normas de carácter interno relacionadas con la CNDH.
- Opinar sobre el proyecto de informe anual que el Presidente de la Comisión Nacional presente a los Poderes de la Unión; y solicitar al Presidente de la Comisión Nacional información adicional sobre los asuntos que se encuentren en trámite o haya resuelto la Comisión Nacional.
- Conocer el informe del Presidente de la Comisión Nacional respecto al ejercicio presupuestal.

El Consejo de la CNDH funciona a través de sesiones de trabajo que se llevan a cabo por lo menos una vez al mes, con la posibilidad de convocar a sesiones extraordinarias.

En este orden de ideas, la CNDH, cuenta con un consejo que como en el resto de los OPDH, “están llamados a ser auténticos espacios de participación ciudadana, donde deben estar representados los intereses y las necesidades de la sociedad (personas y colectivos)”,²¹ en virtud de que “son también un espacio que permite incorporar nuevos elementos que pueden

20 Lachenal, Cécile, Martínez, Juan Carlos, Moguel, Miguel, *Los Organismos Públicos de Derechos Humanos en México: Nuevas Instituciones, viejas prácticas*, 1ª ed., Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C., México, 2009, p. 38.

21 *Idem*.

enriquecer el diálogo institución-ciudadanía, para aumentar la comprensión y la visión al interior de la propia institución”.²²

3.5. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE EL PROCEDIMIENTO: LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CNDH

Como se ha dicho en los informes de la Oficina del Ombudsman guanajuatense, “La defensa de los Derechos Humanos

se materializa mediante la atención a las quejas presentadas por las personas o aquéllas que han sido iniciadas de oficio. Esta función sólo puede hacerse, indiscutiblemente, con base en las disposiciones legales aplicables, siguiendo las directrices normativas y conceptuales contenidas en los instrumentos internacionales, y las normas de derecho interno (...). La sana interpretación del orden jurídico mencionado determina los alcances en la evaluación de los hechos y sus pruebas así como de sus propias conclusiones.”²³

Una de las características más importantes del procedimiento indagatorio sobre posibles violaciones a Derechos Humanos que realizan los sistemas no jurisdiccionales de Protección de los Derechos Humanos, es su accesibilidad para las y los gobernados, la cual se traduce en un procedimiento menos rígido y formal que el que se sigue en órganos jurisdiccionales, lo cual no quiere decir que sea menos cuidadoso o en su caso exhaustivo, sino que sus propias características facilitan el acceso, inclusive, sin necesidad de contar con una abogada o abogado en su trámite.

22 *Idem.*

23 Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, *Mensaje del Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga con motivo del XIII Informe de Actividades*, Guanajuato, México, 2007, en línea: http://www.derechoshumanosgto.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=29&Itemid=11&limitstart=2, fecha de consulta: 6 de diciembre de 2011.

En el caso de la CNDH, la ley es clara cuando indica que los procedimientos que se sigan ante esa Comisión deberán ser breves y sencillos, y estarán sujetos sólo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos. Además la ley en comento indica que dichos procedimientos “se seguirán además, de acuerdo con los principios de inmediatez, concentración y rapidez, y se procurará, en la medida de lo posible, el contacto directo con quejosos, denunciantes y autoridades, para evitar la dilación de las comunicaciones escritas”.

Respecto a la interposición de quejas o denuncias, cualquier persona puede denunciar presuntas violaciones a Derechos Humanos, inclusive las Organizaciones no gubernamentales. Es importante señalar que la formulación de quejas y/o denuncias, no afectan el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan corresponder a las y los afectados, como podrían ser el caso de los sistemas jurisdiccionales o administrativos señalados anteriormente.

Una vez admitida la queja o denuncia, debe ponerse en conocimiento dicha situación de la o las autoridades señaladas como responsables quien deberán rendir un informe sobre los actos, omisiones o resoluciones que se les atribuyan en la queja, donde existe la posibilidad de intentar lograr una conciliación entre los intereses de las partes involucradas.

Es importante hacer notar que el informe constituye la posibilidad para que las autoridades expongan en su caso, su defensa, y que como lo indica la ley, “la falta de rendición del informe o de la documentación que lo apoye, así como el retraso injustificado en su presentación, además de la responsabilidad respectiva, tendrá el efecto de que en relación con el trámite de la queja se tengan por ciertos los hechos materia de la misma, salvo prueba en contrario”.

La resolución de los asuntos planteados ante la CNDH, puede requerir del inicio de una investigación, que se seguirá de acuerdo a los pasos y elementos señalados por la ley, y que correrá a cargo de las y los visitadores con el auxilio de demás personal de la CNDH. Una vez concluida la investigación, como lo señala la ley, “el Visitador General formula, en su caso, un proyecto de Recomendación, o acuerdo de no res-

ponsabilidad²⁴ en los cuales se analizan los hechos, los argumentos y pruebas, así como los elementos de convicción y las diligencias practicadas, a fin de determinar si las autoridades o servidores han violado o no los Derechos Humanos de los afectados, al haber incurrido en actos y omisiones ilegales, irrazonables, injustas, inadecuadas, o erróneas, o hubiesen dejado sin respuesta las solicitudes presentadas por los interesados durante un período que exceda notoriamente los plazos fijados por las leyes”.

En su caso, los proyectos de Recomendación además de que deben señalar las medidas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales, deben incorporar, si es viable, elementos para la reparación del daño y perjuicios que se hubiesen ocasionado; y es el titular de la Presidencia de la CNDH, a quien se someten dichos proyectos para su consideración final.

