



CENTRO DE ESTUDIOS DE
DERECHOS HUMANOS
UADY

ABOGADO INTERAMERICANO

ISSN en trámite
Año 1 | Num. 1 | Junio, 2014
Semestral

- ◆ **Mtro. Enrique Carpizo Aguilar**
El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos
- ◆ **Mtro. Andrés Contreras Fonseca**
Manuela Medina Gómez
Memoria, activismo y violencia de género: caso de Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú
- ◆ **Mtro. Juan Camilo Rivera Rugeles**
Salvaguardas frente al secreto: la tensión entre la reserva de la información y el derecho de acceder a ella
- ◆ **Abg. Roberto Amette Estrada**
La política pública de juicio y castigo en Argentina
- ◆ **Abg. Carlos Luis Escoffé Duarte**
Entre fronteras y sendas: reflexión sobre los conflictos del derecho a la verdad con otros derechos y principios a la luz de experiencias nacionales
- ◆ **Lic. Renán Ermilo Solís Sánchez**
El derecho humano del estudiante a recibir educación universitaria de calidad





Directorio universitario

| | |
|-------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|
| Rector | MVZ. M. Phil. Alfredo Francisco Javier Dájer Abimerhi |
| Secretario General | M. en Ing. José Antonio González Fajardo |
| Abogado General | Lic. Renán Ermilo Solís Sánchez |
| Director General de Desarrollo Académico | Dr. José de Jesús Williams |
| Director General de Administración y Desarrollo de Personal | M. en I. Manuel de Jesús Escoffié Aguilar |
| Director General de Finanzas | M.en F. Aureliano Martínez Castillo |
| Secretario de Rectoría | Dr. Carlos Echazarreta González |
| Coordinador Institucional de Planeación y Desarrollo | MDO. Juan de Dios Pérez Alayón |

ABOGADO INTERAMERICANO, No. 1, Volumen I, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Yucatán, a través del Centro de Estudios de Derechos Humanos. Calle 51 número 487-D entre 54 y 56 Centro, C.P. 97000, Apartado Postal 1405, Centro, Mérida, Yucatán, México. Tel.: +52 (999)9237218/(999)9238825. Editor responsable: Renán Ermilo Solís Sánchez. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo 04-2014-061710431700-102, ISSN: en trámite, ambos por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Carlos Luis Escoffié Duarte, Calle 51 número 487-D entre 54 y 56 Centro, C.P. 97000, Apartado Postal 1405, Correo Centro, Mérida, Yucatán, México. Tel.: +52 (999)9237218/(999)9238825. Fecha de última modificación, 25 de junio de 2014.



Directorio de la revista

| | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Director | Lic. Renán Ermilo Solís Sánchez |
| Subdirector | Abg. Carlos Luis Escoffié Duarte |
| Consejo Consultivo | Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot Mtro. Enrique Carpizo Aguilar Dr. Francisco José Paoli Bolio Magdo. Pablo Vicente Monroy Gómez Magdo. Héctor Arturo Mercado López Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco Dr. Ruben Sánchez Gil Dr. Jorge Rivero Evia Mtro. Carlos Alberto Macedonio Hernández |
| Equipo de producción y edición | Mtra. Emily Samantha Colli Sulú Licda. Cristina Villarreal Cabrera Abg. Carlos Luis Escoffié Duarte PD. María de los Ángeles Cruz Rosel |
| Diseño gráfico | Mtro. Miguel Alejandro Espinosa Quijano |
| Corrección de estilo | Mtra. Emily Samantha Colli Sulú Abg. Carlos Luis Escoffié Duarte |
| Impresión | Grupo Megamedia |

El contenido, las opiniones y los análisis presentados en cada uno de los artículos publicados en la Revista Abogado Interamericano son atribuibles única y exclusivamente a las y los autores de los mismos, por lo que no representan una postura oficial ni del Centro de Estudios de Derechos Humanos, ni de la Universidad Autónoma de Yucatán. El directorio de la Revista Abogado Interamericano reitera la vocación de la misma para ser un espacio de diálogo y difusión de ideas, con la finalidad de que el contenido de los artículos seleccionados para su publicación, en virtud de ser de indudable interés público, sean en sí mismos una aportación para la comunidad académica y la sociedad en general. En caso de citarse parcialmente el contenido de alguno de estos artículos, deberá hacerse indicando el nombre del autor, el número de la Revista Abogado Interamericano en el que se incluyó y su fecha, así como las páginas de ubicación.



CONTENIDOS

| | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 7 | Presentación |
| 9 | Introducción |
| 11 | Mtro. Enrique Carpizo Aguilar El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos |
| 55 | Mtro. Andrés Contreras Fonseca Manuela Medina Gómez Memoria, activismo y violencia de género: caso de Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú |
| 67 | Mtro. Juan Camilo Rivera Rugeles Salvaguardas frente al secreto: la tensión entre la reserva de la información y el derecho de acceder a ella. |
| 81 | Abg. Roberto Amette Estrada La política pública de juicio y castigo en Argentina |
| 91 | Abg. Carlos Luis Escoffé Duarte Entre fronteras y sendas: reflexión sobre los conflictos del derecho a la verdad con otros derechos y principios a la luz de experiencias nacionales |
| 109 | Lic. Renán Ermilo Solís Sánchez El derecho humano del estudiante a recibir educación universitaria de calidad |



PRESENTACIÓN

La Universidad Autónoma de Yucatán fue de las primeras instituciones que abordaron plenamente convencidas las reformas constitucionales de 2011, en materia de Amparo y Derechos Humanos. Prueba de ello, fueron las numerosas actividades que promovió para difundir adecuadamente el nuevo esquema del Derecho Constitucional.

La Universidad tiene claro que el compromiso con la comunidad no se limita al cabal cumplimiento de sus fines; va más allá. Su tarea formadora lo indica; su vinculación con la sociedad lo ratifica.

La Universidad Autónoma de Yucatán ha declarado que antes de formar profesionales forma ciudadanos. Esta visión se encuentra estrechamente vinculada con nuestra calidad de universitarios y nuestra aportación, en la medida que fuere, para la construcción de un mundo mejor, de espacios justos y equitativos para las personas y, particularmente, de escenarios armónicos que permitan el desarrollo del individuo.

En estas condiciones, nuestra Alma Máter coincide plenamente cuando el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que toda autoridad, en el ámbito de su competencia, está obligada a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos. Más aun, creemos firmemente que toda persona tiene obligación de respetar los derechos humanos de los demás.

Éstas son algunas de las causas que sustentan la aparición de la revista *Abogado Interamericano*.

La revista abordará temas relativos a la Universidad Pública y a los Derechos Humanos, en los ámbitos local, nacional o internacional.

Abogado Interamericano complementará la labor de difusión jurídica que se viene desarrollando en la *Red de Información Jurídica, Benito Juárez García*, y en la *Gaceta Universitaria*.

Abogado Interamericano estará estrechamente ligado al quehacer del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Yucatán.

MVZ. M. Phil. Alfredo F. J. Dájer Abimerhi

Mérida, Yucatán, México, junio de 2014



INTRODUCCIÓN

La Universidad Autónoma de Yucatán, había generado la idea y planteado la inquietud de que la Universidad Pública contara con un espacio para la reflexión jurídica de temas exclusivos de la vida universitaria, de tal manera que la doctrina aportada y los comentarios correspondientes fueran la experiencia que de alguna forma guiaran los pasos en determinadas situaciones.

A partir de las reformas constitucionales de junio de 2011, en materia de Amparo y Derechos Humanos, la inquietud referida comenzó a variar, pues en lugar de contar con un espacio exclusivo, ahora sería para la exposición de temas universitarios y derechos humanos.

En razón de lo anterior, lo que se había previsto como revista *Abogado Universitario*, ahora surge como *Abogado Interamericano*.

Abogado Interamericano abre sus puertas para el estudio, análisis, reflexión y debate de figuras jurídicas y académicas de la Universidad Pública, de juicios resueltos y de la jurisprudencia emanada de los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Y por supuesto, de todo aquello que guarde relación con el respeto, promoción, protección y garantía de los Derechos Humanos, así como lo resuelto por las comisiones de Derechos Humanos, los tribunales jurisdiccionales nacionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y cualquier organismo internacional relacionado con la materia.

Abogado Interamericano es una publicación semestral para los estudiosos del derecho y aquellos que desean una sociedad más justa, igualitaria y democrática.

Lic. Renán Ermilo Solís Sánchez

Mérida, Yucatán, México, junio de 2014

MTRO. ENRIQUE CARPIZO AGUILAR

EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y EL CONVENCIONAL
FRENTE A LA SIMPLE ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS
DERECHOS HUMANOS



Ficha del autor



Mtro. ENRIQUE CARPIZO AGUILAR

Profesor Titular de Amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e Investigador Visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Casa de Estudios. Autor de diversos artículos y de los libros: Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos; Diccionario práctico de justicia constitucional; La defensa constitucional en México; y Estudios sobre la administración de tribunales, todos publicados bajo el sello editorial Porrúa.

I. INTRODUCCIÓN

“¡Se fue el campeón pero quedaron sus victorias! Así es como Jorge Carpizo pasa del aspecto terrenal al de la eternidad. Salvo los enemigos de la rectitud, nadie que lo conoció pudo siquiera pronunciar una mala referencia sobre su humildad y educación. Se trató de un hombre flexible que supo tener mano dura y decir la verdad pesara a quien le pesara. Hoy descansa en paz nuestro ejemplar campechano a consecuencia de un problema preoperatorio. Su familia, sus amigos y sus discípulos, no creemos en su muerte, creemos en la viveza de sus posturas y de sus anhelos.