Las recomendaciones son públicas, no tienen carácter imperativo, y en contra de las mismas, así como de otros acuerdos o resoluciones definitivas, no procede ningún recurso. Por último, y sin agotar la totalidad de los elementos que conforman el procedimiento, es importante destacar que las autoridades y los servidores públicos serán responsables penal y administrativamente por los actos u omisiones en que incurran durante y con motivo de la tramitación de quejas e inconformidades.

IV. A manera de conclusión

México, como muchos países, ha incorporado en su esquema constitucional de protección y defensa de los Derechos Humanos, al Sistema Ombudsman, que como mencionamos, constituye el más grande del mundo, pues la totalidad de las entidades federativas incluyendo al Distrito Federal y a la Federación tienen un OPDH.

24 En caso de que no se comprueben las violaciones de Derechos Humanos imputadas, la Comisión Nacional dictará acuerdo de “no responsabilidad”.

El presente artículo, aunque no abunda con profundidad en el funcionamiento de los OPDH, si establece sus estructuras fundamentales, con especial atención en el organismo nacional denominado: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que como referimos, al igual que los otros OPDH, se constituye como un ente constitucional y autónomo.

Los OPDH se encuentran en un constante desarrollo por lo que no omitimos en mencionar que existen otras temáticas que requieren de su análisis como los relativos a los OPDH como órganos del Estado constitucional y no del gobierno; el Ombudsman apartidista que reafirma sus recomendaciones objetivas e imparciales; el quehacer de los OPDH no sólo desde el punto de vista formal legal, sino también desde el de la justicia, la equidad, los principios de coexistencia social y la conducta que deben de seguir las y los servidores públicos; el Ombudsman judicial, para los efectos de supervisión procesal y de actos administrativos, expuestas por el profesor Donald C. Rowat; el Ombudsman en la importante labor educativa, entre otros.²⁵

Como lo hemos dicho en otras ocasiones, “la sociedad cuenta con el Ombudsman como herramienta de acción ciudadana, como instrumento de interlocución válida y transparente con la autoridad; y es previsible por eso mismo que, cada vez más, se apropie de su existencia y observe críticamente su desempeño; la fortaleza del Ombudsman es responsabilidad de todos los actores sociales, su credibilidad es la mejor garantía de su eficacia”.²⁶ En nuestro país, a pesar de que el proceso de consolidación de los OPDH aun no terminado, existe un convencimiento de las y los estudiosos en la materia, de que

25 Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el Ombudsman y los Derechos Humanos”.

En línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/5.pdf>, fecha de consulta: 20 de julio de 2015.

26 Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, *Mensaje del Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga con motivo del XIV Informe de Actividades*, 1ª ed., PDHEG, Guanajuato, México, 2008, p. 21.

dichas instituciones representan pilares en el diseño garantista y más progresista de nuestras sociedades contemporáneas; por tanto, el estudio, análisis y crítica constante de esas instituciones, son acciones necesarias e ineludibles.

Bibliografía

- Álvarez Icaza Longoria , E. (s.f.). *La CNDH: una auténtica Defensoría del Pueblo*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2011, de <https://ierd.prd.org.mx/coy153-154/EAIL.htm>
- Carpizo, J. (s.f.). *Algunas reflexiones sobre el Ombudsman y los Derechos Humanos*. Recuperado el 20 de Julio de 2015, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/5.pdf>
- Castañeda, M. (2011). *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México*. México: CNDH.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (s.f.). Recuperado el 30 de Noviembre de 2011, de <http://www.cndh.org.mx/node/17>
- Diario Oficial de la Federación. (s.f.). Recuperado el 1 de Agosto de 2015, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4659530&fecha=06/06/1990
- Entrevista a Emilio Álvarez Icaza Longoria. (Octubre de 2004). *Ombudsman Ciudadano, Boletín Bimestral de la Academia Mexicana de Derechos Humanos* (Año 1, número 3).
- Fernández Ruiz, J. (1994). Derechos Humanos y Ombudsman. En *Problemas actuales del Derecho Constitucional, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo* (Primera ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- García Ramírez, S., & Morales Sánchez, J. (2011). *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*. México: Porrúa .

- Lachenal , C., Martínez, J. C., & Moguel , M. (2009). *Los Organismos Públicos de Derechos Humanos en México: Nuevas instituciones, viejas prácticas* (Primera ed.). México: Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.
- Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. (s.f.). Recuperado el 1 de Agosto de 2015, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>
- (2008). *Mensaje del Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga con motivo del XIV Informe de actividades*. Guanajuato: PDHEG.
- ONU. (s.f.). *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2015, de <https://www.cidh.oas.org/defenders/reso.sp.htm>
- Principios de París*. (s.f.). Recuperado el 6 de Diciembre de 2011, de <https://www1.umn.edu/humanrts/instree/Sparisprinciples.pdf>
- Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011*. (s.f.). Recuperado el Junio de 2011, de Diario Oficial de la Federación : http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011
- Suprema Corte de Justicia de la Nación*. (s.f.). Recuperado el 5 de Agosto de 2015, de http://www.scjn.gob.mx/alex/documents/temasJudiciales/AI_DDHH.pdf
- Vidaurri Aréchiga , M. (s.f.). *El defensor del pueblo como instrumento para afianzar el derecho y la democracia. Algunas reflexiones*. Recuperado el 10 de Diciembre de 2011, de http://www.derecho.ugto.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=191&Itemid=122

El Estado Social de Derecho y la participación protagónica de la población como presupuesto para los Derechos humanos y el desarrollo económico

Sergio J. Cuarezma Terán¹

Edwin Castro Rivera²

SUMARIO: I. EL ESTADO AL SERVICIO DE LOS INTERESES GENERALES. II. EL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA. III. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 2014. IV. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SU ARTICULACIÓN. V. EL MODELO DE ESTADO: ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO VI. LA JUSTICIA COMO PRESUPUESTO PARA

- 1 Profesor de Derecho penal e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua (www.inej.edu.ni). E-mail: sergio.cuarezma@inej.net - Web site: www.sergio-cuarezma.com

El presente trabajo contó con la colaboración de Sharon Helena Bravo González y Diego Cuarezma Zapata, ambos asistentes de investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

- 2 Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua (www.inej.edu.ni). Email: ecastro0501@gmail.com.

LOS DERECHOS HUMANOS Y FACTOR DE
IMPULSO AL DESARROLLO. BIBLIOGRAFÍA.

I. El Estado al servicio de los intereses generales

El Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales de la comunidad social, pero también constituye una gran tentación para quienes lo alcanzan. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo a los intereses de la sociedad y con justicia y moderación es muy antiguo, y de una u otra forma se ha manifestado en casi todos las épocas. Una de las principales funciones del derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio.

El ejercicio del gobierno está limitado por la soberanía que radica en el pueblo³ y debe estar concebido para el desarrollo, progreso y crecimiento de los habitantes. Por ello, la Constitución considera nulos los actos del poder público violatorios de los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad de las instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio

- 3 Artículo 2. La soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político, cultural y social de la nación. El poder soberano lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse esta representación. También lo puede ejercer de forma directa a través del referéndum y el plebiscito. Asimismo, podrá ejercerlo a través de otros mecanismos directos, como los presupuestos participativos, las iniciativas ciudadanas, los Consejos territoriales, las asambleas territoriales y comunales de los pueblos originarios y afrodescendientes, los Consejos sectoriales, y otros procedimientos que se establezcan en la presente Constitución y las leyes.

de sus cargos o función⁴ y, sobre todo, cuando los actos de poder de cada una de las funciones del Estado se originan de una situación divorciada del orden constitucional.

El sistema constitucional, por sí mismo, no garantiza que el poder actúe sin violentar los principios de legalidad y de la libertad como garantías jurídicas. Por el contrario, en su diario hacer, puede producirse –y de hecho se producen– actos de violencia, pues el gobierno se inmiscuye en la cotidianidad de la vida de las personas. El poder, justamente por serlo, puede actuar con violencia o abuso en el uso de las facultades discrecionales de las cuales tiene que gozar para cumplir con su cometido de procurar el bienestar público. Igualmente puede ser violento en la aplicación de su poder normativo, amparándose en su pura formalidad y, con más razón, en el ejercicio de las prerrogativas de la administración en el desarrollo de su actividad ordinaria. Por esta razón, aquí aparece la idea de someter a los gobernantes al imperio de la ley y de dotar a la persona de los instrumentos que le permitan exigirle que justifique su manera de actuar ante el derecho. La base axiológica de este sometimiento, lo establece la Constitución Política de la República de Nicaragua sobre los principios de “libertad, justicia y el respeto a la dignidad de la persona humana”, entre otros.⁵

- 4 Artículo 131. Los funcionarios públicos, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo (...).
- 5 Artículo 5. Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político y social, el reconocimiento a los pueblos originarios y afrodescendientes de su propia identidad dentro de un Estado unitario e indivisible, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional, el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, los valores cristianos, los ideales socialistas, las prácticas solidarias, y los valores e ideales de la cultura e identidad nicaragüense (...).

Las actuaciones del gobierno no pueden ser reductos de impunidad. Por eso, deben ser susceptibles de enjuiciamiento por cualquiera que resulte afectado por ellas. La Constitución prevé en este sentido un sistema de protección jurisdiccional de los derechos y garantías, basado en el principio de la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben esos derechos con base en una justicia constitucional; también, sus actuaciones diarias que no estén conforme a procedimientos legales previamente establecidos son sujetos de demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa⁶, donde se debe examinar la legalidad ordinaria demandada de tipo general o de tipo particular por los administrados en contra de todos los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones o simples vías de hecho de la Administración Pública. Uno de los presupuestos para que el poder esté bajo control es la existencia de un Estado de Derecho y una justicia oportuna.

II. El Estado de derecho y la seguridad jurídica

El Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución dentro de la amplia perspectiva del Estado Democrático y Social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos económicos, sociales, culturales, individuales, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana; así como, la delimi-

6 Artículo 160. (...) Se crea la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo para examinar la legalidad ordinaria en las demandas de tipo general o de tipo particular que presenten los administrados en contra de todos los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones o simples vías de hecho de la Administración Pública. La Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo corresponde a las instancias judiciales que determine la ley y en última instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

tación de atribuciones y funciones de los órganos de gobierno nacional y local.

El Estado de Derecho se fundamenta en el sometimiento de gobernantes y gobernados al imperio de la Ley, que en la Constitución Política queda claramente reflejado en los artículos 32, 183 y 130, que a su tenor, expresan:

Artículo 32. Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe.

Artículo 183. Ningún Poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República.

Artículo 130. Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que aquéllas atribuidas por la Constitución y las leyes. Todo funcionario público actuará en estricto respeto a los principios de constitucionalidad y legalidad.

Estas prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública y la forma de desarrollarlas es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones –educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria–, así como, su intensidad.⁷ Esa amplitud del concepto de prestaciones exige que la Administración se siga modernizando, adap-

7 Artículo 57. Los nicaragüenses tienen el derecho al trabajo acorde con su naturaleza humana.

Artículo 58. Los nicaragüenses tienen derecho a la educación y a la cultura.