Jorge Carpizo, pese a fallecer, sigue siendo la inspiración de muchas personas, estudiantes, profesores y funcionarios de gobierno. Nuestro campeón detentó con gran talento cargos públicos importantes en la República mexicana, nadie olvida su trabajo como Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Presidente Fundador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procurador General de la República, Secretario de Gobernación y Embajador de México en Francia, entre otras comisiones no menos importantes como cuando asumió la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Coordinación de Humanidades y la Abogacía General de la UNAM.

Más de una decena de doctorados honoris causa, múltiples premios y reconocimientos, así como diversos libros y centenares de artículos escritos: avalaron su prestigio universitario y vocación por el derecho. Jorge Carpizo fue mi principal impulsor y hasta su muerte continuó inculcándome valores y principios: amor a la Región. Una vez me dijo nunca te detengas si de mostrar la verdad y hacer el bien se trata; y varias veces me recordó que lo importante no era el parentesco sino la afinidad, la cercanía y la lealtad.

A Jorge Carpizo lo vi y sentí como un padre, fue mi amigo, mi maestro y mi colega. A Jorge Carpizo no se le pasó un detalle para quienes consideró cercanos, siempre nos protegió y orientó a toda costa, esa era la característica esencial de su persona, de su amistad. Fue tan detallista que, a sabiendas de los infortunios de la vida, durante muchos años guardó una carta de despedida para ser divulgada después de su muerte.¹ Jorge

1 Escribió: “Con la alegría de haber existido durante 68 años, me despidió de mis familiares y amigos. Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción



Carpizo era un hombre de objetividad comprobada y eso le permitió desayunar con un panista, comer con un priísta y cenar con un perredista, sin considerarse traición. Se trató de un caballero ejemplo de vida digna a la que algunos desearon ensuciar y nadie pudo conseguir. Un personaje de logros abundantes pero con muy poca memoria para recordarlos. Un hombre congruente cuyo amor a la Universidad Nacional Autónoma de México demostró al nombrarla heredera universal de sus bienes.

Hoy mi padre académico, mi amigo, mi tío, mi maestro... continúa vivo en mis acciones y posturas. Nunca podré evadir la razón y los motivos de sus enseñanzas, sin lo cual no sería el estudiante que soy, por eso retomo fuerzas para pronunciar un hasta luego, retomo fuerzas para seguir mis planes sin su mano en mi hombro, retomo fuerzas para caminar hacia su eterna compañía que por silenciosa podría resultar odiosa; sin embargo ¡sé que está conmigo y siempre lo recordaré! Conservo la felicidad de que se haya ido tal y como era, fuerte, invicto, lúcido, indoloro y sin despedirse. Qué mejor forma de caminar hacia la perpetuidad del pensamiento jurídico y político de este mundo.

Mil gracias Jorge por permitirme estar cerca de ti y aprender de tu persona y experiencia. Mil gracias tío por enseñarme que no hay mayor imposible que el que uno mismo se plantea. Mil gracias amigo por hacerme ver que la felicidad se alcanza cuando uno deja de esperar de los demás y hacemos lo que está en nuestras manos. Mil gracias maestro por darme la posibilidad de comprender lo impredecible de la naturaleza humana. Un millón de gracias colega por dejarme gozar de tu singular y especial personalidad.

Sin duda, mi aprendizaje aún no termina, tu forma de pensar persiste, tus intervenciones me cautivan, tus ponencias me motivan y, en general, tus aportaciones retan y acompañan mi creatividad. Seguiré tu pensamiento y acciones a favor de la dignidad humana, el perfeccionamiento del Estado y la vida universitaria. Desde el otro extremo del camino pronuncio un nos vemos tío, como la última vez que charlamos y expreso en tu memoria las siguientes reflexiones.”²

* * * * *

El trabajo que tiene en sus manos lo inicié en 2009, pero los cambios jurídicos de entonces a la fecha me permitieron tener una visión más amplia sobre aspectos relacionados con la protección judicial o ciudadana de los derechos humanos. Si bien existe un sistema *ad hoc* a esa tendencia, la incursión del control convencional y su interacción con sistemas

a México y a su Universidad Nacional. En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen. Nunca mentí ni cometí delito alguno. Cumplí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad. En mis libros y artículos tanto los académicos y los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir. Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades. Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional.”, Periódico *Milenio*, México, 12 de junio de 2012.

2 Introducción a mi artículo intitulado “El control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad difuso en México”, *Expresión Judicial, órgano informativo del Poder Judicial del Estado de Chiapas*, nueva época, año 1, núm. 2, agosto de 2012, pp. 45-53., misma que he publicado como preámbulo en otros estudios académicos con motivo del año luctuoso del Dr. Jorge Carpizo.



internos de impartición y procuración de justicia, han dado material suficiente para analizar ciertas posturas y proponer variantes en el ejercicio del control constitucional según sea una autoridad local o internacional la que lo emplee y mi tesis sobre la simple actividad protectora de los derechos humanos; teorías en todo caso susceptibles de ser mejoradas. Comparto mi visión al respecto.

Hablar de control constitucional implica conocer el concepto actual de Constitución, sus tipos, la manera en que se interpreta y los medios existentes para su defensa. Entender al control judicial de constitucionalidad difuso o concentrado,³ envuelve a su vez la comprensión del sistema de pesos y contrapesos vigente en un Estado Constitucional de Derecho, donde el tema de los tratados internacionales, su jerarquía, su aspecto vinculante y el sistema de protección a derechos humanos: trasciende.

Sobre esas ideas existen múltiples posturas, las cuales podrán asumirse si es que benefician al país o contexto de aplicación, nunca si atentan contra el entorno en que pretenden aplicarse; en ello radica la importancia de las personas que trabajan con el sistema constitucional desde el ámbito académico, judicial, ejecutivo o legislativo. Tarea cuyo mal entendimiento podría provocar efectos devastadores.

Al respecto, coincido con el doctor Jorge Carpizo cuando expresó:

...“si se equivoca un ingeniero, un arquitecto o un contador, no pasa de que se derrumbe un edificio, una vivienda o se afecte la economía de unos cuantos, pero si se equivoca un constitucionalista, el Presidente de la República, el Gobernador de un Estado, o algún legislador: se derrumba la Nación, parte de ella o la economía de sus habitantes.”⁴

Quienes estamos sensibilizados de tal afirmación, no dejamos la lucha por mantener un sistema Federal y de justicia constitucional acorde al México que tenemos pero enfocado al que deseamos; con ese propósito, como preámbulo a mis propuestas de control constitucional interno o externo -según la autoridad que lo ejerza- y de actividad protectora de los derechos humanos, conforme a los límites que corresponden a este trabajo, realizaré un esbozo sobre los últimos 25 años de control constitucional judicial en México.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL JUDICIAL EN MÉXICO

1. Antecedentes

El principal sistema de valoración de leyes, actos u omisiones empleado en el Estado Constitucional de Derecho: es el control judicial de constitucionalidad.⁵ Antes de la existencia de una Constitución en sentido contemporáneo, sólo habían recursos o

3 Al control constitucional difuso también se le denomina americano y se encomienda a todos los jueces del Estado la valoración de actos y leyes en forma acorde a la Carta Magna, so pena de declarar su inaplicación en el caso concreto. El control constitucional concentrado se refiere a un control encomendado a un órgano especializado y no a cualquier juez del país, los cuales pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

4 Conferencia dictada el 14 de marzo de 2009. Aula Jacinto Pallares, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México.

5 Esta afirmación no desconoce la existencia de controles constitucionales de naturaleza legislativa, administrativa o ciudadana.



procedimientos creados para proteger los derechos previstos en cartas u ordenamientos dados por monarquías o señores feudales; los procesos para defender los reconocidos y tutelados por una Norma Fundante moderna se dieron en forma posterior a la revolución francesa y a la defensa de la Constitución Americana a través del caso *Marbury Vs. Madison* en 1803. Pocos recuerdan que el método para determinar la validez de un acto, no su constitucionalidad, encuentra antecedentes notables en el *common law* británico.⁶

En efecto, en 1610, el Juez Edward Coke resolvió el caso del *Dr. Bonham* y declaró que las órdenes del Rey no podían estar por encima de los principios del sistema; no obstante, la tendencia por minimizar la potestad del juzgador logró que en 1689 se decretara la supremacía del parlamento y se acabara, casi por completo, la idea del análisis judicial, por ello, las Colonias de ultra mar bajo el mando de la Corona Inglesa, reiteraron el criterio de que las leyes del parlamento colonial tenían que ser acordes a las leyes dadas por el Rey y no a las Cartas de Derechos.⁷

De ahí que la idea central en el análisis judicial de validez tenga un origen remoto en la Política de Aristóteles, donde hace más de 2300 años se afirmó “*las leyes deben conformarse a las constituciones y no las constituciones a las leyes*”.⁸ Por simple lógica, cumplir ese postulado implicó ejercer lo que hoy se conoce como control constitucional, pues valora que el contenido de una ley sea siempre acorde a lo que la Constitución dispone, sin desconocer la notoria influencia de ese pensamiento en el principio de supremacía constitucional y de interpretación conforme.

Esa tendencia, a partir de la existencia de una Constitución en sentido contemporáneo, configuró dos tipos de control constitucional judicial que, al lado del político o ejecutivo, han dado buenos resultados.⁹ Me refiero al control constitucional difuso (encomendado a jueces locales) y al control constitucional concentrado (atribuido a un tribunal especializado).

Nótese nuestro énfasis en distinguir entre el método judicial de análisis existente antes del nacimiento de una Constitución en sentido moderno, frente al sistema de control originado posteriormente.

Desde luego, no se puede afirmar la existencia de un control constitucional en el caso del *Dr. Bonham*, en virtud de que, por una parte, en Inglaterra no existe Constitución y, por otra, en ese momento de la historia no se conocía la idea de Norma Suprema en los términos planteados por la Constitución Norteamericana de 1787 o en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Si bien la metodología empleada en 1610 por el Juez Edward Coke, en relación con la técnica del Juez Marshall en 1803, son similares, lo cierto es que varían en cuanto al referente de que parten.

En el caso *Bonham*, fue el derecho natural y la libertad de profesión el fundamento de la sentencia del juzgador Coke, mientras que en el asunto de *Marbury Vs. Madison*, la resolución de Marshall se basa en respetar el contenido de una verdadera Constitución

6 Craig, P. P., “The Common Law, reasons and administrative justice”, *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, Inglaterra, vol. 53, parte 21, julio de 1994.

7 Baker, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Dinámica Actual*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Perú, 2005, p. 45.

8 *Idem*.

9 Sobre el control constitucional a manos del ejecutivo y legislativo, Véase Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005, p. 93.



jurídica. De ahí mi distinción entre el análisis requerido para decretar la validez o invalidez de una orden y el método judicial para declarar la inconstitucionalidad de un acto, de un precepto o simplemente inaplicarlo, pues por control constitucional entendemos una *actividad interpretativa realizada para determinar si el contenido de una ley, acto u omisión, es o no acorde al orden jurídico vinculante; labor inteligible plasmada en un acto, sentencia o resolución tendente a salvaguardar o reconocer el texto constitucional, las normas nacionales o los derechos humanos de fuente internacional*.¹⁰

Sin embargo, el problema en México al tenor de las constituciones de 1857 y de 1917, consistió en determinar si el control de constitucionalidad debía ser ejercido de manera concentrada o difusa, esto es, si ello competía exclusivamente a un sólo tribunal o debía ser confiado a cualquier juez del país, sobre todo a partir del debate existente entre Hans Kelsen y Carl Smith (1920-1930) respecto a quién debe ser el guardián de la Constitución.

2. Control constitucional difuso

De acuerdo a los antecedentes expuestos no deviene extraño que el Órgano Constituyente de Filadelfia adoptara un sistema de control similar al británico y, por ende, la sentencia en el caso *Marbury Vs. Madison* sea un humilde reflejo del viejo control judicial inglés. Recordemos que en esa resolución se dijo que las normas estatales no pueden estar por encima de la Constitución Federal, idea similar a la postura de Aristóteles¹¹ y, en esencia, al criterio del Juez Coke; panorama bajo el cual llegan al texto constitucional mexicano de 1824, los principios de supremacía constitucional y soberanía absoluta,¹² por eso México no tuvo problema en advertir las particularidades del *judicial review* y emplear, a través del amparo, un control de constitucionalidad susceptible de ser operado por jueces, cuyo antecedente encontramos en la Constitución yucateca de 1840, aspecto que posteriormente se federaliza mediante el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 que restableció la vigencia de la Constitución federal de 1824.¹³

La idea de control difuso otorga a los jueces de cada Estado la obligación de mantener incólume el principio de supremacía constitucional e impide la aplicación de normas o tratados internacionales contrarios al texto de la Constitución, metodología esencialmente inaugurada por la Constitución norteamericana¹⁴ y tomada de ahí

¹⁰ Carpizo, Enrique, Diccionario práctico de justicia constitucional, México, Porrúa, 2012.

¹¹ *Vid. supra*, apartado II, número 1.

¹² La interpretación armónica de los artículos 137, fracción V, párrafo sexto, 161, 163 y 164 de la Constitución federal de 1824, permite advertir la existencia del principio de supremacía constitucional y la facultad de las autoridades del Estado de hacer guardar y cumplir la Constitución a través de la Corte de Justicia y los órganos judiciales estatales. *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México: 1808-2005*, 4a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 188 y ss.

¹³ Manuel Crescencio Rejón, crea el amparo mexicano al tenor de la Constitución Yucateca de 1840; cuando Rejón muere Mariano Otero se encarga de federalizar la institución a través del artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, que literalmente dispone: “*Los Tribunales de la Federación ampararán á cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que motivare.*” *Cfr. Ibidem.*, p. 475.

¹⁴ Esta afirmación se corrobora con el texto del artículo VI, segundo párrafo de la Constitución de los Estados Unidos de América, el cual dispone: “*Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos*



para ser contemplada, en esencia, en la Constitución de 1824, en la de 1857 y la actual Constitución de 1917.¹⁵

Así, el control difuso o americano permite a los jueces locales inaplicar una norma que contravenga el texto constitucional; y sus parámetros de referencia son *a)* la Carta Magna; *b)* la costumbre, y *c)* la interpretación judicial preexistente.

Dato curioso: si México importó de Estados Unidos de América los principios de supremacía constitucional y de control constitucional difuso ¿cuál fue el inconveniente para no operarlos en sintonía?

La respuesta se encuentra en una interpretación judicial *contra legem* al artículo 133 constitucional, que prohibió a los jueces estatales la competencia para decretar la inaplicación de una norma, en efecto, la Corte consideró que tal facultad estaba reservada a los tribunales de la federación, es decir, a la Suprema Corte de Justicia, a los juzgados de Distrito y a los tribunales de Circuito en materia de amparo.¹⁶

que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de todo estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier disposición en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes estatales.” Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, 4a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, pp. 57-61.

15 Los numerales 161, fracción III, de la Constitución Federal de 1824, el 126 de la Constitución Federal de 1857 y 133 de la Carta Magna de 1917, respectivamente mencionan: “Cada uno de los Estados tiene obligación... III. De guardar y hacer guardar la Constitución y leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera”; “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados hechos ó que se hicieren el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán á dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones ó leyes de los Estados.”, y el artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.” Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 191, 627 y 877.

16 La posibilidad prevista en el precepto 133 de la Carta Magna no procedía en nuestro país. Dicha facultad resultaba exclusiva para ciertos órganos judiciales de élite, no comunes, sino jueces especializados en control constitucional -no difuso- concentrado y pertenecientes al Poder Judicial de la Federación; luego la Suprema Corte se contradice severamente y resuelve que el Tribunal Electoral, órgano del Poder Judicial de la Federación, no tenía facultades para inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de una norma: aún cuando sus integrantes eran parte de dicho Poder de la Unión. Cfr. “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 1999, t. X, tesis: P./J.73/99. y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, t. X, agosto de 1999, pp. 5 y 18. Hasta antes de la reforma constitucional de 2007, estaba vigente la jurisprudencia: “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, ENERO DE 2012, t. XXXI, tesis: P./J. 23/2002, p. 22.



Afirmación totalmente violatoria de lo dispuesto en el referido precepto cuya parte medular dice: ...“los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”, no obstante, la tendencia restrictiva más tarde impidió la utilización de tratados internacionales como referentes de control constitucional, aduciendo la Corte que ello competía a las autoridades trasnacionales,¹⁷ desconociendo con ese criterio la jurisprudencia interamericana que impone a los jueces nacionales la obligación de analizar el contenido de las normas jurídicas internas al tenor de lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como nuestra postura sobre la pertinencia de tener a los derechos de fuente internacional como parte de la materia de estudio del control constitucional.¹⁸ Afortunadamente esa postura ha ido cambiando y sólo es avalada por visiones retrógradas.

3. La imposición del control concentrado

El principal obstáculo al control difuso en México lo fue un aspecto de centralización del Poder. Los jueces federales por ningún motivo quisieron compartir la función de control constitucional con jurisdicciones locales, es más, con ninguna otra autoridad del Estado. Se trató de un capricho que en 1999 la Corte hizo patente al expresar ...“el control difuso de constitucionalidad no está autorizado por el artículo 133 de la Constitución”...,¹⁹ criterio totalmente ajeno a la historia constitucional mexicana, cuyos efectos mantuvieron la vigencia de normas locales contrarias a la Constitución Federal.²⁰

Inclusive, México llegó al absurdo de contar con jueces de distrito que al conocer de un asunto federal ordinario, en el proceso penal o civil federal aplicaban preceptos que previamente habían declarado inconstitucionales a través del amparo, alegando que cuando actuaban como jueces de proceso lo hacían como autoridades de legalidad y por eso, no podían desaplicar la norma declarada inconstitucional -por ellos mismos- en materia de amparo.²¹

Si bien el contenido esencial del artículo 133 constitucional fue tomado de los Estados Unidos de América,²² como se hizo con otros temas constitucionales, entre ellos la forma de Estado Federal y el sistema de gobierno presidencial, lo cierto es que en el vecino país del norte sí funciona el control difuso y en México, hasta antes de junio de 2011, formalmente no. Cito dos casos de excepción que lamentablemente no exentan de abusos.