Artículo 59. Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación (...).

tándose a las características del sector elegido para actuar, teniendo a los ciudadanos y la familia como instituciones esenciales en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado, como lo expresa el artículo 6 de la Constitución Política.

La existencia de un Estado de Derecho es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica de la persona, y se apoya en tres presupuestos: La vigencia de un orden jurídico, el principio de constitucionalidad y convencionalidad (bajo el cual el Estado, como expresión del poder político, somete su actividad), y la actuación de colaboración armónica entre los órganos e instituciones delegadas del poder soberano (art. 2 Constitución Política), con funciones especializadas y separadas. Incluye en su noción la creación del derecho supeditado al hecho de que la Constitución es la Ley Suprema. También que las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del marco de acción constitucional y que deben de estar inspiradas en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático: libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos. La Administración Pública, según el artículo 131 de la Constitución Política, está sujeta sus actuaciones a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, calidad, imparcialidad, objetividad, igualdad, honradez, economía, publicidad, jerarquía, coordinación, participación, transparencia y a una buena administración con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

Las características del Estado de Derecho son, entre las fundamentales, la supremacía de la ley o la sujeción al principio

Artículo 63. Es derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos.

Artículo 64. Los nicaragüenses tienen derecho a una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la privacidad familiar. El Estado promoverá la realización de este derecho.

de legalidad, a la jerarquía normativa, la división de poderes, el reconocimiento y respeto a los Derechos fundamentales de las personas, a la reserva de ley y al control judicial de los actos administrativos. Estas características del Estado de Derecho, se traducen en seguridad para la realización de los valores sociales y su respeto frente a probables actos arbitrarios de la Administración pública.

En este sentido, el Estado de Derecho tiene como base el principio de legalidad, garantía a favor de las personas contra el abuso del Estado. El principio de legalidad nace y resulta de identificar la acción del Estado con la ley, se refiere a la forma, cómo el Estado desarrolla su acción limitada y sujeta a la norma jurídica. De esta manera, la persona queda protegida cuando el Estado se ve imposibilitado a infringir la ley, o sea, que la relación Estado-Persona está fundamentada en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho: la seguridad jurídica. En dicha relación, la actuación de la justicia aparece como un presupuesto para garantizarla. Como reza en la Constitución nicaragüense: “La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre” con el fin de garantizar el goce pleno de sus derechos constitucionales, donde la administración de la justicia debe garantizar el principio de la legalidad, protegiendo y tutelando los derechos humanos y garantizando a todas las personas el acceso a la justicia, y su pronta y eficaz solución a las litis entabladas.

III. La reforma de la Constitución Política de 2014

La Constitución Política vigente, después de las reformas de febrero 2014, se encamina a profundizar la democracia en Nicaragua, al reconocer en su artículo 7, que ella se ejerce de forma directa, participativa y representativa, determinando en el artículo 6 que los ciudadanos y la familia son presupuestos en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado. Constituyendo, de esta manera, un Estado Democrático y Social de Derecho. Este modelo de Estado, reconoce, conforme a la Norma Primaria, “a la persona, la familia y la comunidad como el origen y el fin de su actividad,

y está organizado para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano de todos y cada uno de los nicaragüenses”, fundamentado en la estructura axiológica de la propia sociedad, “valores universales y generales, así como los valores e ideales de la cultura e identidad nicaragüense” (art. 4)

En el marco de la reforma de la Constitución Política de febrero de 2014, se establecieron modificaciones que traen, como resultado en el texto constitucional, un abanico de cambios que están orientados a fortalecer la seguridad jurídica de las personas en el goce de sus derechos, garantías y libertades, a continuación, se presentan algunas de mayor relevancia:

- La Constitución Política establece la participación política igualitaria entre hombres y mujeres, determinando que en las candidaturas de elección popular deben ser el 50% de mujeres y el 50% de hombres, de forma alterna, igual relación de género deberá mantenerse entre propietarios y suplentes, donde los hubiere. Esto debe aplicarse en las listas cerradas propuestas por los partidos políticos a Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados al Parlamento Centroamericano, Concejales Municipales, Concejales Regionales, las que deben ser ordenadas en forma equitativa y presentadas de forma alterna. También, deberá guardarse la misma relación en las candidaturas de las 153 municipalidades a Alcalde y Vicealcalde, donde el 50% de los candidatos a Alcalde deben ser varones y el 50% mujeres, y donde el candidato a Alcalde sea varón, la candidata a Vicealcaldesa debe ser mujer, y viceversa;⁸

8 Artículo 131. (...)Para el caso de los funcionarios electos mediante el voto popular por listas cerradas propuestas por los partidos políticos bajo el principio de la proporcionalidad, Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados al Parlamento Centroamericano, Concejales Municipales, Concejales Regionales,

- Se continúan profundizando los derechos sociales, políticos, culturales y económicos de los pueblos originarios y afrodescendientes de la Costa Caribe, al establecerse, tanto en el artículo 5, como en el artículo 89, el derecho de preservar y desarrollar su identidad y cultura en la unidad nacional, y tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones; así como, mantener las formas comunales de propiedad, de sus tierras, el goce, uso y disfrute;
- Se establecen las garantías mínimas en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva, tanto en los procesos judiciales, como en los procesos administrativos, fortaleciendo la seguridad jurídica de los ciudadanos;⁹
- Por primera vez, se establece la protección constitucional a las víctimas de delito, determinándose en el artículo 34 que “el Estado protegerá a las víctimas

las listas de candidatos deberán estar integrados por un cincuenta por ciento de hombres y un cincuenta por ciento de mujeres, ordenados de forma equitativa y presentados de forma alterna; igual relación de género deberán mantener entre propietarios y suplentes donde los hubiere.