4. La procedencia del control difuso pese a la prohibición de la Suprema Corte de Justicia

Existía un temor fundado en las autoridades judiciales locales respecto a las consecuencias de realizar el control constitucional difuso. Una de ellas era la sanción penal o administrativa por aplicar el contenido literal del artículo 133 constitucional. El fundamento de esa angustia principalmente se debió al citado precedente de la Corte

¹⁷ Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, pp. 9-10.

¹⁸ *Vid. infra*, apartado VI, número 6, y *Cfr.* artículo 2 del Pacto de San José.

¹⁹ “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN”..., *cit.*, y “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA”..., *cit.*

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² Comparto un comparativo entre el artículo 60 de la Constitución de los Estados Unidos de América y el 133 constitucional en México: Véanse citas 11 y 12.



que prohibió a los jueces locales realizar el control difuso,²³ sin embargo, considero que para reconocer y proteger Derechos Humanos no se requiere autorización, se requiere voluntad creativa y atrevimiento.

A. El caso de la jueza Alejandra Ramos en Chihuahua, México

Con motivo del crimen de una activista en el Estado de Chihuahua, el congreso legislativo tuvo la funesta idea de reformar el Código de Procedimientos Penales con el objeto de “frenar” múltiples presiones políticas. La consecuencia del actuar legislativo implicó la violación a un derecho humano, por fortuna, la prohibición de la Corte respecto al control constitucional difuso no fue obstáculo para que algunos jueces estatales lograran impedir el empleo de normas contrarias a la Constitución y al derecho de fuente internacional. El precepto 373 legal dispone: *“Comunicada a las partes la decisión absolutoria, una vez que haya causado ejecutoria, el Tribunal dispondrá en forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del acusado, y ordenará se tome nota de este levantamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia y reparación del daño que se hubieren otorgado.”*

La interpretación literal y aplicación tajante del precepto transcrito, permite la libertad de la persona hasta en tanto cause ejecutoria la sentencia que lo absuelve, empero, la Jueza Alejandra Ramos tuvo la valentía y los conocimientos adecuados para actuar a favor de la dignidad humana y armonizar el contenido del citado artículo 373 del Código de Procedimientos Penales, con otros preceptos constitucionales locales, federales y cláusulas internacionales que tutelan la presunción de inocencia. El compromiso de la Jueza Ramos con la actividad protectora de los derechos humanos, pasó por alto la interpretación gramatical del mencionado precepto y deja en libertad a toda persona ante el dictado de una sentencia absolutoria.

La base de su proceder fue la voluntad y el atrevimiento de hacer una interpretación conforme del precepto legal penal a la Constitución del Estado de Chihuahua, pero en sintonía a lo previsto en la Constitución federal mexicana y en el Pacto de San José. Lamentablemente, no todos los jueces de Chihuahua actúan conforme al principio de presunción de inocencia,²⁴ pero ello no impide hacer patente que la libertad personal no puede quedar restringida hasta en tanto cause ejecutoria la determinación absolutoria de quien, en ese momento, resulta inocente.²⁵

B. El caso del magistrado Carlos Arenas en Monterrey, Nuevo León, México

Otro caso que reiteró la posibilidad de ejercer el control difuso en forma previa al engrose de la sentencia dictada por la Corte de Justicia en sesión privada del 20 de septiembre de 2011, en el expediente Varios 912/2010, lo fue el toca de apelación 43/2011, radicado y resuelto por la Cuarta Sala Penal Unitaria del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León. Una sentencia novedosa por su calidad argumentativa en pro del debido proceso.

²³ “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN” ... *cit.*

²⁴ Sobre interpretación renovada del derecho Cfr. Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011.

²⁵ Incluso algunas de esas prácticas se dieron con motivo de la clase de Derecho Constitucional Judicial que impartí en la Maestría en Derecho Penal Judicial y Derecho Civil y Mercantil Judicial, del Centro de Capacitación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.



En efecto, el precepto 224, fracción V, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, contempla los “delitos cometidos en la administración y procuración de justicia”, y permitió la imposición de sanciones a ... “servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos” ... [que no cumplieran] “una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente” ...

Al respecto, el magistrado Carlos Arenas consideró que al imponerse una condena a un servidor público o auxiliar de la administración y procuración de justicia, con base en el incumplimiento de aquello que la autoridad administrativa considere que debe hacerse, se viola el artículo 14 constitucional por tratarse de un tipo penal de configuración futura y discrecional.

La aplicación de ese artículo como fundamento del proceso penal a que se encontraban sometidos unos policías estatales, implicó la violación del derecho humano a ser procesado y, en su caso, condenado por hipótesis previas a una conducta señalada como delito. Vale recordar que en esa fecha estaba vigente la tesis de jurisprudencia que prohibía el control judicial difuso por parte de jueces estatales,²⁶ por lo que el magistrado Arenas tuvo que superar la interpretación *contra legem* de la Corte e interpretar de manera proactiva el derecho con el objeto de hacer efectivas las reformas en materia de derechos humanos de junio de 2011 pero a través del entonces cuestionado control judicial difuso en México.

Con esa visión, el magistrado adujo, en esencia, que cuando el legislador reforma de manera substancial algún precepto, dígame la Constitución, la interpretación judicial previa es susceptible de variar al tenor del nuevo postulado constitucional o legal; razón por la cual no esperó a que la Corte mexicana interrumpiera los criterios jurisprudenciales que limitaban la protección de derechos humanos y la defensa de la Carta Magna.

Así, el magistrado Carlos Arenas optimizó el contenido del artículo 1o constitucional y demostró que la vigencia de los derechos y libertades humanas está por encima de cualquier interpretación arcaica o ajena a las demandas de justicia, ya que el precepto en mención obliga a “todas las autoridades”, en el ámbito de sus competencias, a respetar, proteger y garantizar derechos humanos, siendo esa la razón fundamental de su sentencia, misma que considero muestra temprana, efectiva y coadyuvante de valentía en la interpretación conforme del derecho local al de fuente nacional e internacional.

La sentencia del magistrado Arenas sirvió de precedente al Pleno de la Corte de Justicia y, en aras de un diálogo entre tribuales, los ministros implícitamente se acogen a dicha resolución con el fin de interrumpir las jurisprudencias que impedían el control constitucional difuso en México. La coincidencia de la Corte con el criterio del magistrado Arenas hizo cesar las presiones a que había sido objeto, pues debemos reconocer que en México aún no es tarea fácil la protección de derechos humanos.

5. Ante un abuso del sistema difuso ¿control constitucional indirecto?

Los jueces estatales han recibido con beneplácito el hecho de que la Corte de Justicia les

²⁶ “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 1999, t. X, tesis P./J. 74/99, p. 5.



haya reconocido y a su vez devuelto la facultad para inaplicar normas que contravienen el texto de la Carta Magna. No obstante, se han visto abusos en el ejercicio de dicha competencia. La existencia de licencia para delinquir ante la inaplicación de tipos penales a nivel federal y local, así como la inobservancia de plazos procesales o procedimentales por estimarlos contrarios al Pacto de San José, han revivido la desconfianza en que el Alto Tribunal basó la proscripción del control difuso en México.

Ahora, valdría la pena analizar con detalle los argumentos en que se basa la inaplicación de la ley, pues si tal control se hace ante la notoria existencia de tipos penales o plazos procesales que en realidad contravienen el referente de constitucionalidad, entonces, la idea será sensibilizar a los legisladores para que reafirmen su compromiso por actuar conforme a la Constitución y sin desprecio de los derechos humanos.

Sin embargo, la posibilidad de analizar la constitucionalidad de una norma y, en su caso, la inaplicación, está motivando descontento en gremios de poder que ahora se unen a los argumentos de antaño sobre lo inviable de un Juez Local con dicha competencia.

Algunos piensan que la solución sería una ley sobre la procedencia del control difuso, la cual podría vulnerar -conforme a los artículos 124 y 133 de la Norma Suprema- una competencia expresamente reservada a los Estados y generar un atentado al principio de independencia judicial. Hasta hoy, ciertos abusos se quedan en el anonimato debido a que muchas veces no es impugnada la resolución judicial que desvía el ejercicio del control difuso, y la jurisprudencia federal apenas se está ocupando del tema mediante la expedición de lineamientos que permitan un ejercicio "armónico" del control constitucional americano con el europeo.

Sin embargo, considero prematuro que a pocos meses de haberse reconocido en México la posibilidad de practicar el control difuso, se esté pensando desaparecerlo o limitar su procedencia bajo el argumento de una defensa constitucional "idónea". Evidentemente, el desvío del poder debe detenerse pero sin afectar la competencia constitucional atribuida a órganos judiciales cuya corrupción siempre habrá de sancionarse pero en términos de lo que racionalmente permite nuestro sistema y su relación con el ámbito externo.

La propia Corte de Justicia ha sido cuidadosa al exponer los términos en que debe proceder el control difuso y su relación con la vigencia de tratados internacionales en el país. Al respecto, cito un criterio judicial que expresa un matiz muy pequeño en relación a cómo debe operar el control difuso para reiterar que es en la función jurisdiccional donde existe la obligación a ..."*dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.*"²⁷

Ahora, en el extremo de que el control difuso provoque desigualdad e injusticia, quizá sea momento de adoptar un control incidental o indirecto sobre normas que al parecer atentan contra lo previsto en la Constitución y en el derecho de fuente internacional, lo que significa reformar el artículo 133 de la Carta Magna para que en vez de que sea el juez ordinario quien declare la inaplicación de una norma, mejor someta a consulta del tribunal constitucional respectivo -federal u ordinario- las razones que a su parecer motivan la inaplicación de un precepto legal y sólo en el caso de que dicha apreciación

27 "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, diciembre de 2011, libro III, tesis P.LXVII/2011 (9a.), p. 535.



sea avalada, podrá inaplicar el precepto sin que ello impida su revisión por vía de amparo cuando el órgano que ratifique el criterio del juez sea un órgano local, en el supuesto de que se trate de un tribunal constitucional: la determinación sea inatacable.

Ese sistema ha dado resultados en algunos países de Europa y Latinoamérica, entre ellos, Alemania, España, Italia, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.²⁸

Se trata de una opción más asequible que nuestra tendencia por reconocer en apariencia las cosas. El funcionamiento adecuado del control difuso y del indirecto o incidental depende de la visión estática o progresiva que el intérprete tenga del derecho.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El control convencional, como se sabe, nace de la jurisprudencia supranacional como método lógico para analizar actos, normas u omisiones provenientes de Estados Partes que al parecer violan derechos humanos. La sentencia en el caso *Almonacid*, muestra cómo la Corte Interamericana ante una notoria influencia del control de constitucionalidad, bautiza su método de análisis con el adjetivo “convencional” e impone la obligación de ejercerlo a Estados Parte.²⁹

Al respecto, Sergio García Ramírez distingue entre control convencional externo e interno, esto es, original o derivado, clasificación que a su vez basa en el tipo de autoridad que lo ejerce,³⁰ esto es, la Corte Interamericana (control convencional externo) y los jueces nacionales (control convencional interno) Veamos en qué consiste cada uno y el tipo de referentes jurídicos de que parten, sin olvidar nuestra propuesta de optar por un control constitucional interno o externo y una simple actividad protectora, represiva o preventiva, en materia de actos, normas u omisiones, incluidas reformas constitucionales y la celebración de tratados internacionales.

1. Control de convencionalidad

Por más de dos décadas, el control de convencionalidad -material y formal- se confió a los integrantes de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos: órganos creados para conciliar o condenar a los países sujetos a su competencia, entre ellos México, que actúen, sean omisos o legislen en forma contraria al contenido o entendimiento judicial de un compromiso internacional.³¹

28 Sobre la práctica de este sistema recomiendo consultar a Nogueira, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur*, Lima, Palestra, 2006, pp. 287 y ss.

29 En el caso en cita la Corte Interamericana dijo que las autoridades judiciales deben hacer: *una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*”, Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros* en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vol. IV, pp. 619- 655.

30 García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.

31 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no necesita tener naturaleza judicial para realizar el control de convencionalidad, pues materialmente emite sus determinaciones a partir de un análisis de convencionalidad. Los actos del Estado Parte siempre se valoran a partir de su compatibilidad a los estándares jurisprudenciales y tratados internacionales vinculantes al sujeto pasivo. De ahí que, desde una perspectiva material, la Comisión sí ejerce un método de conven-



Hasta 2003, la nota distintiva entre control de constitucionalidad difuso o concentrado y el control de convencionalidad, estribó en las instancias o sujetos a quienes correspondía esa labor y en los documentos jurídicos en que basaban el enjuiciamiento de la actividad o inactividad del Estado.³²

Como sabemos, el control constitucional difuso o concentrado es ejercido por los jueces de todo el país o algunos especializados y los referentes para valorar el contenido de los actos, las leyes o las omisiones impugnadas, son el texto de la Carta Magna y la jurisprudencia existente sobre su contenido, sin soslayar el derecho de fuente internacional y, en estricto sentido, el control de convencionalidad es realizado por una autoridad externa al país, con el fin de valorar la Constitución o las normas u omisiones internas a la luz de lo dispuesto en un tratado internacional y su interpretación interamericana, salvo que el derecho nacional sea más protector que el interamericano.

En mi opinión, el control de convencionalidad es el *análisis para determinar si una norma, incluida la Constitución de un Estado o su interpretación, es conforme al contenido de un convenio internacional o jurisprudencia vinculante, incluso para analizar si el acto es acorde al propio derecho interno que desarrolla o resulta armonioso al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.³³

El objeto fundamental del control de convencionalidad consiste *a)* en hacer respetar y cumplir el contenido de los convenios jurídicamente vinculantes al Estado demandado; *b)* en hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia emanada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales; *c)* en hacer respetar y cumplir el contenido de las normas internas o precedentes judiciales o administrativos que por sí solas o en forma armónica al derecho internacional de los derechos humanos –o viceversa– resulten aplicables en favor de la dignidad humana; y *d)* en reparar los ultrajes a los derechos humanos e indemnizar a la víctima o víctimas de la violación, sin soslayar la idea de protección subsidiaria a los derechos humanos, la cual reconoce a los Estados Partes su competencia originaria para resolver los conflictos que se susciten por inobservancia de los tratados o convenios que les vinculan, sin que esto último pueda considerarse control convencional interno, tal y como afirmamos más adelante.³⁴

¡Así es como debe entenderse y funcionar ése sistema! Veamos ahora el control

cionalidad, inclusive la actividad protectora que propongo identificar.

32 Actualmente, el principio de interpretación *pro persona*, en su variante de preferencia interpretativa, permite aplicar la norma interna o externa que mayor beneficio otorgue a la persona, por lo que válidamente se puede hablar de una interpretación conforme del derecho internacional al nacional siempre y cuando ello sea con el fin de privilegiar a la dignidad humana. Un fenómeno similar se presentó ante la existencia de constitucionales locales que, frente a la federal, prevén un mayor reconocimiento u optimización de derechos.

33 Ese concepto lo propongo con base en una interpretación armónica de los argumentos expuestos en los casos: *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101 y *Tibi vs Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114; y *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154., en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vol. II, pp. 352-390 y 651-685. También *Cfr.* Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico...*, cit., p. 40.

34 *Vid. infra*, apartado IV.



convencional denominado interno.

2. Control de convencionalidad interno

A partir de los casos *Almonacid Arrellano y otros Vs. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, la Corte Interamericana reitera que su existencia es subsidiaria y que el control convencional no es de su exclusiva competencia ya que los Estados Partes también pueden ejercerlo pues no resulta del todo atinado que siempre la Corte Interamericana conozca de conflictos internos: pues ello violaría el derecho a un juez natural, quien también puede resolver conforme al contenido de los compromisos internacionales y la jurisprudencia que los interpreta.³⁵

Con esa postura, la Corte Interamericana incurre en el extremo de imponer o encomendar, so pena de condenar al Estado Parte, lo que a su criterio identifica como *control convencional*, sin observar la realidad jurídico social del país exhortado a emplear un control innecesario, situación que podría conducir a un protagonismo desconocedor de la operatividad del sistema que da origen al propio control convencional, esto es, el control de constitucionalidad, cuyo ámbito de valoración incluye no sólo a las normas nacionales sino también a las de fuente internacional.

Reconozco la valía de maximizar la obligación de analizar los tratados internacionales que conforman lo que el maestro Fix-Zamudio denomina derecho de fuente internacional, es decir, derecho adoptado por el Estado que puede regir la materia penal, civil, laboral, etc., más no la intención de llamar a ese análisis control convencional interno.³⁶

Actualmente, el control de convencionalidad y lo que denomino simple actividad protectora de los derechos humanos: resultan ser más bondadosos; la razón es lógica,

35 Ese trabajo requiere armonizar y no simplemente aplicar de forma indiscriminada el principio de jerarquía. Entre los casos en que se basa la evolución del control de convencionalidad mencionamos adicionalmente los siguientes: *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; *Caso Boyce y otros Vs. Barbado*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186; *Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1º de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218; *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219; *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

36 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en Pérez Royo, Javier *et.al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, t. I, 2006, pp. 1727-1746.



el operador no se encuentra limitado al contenido esencial de las normas o catálogo de derechos previsto a nivel interno, sino que puede acudir al derecho de fuente internacional con el fin de retar su creatividad interpretativa en pro del ser humano y su entorno ambiental, sin olvidar, en ese sentido, la obligación de toda autoridad del Estado en términos del artículo 1o constitucional, de resolver a favor de la dignidad humana a falta de jurisprudencia vinculante.

3. ¿Control de convencionalidad interno-difuso?

Pocos académicos pretenden adicionar al control de convencionalidad con el adjetivo difuso. Otros se inclinan por la existencia de un control convencional externo realizado por instancias internacionales, frente a uno de índole interno confiado a órganos nacionales.³⁷ En ambos casos, tanto el llamado control de convencionalidad difuso como el control de convencionalidad interno, se encomienda a autoridades de naturaleza judicial. Ahora, creo que esas clasificaciones muestran creatividad y sobre todo mayor utilidad la segunda, no obstante, las dos resultan un tanto empeñadas en limitar el método de control a órganos judiciales.³⁸

He dicho que los sistemas de control judicial concentrado o difuso preservan el principio de supremacía constitucional y analizan los actos, las normas y las omisiones a la luz de lo dispuesto en la Constitución federal. Ahora, el sistema que permite estudiar abstenciones, actos y normas conforme a lo dispuesto en convenios internacionales y su entendimiento, a pesar de lo dispuesto en el derecho interno, privilegia el *principio de observancia convencional* en relación con el principio *pro persona* en su variante de preferencia normativa, pues la existencia de tratados internacionales impone una obligación a todas las autoridades del Estado Parte -pero también a las interamericanas- de optar por el derecho interno frente al externo cuando el primero resulte más protector.