Artículo 178. (...)El binomio de Alcalde y Vicealcalde debe formularse bajo el principio de igualdad y equidad de género en el ejercicio del Poder Local, siendo que uno de ellos debe ser mujer y el otro, hombre, guardando la proporcionalidad entre ambos géneros. Los partidos políticos y alianzas electorales deberán presentar en su lista de candidatos a Alcalde, Vicealcalde y Concejales, un cincuenta por ciento de hombres y un cincuenta por ciento de mujeres.

- 9 Artículo 34. Toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva... Las garantías mínimas establecidas en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva en este artículo son aplicables a los procesos administrativos y judiciales.

de delito y procurará que se reparen los daños causados. Las víctimas tienen derecho a que se les proteja su seguridad, bienestar físico y psicológica, dignidad y vida privada, de conformidad a la Ley”;

- Se establece una nueva Ley de Justicia Constitucional en los artículos 45 y 190 de la Constitución Política, que sustituirá la actual Ley de Amparo, con una visión más integral de la Supremacía Constitucional y de la defensa de los derechos constitucionales. Asimismo, se constitucionaliza el recurso de Habeas Data, para la protección de la privacidad y los datos personales;
- En el artículo 60 de la Constitución Política, la nación nicaragüense asume el compromiso de preservar y conservar la tierra, “el bien común de la Tierra y de la humanidad nos pide que entendamos la Tierra como viva y sujeta de dignidad. Pertenece comunitariamente a todos los que la habitan y al conjunto de los ecosistemas”. Disposición que recoge en buena medida los Objetivos de Desarrollo Sostenible propuestos por Naciones Unidas como, por ejemplo, la acción por el clima, producción y consumo responsable y vida de ecosistemas terrestres; y, posición también asumida también por Su Santidad, el Papa Francisco, en su Encíclica *Laudato Si*. El Estado nicaragüense asume y hace suyo, en la Constitución Política el Texto Íntegro de la Declaración Universal del Bien Común de la Tierra y de la Humanidad. Manda a adoptar “patrones de producción y consumo que garanticen la vitalidad y la integridad de la madre tierra, la equidad social en la humanidad, el consumo responsable y solidario y el buen vivir comunitario” (art. 60 Constitución Política);
- Se constitucionaliza, en el artículo 97, el modelo social preventivo, proactivo y comunitario, que contri-

buye fundamentalmente al nivel de seguridad y paz que tiene Nicaragua;

- Se establece constitucionalmente el modelo de alianza, diálogo y consenso entre el sector privado, el sector laboral y el gobierno, que contribuye con el desarrollo económico-social del país; este modelo también se implementa entre el gobierno nacional y los gobiernos locales, y en la Asamblea Nacional, en la elaboración del sistema normativo. Esto contribuye en gran medida al clima de seguridad ciudadana que Nicaragua tiene y estimula el crecimiento económico sostenido en los últimos 9 años, con tasas de crecimiento arriba del 4.5% anual, disminuyendo la extrema pobreza y la pobreza en Nicaragua, llevando salud y educación a todo el pueblo;¹⁰
- Se fortalece el sistema judicial y, con ello, la seguridad jurídica del país, al constitucionalizar el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial, en sus funciones de judicatura, control y vigilancia de las actuaciones de los jueces y tribunales, así como, sus promociones o sanciones, y el registro, control y vigilancia de los abogados y notarios públicos del país. Este Consejo está integrado por cuatro Magistrados de forma exclusiva, no pudiendo ninguno de ellos, en ninguna circunstancia integrar cualquiera de las Salas de la Corte Suprema de Justicia;¹¹

10 Artículo 198. (...) Esto se impulsará a través de un modelo de alianza del gobierno con el sector empresarial pequeño, mediano y grande, y los trabajadores, bajo el diálogo permanente en la búsqueda de consensos.

11 Artículo 165. Se crea el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial como un organismo de la Corte Suprema de Justicia, al que se le confiere autonomía técnica y funcional, para ejercer la competencia de coordinar, planificar y ejecutar la polí-

- Se profundizan y fortalecen los derechos de los nicaragüenses ante la actuación de los funcionarios públicos al crear constitucionalmente la jurisdicción Contencioso-Administrativa para examinar la legalidad ordinaria de los actos de la Administración Pública, quedando como última instancia la Corte Suprema de Justicia; lo que obliga a los diputados a la elaboración de una nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo como proceso jurisdiccional, para cumplir con esta reserva de ley. La legalidad de la actuación de la Administración pública se regirá por los procedimientos administrativos establecidos por ley y la jurisdicción de lo contencioso-administrativo;¹²
- La Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, asume los derechos humanos que se encuentran en los instrumentos internacionales de los que Nicaragua es signataria, como normas constitucionales (normas supralegales).

tica administrativa y financiera del Poder Judicial, dirigir la Carrera Judicial y conocer, investigar y resolver en lo que compete, las infracciones al régimen disciplinario en que incurran los profesionales del Derecho y los funcionarios de Carrera Judicial. El Consejo estará integrado por cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluido el Presidente de la misma, quien lo presidirá, por cuanto, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, ejerce la representación administrativa, legal e institucional del Poder Judicial. Los tres miembros restantes del Consejo serán electos por el voto favorable de la mayoría de los integrantes del pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Los miembros del Consejo no formarán parte de ninguna de las Salas de la Corte y se dedicarán de manera exclusiva al ejercicio de estas funciones mientras dura su período que será de dos años y medio, excepto integración de Corte Plena, ni en ningún caso podrán ser sustituidos por Magistrados que integren cualquiera de las Salas.