Bajo ese contexto, no debe monopolizarse a favor del poder judicial la posibilidad de analizar un acto de autoridad, incluidos los emanados de particulares que puedan violar derechos humanos, conforme a un tratado internacional o su interpretación, pues esa actividad a favor de la dignidad humana es libre y susceptible de ser empleada por cualquier autoridad del Estado con independencia de que sea o no de naturaleza judicial. Profundizo mi postura.

La idea de un control limitado o dirigido a jueces es acorde al sistema vigente en los Estados Unidos de América, país que no se encuentra sometido a ninguna autoridad trasnacional, ni convenio internacional protector de la dignidad humana, sino a simples convenios bilaterales de naturaleza económica o referentes provenientes del texto o

³⁷ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*

³⁸ Sobre esta tendencia pueden consultarse Highton, Elena I., "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. 1, 2011, pp. 107-173; y Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, t. 1, pp. 381-417.



interpretación de su Norma Suprema; situación que a su vez muestra una tendencia diferente a la que México -y otros países de Latinoamérica- adoptan en materia de respeto y desarrollo de los derechos humanos.

Por ello, la pregunta en este apartado remite a una lógica y notable transición en materia de tutela y preservación de la dignidad humana, la cual no debe confundirse o mezclarse con ideas tendentes a limitar su ejercicio a jueces tal y como el adjetivo “difuso” evidencia, ya que las posturas extremadamente técnicas únicamente obstaculizan el ámbito de reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Comparto mi visión sobre el control de convencionalidad interno o derivado.

IV. CRÍTICA AL CONTROL CONVENCIONAL INTERNO O DERIVADO. PROPUESTA DE CONTROL CONSTITUCIONAL NACIONAL O INTERAMERICANO

No es del todo aceptable afirmar la existencia de un control convencional interno o convencional interno difuso. Considero que el único control convencional existente es el externo, esto es, el originario, aquel realizado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Si bien el planteamiento de control convencional interno podría llegar a cuestionar la necesidad de un control de constitucionalidad, al creerse, sin razón, más amplio, lo cierto es que nadie podrá negar la inviabilidad de hacer clasificaciones innecesarias con el objeto de distinguir lo que es claro y es una realidad, esto es, que el derecho internacional -al ser aceptado por el Estado- forma parte del derecho constitucional y eso le permite al juzgador, autoridad o persona en el país efectuar una labor protectora de los derechos humanos -con base en una gama de instrumentos nacionales o internacionales- para proteger de manera más amplia los derechos y libertades del ser humano; y esa tendencia, a mi juicio, es la que debemos fomentar.

Así, cuando los derechos y libertades humanas de fuente internacional se reconocen en el orden jurídico nacional, los jueces no hacen control convencional “interno” sino simple control constitucional, ya que el tratado internacional forma parte del derecho nacional y, por tanto, la naturaleza de análisis a nivel Estatal es constitucional: no convencional “interno”, pues los convenios, como dije, al momento de ser ratificados pasan a ser norma suprema de toda la unión y, por ello,³⁹ está de más afirmar que los juzgadores internos, sin consideración de jerarquías y materia de especialidad, deben realizar un análisis convencional en relación a la clásica metodología de control constitucional -difuso o concentrado- para la inaplicación o declaración de invalidez de actos, leyes u omisiones al ser implícita la obligación de analizar el derecho de fuente internacional.

Opino que el método con que se ejerce el control de constitucionalidad es el mismo que se atribuye al control convencional, empero, sigue siendo mejor opción hablar de una simple actividad protectora de los derechos humanos carente de las reticencias en un control reservado a jueces nacionales o internacionales, con independencia de que se adopte una postura que distinga entre control convencional original, derivado o difuso, pues se continúa limitando a juzgadores cuando la actividad protectora puede ser ejercida por personas y autoridades aunque no sean jueces, ya que a nadie se le puede impedir actuar en favor de su raza o medio ambiente, sin que ello impida su

³⁹ *Vid. supra*, apartado III, número 2.



revisión a través de instancias competentes.

Al respecto, podemos hablar de control convencional sólo cuando el acto, ley u omisión se analiza por un tribunal internacional al tenor exclusivo de una o varias convenciones, y usando de manera accesoria los instrumentos jurídicos internos del país demandado. Debemos tener presente que el calificativo constitucional o convencional, principalmente depende del referente jurídico del que parte.

De ser cierta nuestra afirmación, tendríamos que identificar al control conforme a la variante interpretativa que el órgano del Estado o transnacional emplee, pues también puede ocurrir que un país a través de sus actos se apegue al contenido de un tratado internacional, opinión consultiva o interpretación judicial o administrativa, ajeno a su sistema, esto es, no vinculante, con lo cual se estaría obligando al tenor de una actividad convencional -no constitucional- pues el instrumento base de la determinación no es parte de su sistema normativo, en otro sentido, será control constitucional si se hace con base en una Constitución y será control convencional, quizá interno, si el estudio es a partir de un instrumento internacional que no es considerado derecho constitucional por el Estado Parte.

Sin embargo, puede darse el caso en que la Corte Interamericana aplique de manera preferente el derecho interno por considerarlo más protector, en cuyo caso, valdría preguntarse si tal actividad debe denominarse control convencional, habida cuenta que la sentencia se basa en el derecho constitucional del Estado demandado y, por ende, materialmente ejerce control constitucional: para interpretar en favor de quien reciente una violación a un derecho humano más no para declarar inconstitucional un precepto.

Al respecto planteo dos ideas que en la defensa de los derechos humanos cobra especial vida, vigencia y efectividad, me refiero a las dos variantes que hoy se le pueden atribuir al control constitucional, el cual válidamente puede ejercerse conforme a una variante interna y otra de índole externa, ya que los únicos que pueden hacer -de manera conjunta o separada- control convencional o constitucional, son la Corte Interamericana y los países apegados a un sistema que considera a los convenios internacionales en forma paralela a su derecho interno ¿por qué? porque pueden optar entre una y otra metodología de análisis en aras de optimizar la protección de los derechos humanos en juego y con independencia de la jerarquía dada al tratado pues se entiende que privilegian el principio pro persona en su variante de preferencia normativa.

Ahora, considero valiosa la oportunidad de analizar si en realidad puede resultar viable nuestra propuesta de control constitucional interno o externo. Expongo argumentos.

Será control constitucional externo cuando el Estado demandado ostente una Carta Magna -como la de Ecuador- que otorga mayores y mejores derechos que el Pacto de San José, en cuyo caso, la Corte no tendrá más remedio que aplicar el derecho interno en favor de la parte actora.

Sólo en ese sentido tendría cabida distinguir entre interpretación o método de valoración -control- interno o externo, pues tanto el órgano judicial transnacional como el nacional, tienen la obligación de aplicar el documento nacional o internacional que mayor protección otorgue al derecho o libertad en juego y, hasta entonces, realizar una interpretación constitucional externa o interna, es decir, si se trata de una autoridad transnacional -control constitucional externo- o si el órgano es estatal o se trata de una persona -interpretación constitucional interna-, nótese como empleamos el término



interpretación o actividad protectora de los derechos humanos como sinónimo de método de control que use de manera directa a la Norma Fundante de un Estado Parte o tratado internacional vinculante como extensión de su propia Carta Magna.

Existirá control constitucional interno o simple actividad protectora de los derechos humanos en países como Argentina, Brasil o México, entre otros, que ven en la Constitución un papel que debe ser entendido como un mínimo de derechos y libertades susceptible de ser maximizado con base en instrumentos nacionales o internacionales previamente adoptados.

No se discute, insisto, existirá control convencional externo cuando la autoridad transnacional aplique de forma directa la convención americana -o en armonía al derecho interno- y sólo control convencional interno cuando un Estado Parte aplique algún tratado internacional que no le sea vinculante para solucionar un conflicto, esta última hipótesis acontecerá en sistemas que, expresa o tácitamente, autorizan el uso de convenios, pactos o protocolos no obligatorios o si el país voluntariamente se acoge al mismo sin necesidad de fomentar o reconocer alguna de las posturas clásicas en el tema, pues desde la óptica del derecho internacional público: el tratado se vuelve obligatorio si el Estado lo aplica como medio idóneo para resolver una controversia.

De ahí que no exista razón suficiente para realizar calificaciones que, desde el punto de vista histórico o pedagógico, si bien demuestra lo cierto es que no son acordes al modelo de Estado Constitucional Renovado que vivimos y dada la complejidad con que se proponen en razón a que no son inclusivas sino excluyentes, terminan por no coincidir del todo con el objeto tutelar de los múltiples instrumentos creados para nulificar atentados a derechos y libertades y promover el desarrollo humano en cualquiera de sus rubros ambientales, económicos, sociales o políticos.

Cabe insistir, todos los instrumentos de derecho internacional, una vez adoptados, son una extensión de la Constitución de cada país que signa un convenio, pues es al tenor del documento constitucional interno en que se les reconoce vigencia nacional a través de lo que el maestro Fix-Zamudio denomina derecho de fuente internacional, por ello, no resulta apropiado afirmar que es control convencional interno el método empleado para validar la conformidad o no de una ley, acto u omisión al derecho de fuente nacional o internacional, en virtud de que el Estado Parte reconoce al convenio como parte de su derecho interno y, por ende, continúa empleando control constitucional o simple actividad protectora de los derechos humanos con el propósito de hacer prevalecer el contenido de su Carta Magna pero en armonía al derecho de fuente internacional; cosa distinta ocurre cuando la autoridad externa que revisa la actividad estadual lo hace con base en un convenio internacional interpretado de forma armónica con el derecho interno, con lo cual si estaría realizando auténtico control convencional.

Por esas razones, considero que no es propio hablar de control convencional externo u originario cuando el tribunal transnacional o aplique el derecho interno como único medio para tutelar los derechos humanos en juego por ser más protector que el derecho internacional vinculante al Estado demandado, en este caso, la Corte Interamericana estará practicando un control constitucional externo no convencional originario pues deja de lado el uso del Pacto de San José con el objeto de aplicar la Constitución o normas internas para solucionar el conflicto.

Mi tesis consiste en fomentar una competencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, esto es, una simple actividad protectora de



los mismos. El artículo 1o constitucional en México no distingue y dice ...“*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.*”⁴⁰..., por eso propongo mantener al control constitucional en cualquiera de sus variantes -interna o externa- o la actividad protectora de los derechos humanos en vez del llamado “control difuso de convencionalidad” o “control convencional difuso” o “control convencional interno”, limitado a juzgadores y alejado del contenido esencial del citado precepto 1o de la Constitución mexicana.⁴¹ Veamos por qué.

V. LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Acorde a una idea preservadora de los derechos humanos y en lugar de darle otro nombre al control constitucional, reitero que detrás de ese método existe una simple actividad protectora de los derechos humanos con independencia del referente que se use para reconocer y garantizar un derecho o una libertad. Con esa perspectiva se optimiza el espectro protector hacia el campo de otras autoridades del Estado -incluyendo a las personas- pero sin marginar la obligación de observar el derecho de fuente internacional. Me inclino hacia una tendencia tutelar de la dignidad humana que procure su pleno reconocimiento, desarrollo y repare e indemnice violaciones a derechos humanos⁴² en forma amplia y con independencia del nombre que se le asigne u órgano que la emplee.

En efecto, tanto el control constitucional como el control de convencionalidad, tienen por objeto hacer respetar y potencializar los derechos y libertades de fuente nacional o internacional, la única diferencia estriba en las instancias encargadas de ejercerlo, por lo regular jueces conforme a un control constitucional interno o externo.⁴³

De ser cierta esa idea, valdría pensar en una tendencia abierta que permita emplear un método común que no choque con el poder judicial. Con esa visión, deberá emplearse

40 “Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. 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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda 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 anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/>.

41 *Idem*.

42 Véase Carpizo, Jorge, “Los Derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011, pp. 3-29.

43 *Vid. supra*, apartado IV.



una simple actividad protectora de los derechos humanos que parta de un margen de acción más extenso -no limitado a un sólo tipo de autoridad- susceptible de ser operado por cualquier persona sensible de su naturaleza y entorno.

La constante percepción social respecto a la protección de los derechos humanos ha incrementado el interés sobre diversos instrumentos e instituciones de defensa existentes para ello. Así, mientras el control constitucional interno, concentrado o difuso, se encomienda a un juez constitucional o jueces locales y el control convencional externo se encarga a los jueces interamericanos, lo cierto es que detrás de esas ideas existe el empleo de una actividad protectora de los derechos humanos, la cual se extiende a particulares y otras autoridades del Estado.

Mi postura consistente en hablar de *a)* un control de constitucionalidad interno reservado a jueces, con indiferencia de sí se trata de un sistema concentrado o difuso, de *b)* un control convencional limitado a jueces transnacionales y de *c)* una simple actividad protectora de los derechos humanos susceptible de ser empleada por toda autoridad, nacional o internacional, incluidas las personas situadas en cada Estado Parte: pues todos tenemos la obligación de reconocer y proteger derechos humanos y todos somos todos...

En ese último inciso también coloco al control constitucional externo y a las personas físicas o morales u organismos constitucionales autónomos que, sin ser autoridades del Estado, cumplen su obligación de reconocer, fomentar y proteger derechos humanos a través de sus actos o abstenciones. Opinar lo contrario conduce al absurdo de creer que al no ser autoridad judicial, Presidente de la República, Gobernador, Diputado o Senador, se podrá evadir la responsabilidad de reconocer y tutelar derechos humanos. Un ejemplo de actuar arbitrario -en ese sentido- lo era el Infonavit, quien actuó en forma inconstitucional a pesar de un criterio judicial que lo declaraba violatorio de derechos humanos.⁴⁴

Y pregunto al lector: un profesor, un reportero, una trabajadora social, un abogado, un campesino o miembro de agrupación étnica ¿puede violar derechos humanos en el ámbito de sus relaciones personales o profesionales por el simple hecho de no ser autoridad del Estado?

Una respuesta en sentido afirmativo dará por sentado que la sociedad no está interesada en que prevalezca una visión amplia sobre personas enfocadas en cumplir con su responsabilidad de reconocer, fomentar y proteger derechos humanos, sin importar si son o no autoridades del Estado. No obstante, debemos aceptar la existencia de gente que pueda ejercer una actividad protectora de los derechos humanos desde el ámbito de sus actividades diarias, sin requerir normas o reformas que así lo demanden o impongan.

Vale mencionar que la actividad de que hablo permite analizar omisiones, en cuyo caso, las autoridades del Estado deberán subsanar la inactividad detectada y reivindicarla al tenor de una determinación que otorgue mayor protección o beneficios al derecho

44 "INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, marzo de 2006, t. XXIII, tesis: 2a./J.32/2006, p. 252.



humano en juego o al propio titular del derecho. Los casos de omisión legislativa, por ejemplo, cada vez son más recurrentes, tal y como demuestra el retraso en la aprobación de la Ley de Amparo de 2013, cuya emisión fue a más de 400 días del plazo constitucional de 120 otorgado al órgano legislador. Veamos algunos presupuestos en el reconocimiento y protección de los derechos y libertades humanas.

VI. PRESUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El ejercicio de la actividad protectora de los derechos humanos, del control constitucional interno o externo y del control de convencionalidad originario, esto es, el reservado a la Corte Interamericana, implica contar con una visión renovada de Estado y de la interpretación del derecho. Como expuse, la visión restringida en materia de protección a los derechos humanos está cada vez más en desuso y poco a poco deja de tener cabida en el orden jurídico nacional e internacional.

Si bien no necesitaba decirse en la Constitución en virtud de que la interpretación congruente de su texto ya lo evidenciaba, nuestra costumbre por reformar todo y para todo permitió reiterar la primacía de los derechos humanos nacionales al igual que los de fuente internacional.

Así se desprende de la reforma constitucional de junio de 2011, cuyo artículo 1o, segundo y tercer párrafos, consolida una teoría abierta de respeto y salvaguarda a los derechos humanos y supera la idea del rango infraconstitucional de los tratados internacionales que contienen derechos humanos, sin embargo, el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en México, pese al artículo constitucional en cita, ha sido complejo pues algunos ministros que opinaban que deben tener un nivel inferior a la Carta Magna, por fortuna esa visión en la Corte cambió y se lograron emitir diez votos a favor contra uno para reconocer a los tratados internacionales en materia de derechos humanos una jerarquía constitucional. El Alto Tribunal exceptuó la aplicación del principio *pro persona* en materia de restricción nacional a derechos humanos (parte in fine del artículo 29 constitucional) aspecto de la jurisprudencia interna que podría violar los tratados internacionales previamente ratificados por México que establecen un margen más amplio de protección a los derechos cuyo ejercicio es susceptible de ser limitado.⁴⁵

Ahora, en la línea de acción del Estado Constitucional Renovado, ejercer la actividad protectora de los derechos humanos y el control constitucional interno o externo, requiere entender:

- a) la transición de Estado Legal a Estado Constitucional de Derecho renovado, cuya actuación no solamente se basa en la Constitución que le da origen, sino también en lo dispuesto en derechos de fuente internacional y su respectiva interpretación;
- b) que la Constitución es norma jurídica vinculante para todos los seres humanos, sean o no autoridades;
- c) que entre derechos fundamentales y humanos no existe mayor diferencia que la simple denominación;

⁴⁵ *Cfr.*, Versión estenográfica de la sesión de Pleno de la Suprema Corte de Justicia, del 3 de septiembre de 2013, disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



- d) que impartir justicia con mentalidad estática o legalista produce incalculables consecuencias negativas a nivel social o institucional;
- e) que los métodos de interpretación existentes desde hace más de dos siglos, con el fin de entender al derecho privado, actualmente, devienen insuficientes para la adecuada aplicación del derecho público;
- f) que la actividad inteligible de las autoridades del Estado tiene límites racionales;
- g) que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos indispensables para la solución, si quiera plausible, de un conflicto constitucional o entre el ejercicio de los derechos;
- h) que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los derechos previstos en la Constitución;
- i) que toda violación a un derecho humano implica no sólo su restitución material sino también la posibilidad de indemnizar al afectado;
- j) que no existe control convencional interno y que resulta más apropiado hablar de control constitucional interno o externo, nacional o interamericano;
- k) que debemos aceptar la existencia de derechos de fuente nacional frente a los de origen internacional;
- l) que no hay monopolio en materia de reconocimiento y protección, de los derechos humanos.