12 Ver pie de página 6

La Constitución Política vigente sigue profundizando el desarrollo democrático de Nicaragua, convirtiendo el ejercicio de Gobierno de una simple democracia representativa, es decir, una democracia electoral minimalista –como la determinaba Norberto Bobbio–, que era la que se ejercía hasta antes de la Constitución de 1987, a un ejercicio de gobierno con mecanismos de democracia participativa y democracia directa, “teniendo a la familia y la comunidad como elementos protagónicos en la elaboración, realización y control de las políticas públicas, tanto nacionales, como locales, en el marco de un nuevo modelo de diálogo, alianza y consenso” (art. 6, 70, 98 y 101) Constitución Política).

La reforma de la Constitución Política de 2014 reconoce que Nicaragua es una “República democrática” (art. 7). La democracia, expresa la reforma, se ejerce de forma directa, participativa, y representativa, e institucionaliza además el Poder Soberano como fuente de soberanía nacional, “la soberanía nacional reside en el pueblo” y lo ejerce por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse esta representación” (art. 2) y que dicho poder se “manifiestan a través del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Electoral”, con funciones especializadas y separadas, colaborando armónicamente entre sí para la realización de sus fines (art. 7), “subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y a lo establecido en la presente Constitución” (art. 129)

Esta forma de distribuir el poder soberano evita la concentración de funciones del poder en un solo poder, órgano o función, y mucho menos, en una sola persona. Las Constituciones de América Latina que desarrollan esta línea de pensamiento, son: Constitución de El Salvador (1983), Constitución de Guatemala (1985), Constitución de Panamá (1972 con sus reformas hasta 1994), Constitución de Colombia (1991 y sus adiciones de 1993, 200 y 2003), Constitución de Cuba (2003), Constitución Bolivariana de Venezuela (1999), Constitución de El Ecuador (2008), Constitución de Nicaragua (1987, con sus reformas hasta 2014), Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009).

IV. La Constitución Política y su articulación

El texto constitucional nicaragüense requiere de un desarrollo legislativo amplio y complejo, pues todavía no hay una total correspondencia entre su contenido, y el desarrollo legislativo posterior. El Estado nicaragüense necesita de un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad constitucional, que garantice, en primer lugar, su conceptualización, estructuración y organización de forma coherente a su naturaleza –el modelo constitucional y convencional–, y garantizar, además, que el poder sincronice su visión a este modelo y realice su actividad fuera del mismo. En este sentido, el Estado estará organizado con los procedimientos adecuados y seguros para desarrollar su actividad estatal y administrativa y, por tanto, es necesario, entre otras reformas legislativas, desarrollar la Ley General de la Administración Pública, Ley de Responsabilidad Patrimonial, Ley de Procedimiento Administrativo Común, Ley Contenciosa-Administrativa, Ley de Justicia Constitucional. Es decir, el Estado nicaragüense debe experimentar un proceso de reforma en el plano formal e institucional, social y económico.

El desarrollo del Estado de Derecho cumple una función en el plano de la seguridad jurídica que, como consecuencia se traduce en estabilidad política, económica y social. Es necesario, entonces, promover el respeto a la supremacía de la Constitución Política y la jerarquía de las leyes; crear un marco de legalidad administrativa adecuada a las necesidades del país; fortalecer la separación, independencia y coordinación entre los poderes del Estado, el reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales y el control de la constitucionalidad. Todos estos elementos conforman los pilares mínimos para la construcción del Estado constitucional de derecho.

El Estado de Derecho es la garantía real de los derechos y libertades fundamentales de la persona y de que cada agente social pueda disponer de un horizonte confiable para sus actividades y desarrollo. También, asegura que la institucionalidad pública se remita a áreas de competencia, sin desbordarse, propiciando que los ciudadanos puedan desplegar sus iniciativas con libertad y seguridad.

V. El modelo de Estado: Estado democrático y social de Derecho

La idea de fortalecer el Estado de Derecho, cobra mayor necesidad si se toma en consideración el modelo constitucional del Estado nicaragüense. La Constitución Política (producto de las reformas de 1995) establece que la nación nicaragüense se constituye en un "Estado Social de Derecho" (artículo 130 Constitución Política) y la reforma del año 2014, acertadamente, la constituye en un "Estado Democrático y Social de Derecho" (artículo 6 Constitución Política):

Artículo 6 Nicaragua (...) Se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho, que promueve como valores superiores la dignificación del pueblo a través de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los Derechos Humanos, la ética y el bien común. Las ciudadanas y ciudadanos y la familia son elementos protagónicos en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado.

Este modelo de Estado, producto de la unión de los principios del Estado liberal, del Estado social y el Estado democrático, supone la superación del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales, que institucionalice la participación protagónica de los ciudadanos como sujetos de política y no como simples objetos del quehacer político, por lo menos en teoría. El Estado liberal responde a la preocupación de **defender a la sociedad de su propio poder**, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado Social, en cambio, supone el intento de derribar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado en los temas sociales, el Estado social se edifica a continuación en motor activo de la vida social, está llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. El Estado democrático se fundamenta en

la instrumentalización de una democracia representativa combinada con mecanismos de democracia participativa y directa.

La Constitución Política, al crear el modelo de Estado Social y de Derecho, hace que del Estado-guardián preocupado ante todo de no interferir en el juego social, pasa a configurarse en un Estado intervencionista (Welfare State),¹³ con participación protagónica de la población organizada para la toma de decisiones que lo afectan y el control permanente de las actuaciones del gobierno. En este sentido, pretender entonces la existencia de un Estado de carácter formalista o pasivo frente a las expectativas, exigencias y problemas más sensibles de nuestra sociedad sería opuesto a su propia naturaleza, Estado Democrático y Social de Derecho. Esto obliga asimismo, una democracia más allá de lo representativo, de lo participativo, de lo formal; hablamos de una democracia directa con amplia participación protagónica de la población organizada, conforme lo expresa la Constitución Política.

El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis. La aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas. Siendo así su naturaleza, no resulta contradictorio con ese Estado Social el imponerse los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio de la persona, no obstante, para impedir que se desarrolle en un Estado intervencionista autoritario. Pero para la gran mayoría de la población el Estado Social es el que les permite hasta avanzada edad una vida relativamente digna, basada en la

13 Véase Horn, Wolfgang. Estado de derecho y Estado social. En Estado de derecho y democracia, Konrad -Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 173 y siguientes.

libre determinación, como expresa Helmut Simon.¹⁴ El fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo supone la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real o social. Así, la fórmula del Estado Social que establece la Constitución Política, estaría al servicio de las personas y tomando partido efectivo en la vida activa de la sociedad, sin temor de que se desborde de los controles del Estado de Derecho.

VI. La justicia como presupuesto para los derechos humanos y factor de impulso al desarrollo

La justicia ha pasado de considerarse de «sólo factor de desarrollo», a «destinada a impulsar el desarrollo». En la teoría de la justicia, John Rawls¹⁵ expresa que la justicia está íntimamente relacionada a la satisfacción de los bienes sociales, que permitirán el mejoramiento de las oportunidades de las personas. Este sería, como expresa Gago Priale, “el centro de la estructura de la sociedad: de un lado, la mayoría de libertades de la tradición liberal y democrática, y por el otro, el establecimiento de un cuadro institucional que permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades”.¹⁶

La viabilidad de todo desarrollo depende, sin duda, de la estructuración de las instituciones públicas y legales, que organizan políticamente a la sociedad. Sin éstas, entre las cuales destaca la justicia, la comunidad carece de norte y de me-

14 Los derechos fundamentales. En Estado de derecho y democracia, Konrad -Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 195

15 Citado por Horario Gago Priale. La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, UCP, Lima, p. 32

16 La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, PUCP, Lima, p. 32

dios para definir y realizar sus intereses y expectativas comunes. Así, el desarrollo de una sociedad está condicionado, entre otros factores, por un Estado de Derecho Constitucional y Convencional, cuyo desempeño sea eficiente y eficaz. Los derechos humanos en la dialéctica del desarrollo juegan un papel fundamental de principio ordenador del sistema institucional, que definen el modelo constitucional y convencional.¹⁷ Esta correlación llevó a Pérez Luño a considerar “el estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican su realización al Estado de derecho”.¹⁸

Por esta razón, dice Pérez Luño, “cuanta más intensa se revela la operatividad el Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de derecho.”¹⁹ Esto, obviamente, es imposible en sociedades donde no hay constituciones políticas o habiéndolas no hay libertad y justicia, es decir, en sociedades gobernadas por un Estado absoluto, porque es incompatible con las libertades individuales y políticas. En el Estado policial del absolutismo, “el Ejecutivo sólo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones” en cambio, el Estado de Derecho “era considerado el hecho de que cualquier acto que interfiriera con la vida de los ciudadanos debía adoptarse en virtud de una ley”.²⁰ Esto

17 Gago Priale Horacio. La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, PUCP, Lima, p. 35.

18 Los derechos fundamentales. Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 19.

19 Los derechos fundamentales. Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 26.

20 Birkenmaier, Werner. El Estado de derecho la RFA. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 85.

hace que la importancia del Estado de Derecho radique en el “principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí, donde los ciudadanos saben con exactitud qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer.”²¹

La justicia desde este pensamiento es factor destinado a impulsar el desarrollo y, en consecuencia, un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida, sin perjuicio que no tenga un modelo de desarrollo predeterminado, ya que cada sociedad lo determina según sus necesidades. La justicia para este supuesto, es lo justo, lo cual equivale a un bien tangible, relacionado a lo objetivo y socialmente demarcable, no la justicia trascendental.²² Por esta razón, los insumos del desarrollo “deben de provenir del derecho y de la habilidad del Estado de generar o incentivar un sistema jurídico que permita a la sociedad plural articularse internamente y retroalimentarse permanentemente con el mismo Estado.”²³ Esto permite que el desarrollo se convierta en un proceso de “expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos”, como expresó Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998. Para este desarrollo, es fundamental la eliminación de las fuentes de privación de libertad: “la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de los servicios públicos, la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”. La idea de Sen, según Gago Priale, “es el del desarrollo en su acepción integral: humano, social, económico, también político e institucional, y de la libertad real igualmente plena: economía, civil, política. Desarrollo y libertad, entonces, se entrelazan y retroalimentan, no existen ni se dan,

- 21 Besson, Waldemar y Gotthard Jasper. Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer-Stifung Buenos Aires, 1997, p. 125.
- 22 La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, PUCP, Lima, p. 48.
- 23 La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, PUCP, Lima, p. 50.

menos se hacen sostenibles por su cuenta, más bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libre realmente son los ciudadanos de un país de las varias cadenas que existen: pobreza, ignorancia, exclusión, depende el saber si ese país es nada, poco o muy desarrollado”.²⁴

Bibliografía

- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima - Bogotá: Palestra Editores S.A. - Editorial Temis S.A.
- Argüello, F. R. (2013). *Estudios Constitucionales*. Managua, Nicaragua: CEDIJ.
- Avilés, J. A. (2003). *Temas de Derecho Constitucional Centroamericano*. La imprenta, S.A.
- Bazán, V., Castro Rivera, E., & Cuarezma T., S. (2017). *Estado Constitucional y Convencional*. Managua, Nicaragua: INEJ, Hispamer.
- Besson, Waldermar y Gotthard Jasper. (1997) *Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia*. En *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires: Konrad –Adenauer- Stiftung.
- Birkenmaier, Werner. (1997). *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA.
- Carias, A. B. (1987). *Estado de derecho y control judicial*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.

24 Gago Priale Horacio. *La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos*, En *Derecho y Desarrollo*, PUCP, Lima, p. 50 - 51. Entre paréntesis es mío.

- Castro Rivera, E., & Cuarezma Terán, S. (2008). *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*. Managua, Nicaragua: INEJ - Servicios Gráficos.
- Cuarezma Terán, S., & Sánchez Casco, A. (1997). *Manual de Derechos Humanos*. Managua, Nicaragua: Imprenta UCA.
- De Otto, I. (1999). *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. Barcelona España: Editorial Ariel, S.A.
- Dworkin, R. (2003). *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Buenos Aires, Argentina: La isla de la luna.
- Flores Juárez, J. F. (2005). *Constitución y justicia constitucional*.
- Fornos, I. E. (2000). *El constitucionalismo nicaragüense*. Managua, Nicaragua: Hispamer.
- Gago Priale Horacio. *La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos*, En *Derecho y Desarrollo*. Lima, Perú: PUCP.
- Hengstenberg, P. (1989). *Profundización de la democracia: Estrategias en América Latina y Europa*. Fundación Friederich Ebert en Argentina - Editorial Nueva Sociedad.
- Horn, Wolfgang. (1997) *Estado de derecho y Estado social*. En *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires: Konrad -Adenauer- Stiftung.
- Humberto Guzmán, L., & Pinto Scholtbach, Á. (2008). *Democracia y partidos en Nicaragua*. Managua, Nicaragua: NIMD .
- Kelsen, H. (1979). *Compendio de teoría general del Estado*. Barcelona, España: Editorial Blume.
- Las Naciones Unidas y los derechos humanos. (1995). New York: Departamento de información pública de las Naciones Unidas.

- Lazzetta, O. (2007). Democracias en busca de Estado: Ensayos sobre América Latina. Santa Fe, Argentina: Homo Sapiens Ediciones.
- Nieto, J. C. (2006). Política y Administración. Guanajuato, México: Pliego Derecho - Facultad de Derecho Universidad de Guanajuato.
- Payne, M., Zovatto, D., Mateo Días, M., Allamand Zavala, A., Carillo Flórez, F., Echebarría, K., . . . Jarquín, E. (2006). La política importa: Democracia y desarrollo en América Latina. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo - Editorial Planeta Mexicana S.A.
- Pérez Luño, A. (1993) Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 5 edición.
- Pontificia Universidad Católica del Perú. La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo. Lima, Perú: PUCP.
- Serrano Caldera, A., Icaza Gallard, J., Bautista Arrién, J., Lovo, A., Mairena Sandino, G., Quezada, F., . . . Terrán Vivas, S. (2004). Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua. Managua, Nicaragua: Fundación Friederich Ebert.
- Simon, H. (1997) Los derechos fundamentales. En Estado de derecho y democracia. Buenos Aires: Konrad -Adenauer- Stiftung Buenos Aires.
- Tassara, A. O. (1996). Responsabilidades políticas y razón del Estado. Madrid, España: Fundación para el análisis y los estudios sociales.
- Ugarte, P. S. (2006). La democracia constitucional: una radiografía teórica. México D.F.: FCE - IIJ UNAM.
- Valadés, D. (2004). Problemas constitucionales del Estado de Derecho. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Varios. (1992). La Justicia Constitucional: una promesa de la democracia. San José, Costa Rica: ILANUD.

Varios. (2008). Constitución y justicia constitucional. Barcelona, España: Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya.

El libro *Razones y argumentos por los Derechos Humanos* es el resultado de una investigación regional en la que han participado destacados académicos e investigadores de México y Nicaragua. En este volumen se concentran interesantes ideas y reflexiones sobre el sinuoso sendero por el que actualmente transitan los Derechos Humanos. Los apartados de la presente obra se ocupan lo mismo del derecho a la salud y su judicialización, que del derecho al agua, la ponderación de derechos y el método de ponderación y las controversias fundamentales entre derechos fundamentales, pasando igualmente por el sistema ombudsman mexicano y la imprescindible participación de la población como presupuesto de los Derechos Humanos y el desarrollo social.

La suma de instituciones que han intervenido en la realización de esta investigación debe ser resalta-da, pues demuestra que la vinculación interinstitucional es la mejor vía para la amplificación del conocimiento y la divulgación del mismo. Impulsada por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH), México y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, esta investigación regional contó con la participación de integrantes del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, y de académicos de la Universidad Nacional Autónoma de México (Posgrado en Derecho), Universidad Autónoma de Sinaloa, Universidad Autónoma de Nuevo León, Universidad de Guanajuato y Universidad De La Salle Bajío.