Ahora, estoy consciente de lo inapropiado que resulta pronunciar ideas abstractas que a nada práctico conduzcan, expongo el por qué de cada una de mis primeras nueve afirmaciones.⁴⁶

1. Comprender la transición de Estado Legal a otro donde la Constitución se complementa a través de instrumentos e interpretaciones provenientes de un orden o autoridad externo

La renovación o preservaron de principios y valores constitucionales se halla en la forma de concebir los cimientos del Estado. El Estado Constitucional de Derecho renace a partir de una idea renovada de soberanía, de supremacía constitucional y de impartición de justicia, lo anterior con el fin de incluir instancias judiciales y administrativas trasnacionales e instrumentos jurídicos modernos dignos de ser armonizados con el derecho interno en pro del perfeccionamiento de las instituciones y de los medios estatales o ciudadanos empleados para reconocer y garantizar derechos humanos.

Históricamente correspondió al Estado Constitucional emprender una serie de acciones

⁴⁶ Sobre estos presupuestos hablé ante el profesor Héctor Fix-Zamudio y la Ministra Olga Sánchez Cordero, con motivo de la presentación de mi libro: *Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, en la sede de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 18 de marzo de 2010.



con el objeto de cambiar las clásicas reglas en el ejercicio de las relaciones humanas y la operatividad del gobierno. De ahí que pasemos del Estado basado en la ley al Estado basado en la Constitución y de éste a un modelo donde la ley y la Constitución no son el único margen de apreciación en materia de desarrollo social e institucional, sino el arranque de una nueva forma de mantener el contacto pacífico con otras nacionales, entre el derecho interno e internacional, su interpretación y las respectivas demandas de calidad en la atención humana.

Bajo ese contexto, identifiqué tres elementos esenciales de transición. El primero, a partir de la Carta de Naciones Unidas de 1944 y el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el segundo, conforme a la existencia de órganos administrativos o jurisdicciones de justicia trasnacional y, el tercero, acorde a la inexistencia de monopolio estadual en materia de protección a los derechos humanos. Por ello no hablo de un Estado Regional, Internacional, convencional o comunitario, sino de un Estado que coordina su ejercicio armónico a partir de principios de soberanía y supremacía constitucional relativos y vinculatoriedad armónica de convenios internacionales, en cuyo seno, ninguna autoridad puede ir más allá del contenido esencial de la Carta Magna, salvo que mejore su impacto en sociedad y el reconocimiento de derechos y libertades.

No comprender esta forma de ver y jugar las nuevas reglas del juego, conlleva a un Estado aislado de su exterior y casi condenado a la petrificación de sus ideas, desarrollo y propósitos oficiales.

2. Entender que la Constitución es norma jurídica vinculante para todos los seres humanos: sean o no autoridades

El paradigma que por mucho tiempo contempló a la Constitución como netamente política ¡hoy se encuentra superado! Que la Constitución mexicana se denomine “política” no conlleva desconocer que a partir de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, haya recuperado en algunos países la calidad de norma jurídica que le había sido sustraída a través del avasallante poder del Legislador, en cuyo ambiente imperial los jueces –y otras autoridades– fungieron como meros operadores de la ley, más no de la Constitución.

Recordemos que la puesta en práctica de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de la Constitución Francesa de 1791, no reconoció del todo la eficacia directa de tales documentos debido a la idea de que los derechos sólo valían en la forma y términos que el legislador dispusiera en la ley. Actualmente, esa tendencia es casi inexistente y su conservación deviene totalmente retrograda, insostenible ¡bochornosa!

3. Comprender que entre derechos fundamentales y derechos humanos no existe diferencia

Teóricamente ha sido aceptada la idea de diferenciar a los derechos fundamentales de los Derechos Humanos,⁴⁷ aduciendo que los primeros son aquellos reconocidos en

47 Antes de la reforma constitucional de junio de 2011, el término garantías individuales era sinónimo de lo que ahora México reconoce como derechos humanos, es decir, los primeros 29 artículos de la parte dogmática de nuestra Constitución y algunos otros dispersos entre su parte orgánica.



la Constitución, mientras que los restantes manan de tratados internacionales en la materia.⁴⁸ Por fortuna, la idea decimonónica de identificar a las garantías individuales en México con derecho fundamental o humano: ha cambiado y sin demérito de su fin preservador de la dignidad humana, donde las prerrogativas de la persona incluyen derechos fundamentales y viceversa.

En ambos casos, pasar de garantías individuales a derechos humanos conforme a ideas preexistentes a la enmienda constitucional de junio de 2011, reafirma la idea de un Estado Constitucional de Derecho renovado y reconoce a los derechos humanos como referentes susceptibles de ser optimizados en términos de lo que su propio contenido permita frente al ejercicio razonable de otros derechos u obligaciones estatales de fuente nacional o internacional.⁴⁹

De ahí mi tesis respecto a la existencia de derechos humanos absolutos, pues el Estado solamente limita el ejercicio y no al derecho como tal. Considero que la posibilidad de imponer “límites” a los derechos humanos desde su reconocimiento en la Constitución o en un tratado internacional: impide analizar, donde no es posible el control de las reformas constitucionales y de los tratados internacionales, si la restricción es o no acorde a la prerrogativa humana, cuya dinámica –y no otra cosa– se pretende armonizar o hacer compatible con el ejercicio de otros derechos y libertades, por esa razón, soy proclive al control judicial previo de reformas y tratados internacionales.

La distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales se justifica en sistemas constitucionales que otorgan una jerarquía infraconstitucional a los tratados internacionales. Si esa visión se supera, como entendemos hizo México al tenor de una reforma al artículo 1o Constitucional, la idea de distinguir entre derecho humano y fundamental se desvanece en beneficio de la dignidad humana. De esa forma, el criterio de jerarquía normativa, en cuanto orden preferente de aplicación, cede camino frente al principio *pro persona* en su variante de preferencia normativa.⁵⁰

4. Reconocer lo negativo de proteger derechos humanos a partir de una mentalidad estática o legalista

El entendimiento del contenido y aplicación de los derechos humanos no se restringe, como aconteció en el Estado Legal, al aspecto literal del precepto sino que el intérprete va más allá de lo gramaticalmente previsto en la ley para identificar su esencia y generar, mediante su reconocimiento y salvaguarda, un impacto justo y equitativo del derecho en sociedad. Por eso, el operador o intérprete del sistema debe estar consciente de que el legalismo exacerbado ha sido superado en beneficio del ser humano y su entorno.

De ahí que, las normas procesales no deban estar por encima de un derecho humano, o dicho de otra manera, las normas adjetivas (procesales o procedimentales) no pueden impedir la observancia de una norma de índole sustantivo (derecho humano),⁵¹ y devenga necesario operar el derecho acorde a una tendencia abierta donde la idea fundamental sea proteger a la persona y su medio ambiente pero sin descuidar los

⁴⁸ Cfr. Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudeba y Universidad Complutense, 1991, p. 265.

⁴⁹ Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, p. 108-114.

⁵⁰ *Ibidem.*, pp. 133-142.

⁵¹ *Vid. supra*, apartado II, número 1.



límites que esa labor implica.⁵²

5. Saber y aceptar que los métodos de interpretación manados del derecho privado, por sí solos, devienen insuficientes para la aplicación del derecho público: interno o externo

La interpretación del derecho cambió y su ejercicio también. Ello puso de manifiesto que la Constitución y, por añadidura, los tratados internacionales, esto es, derechos de fuente internacional, no pueden ser operados o aplicados con base en lineamientos interpretativos creados para la comprensión de la ley ordinaria, pues el abismo que divide al producto del constituyente frente al del poder legislativo, ya constituido, indica la existencia de casos donde la solución a un conflicto entre el ejercicio de los derechos humanos o entre un acto de autoridad y esa clase de derechos, amerita pasar de un plano interpretativo clásico a otro donde la ponderación y la maximización de derechos: no deben estar ausentes. Por eso, el artículo 1o de la Constitución mexicana reconoce el principio de interpretación a favor de la persona cuya armonización con el postulado *iura novit curia*, posibilita erradicar la desagradable operatividad del estricto derecho.

Recordemos que a las autoridades se les paga para reconocer o declarar el derecho conforme a las situaciones planteadas o investigadas (*iura novit curia*), pues son ellas las expertas en materia de respeto y tutela de derechos humanos; considerar lo contrario significaría un fracaso del Estado en el tema, en pocas palabras, incurrir en responsabilidad internacional.

6. Saber y aceptar que la interpretación y protección de los derechos humanos tiene límites racionales

Compete a la autoridad analizar una controversia que no siempre tiene como punto de partida la violación a un derecho humano. No obstante, eso no impide realizar un estudio oficioso para determinar si en el caso existe algún atentado a prerrogativas humanas y, conforme al multicitado precepto 1o de la Carta Magna, armonizar el derecho,⁵³ siempre y cuando la abstracción o generalidad con que por lo regular se redacta la norma nacional o internacional: no configure un espacio de apertura para la arbitrariedad, sino la oportunidad de actualizar y aplicar el contenido constitucional o de derechos humanos a partir de demandas sociales equilibradas.⁵⁴

Un actuar conforme a esa visión impide que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Recordemos que los países que ratificaron el pacto de San José están obligados a respetar y aplicar su contenido, es decir, tienen la responsabilidad de atender al conjunto que integran, por lo que una persona, los poderes judicial, ejecutivo o legislativo, un órgano constitucional autónomo o ente: están obligados a cumplir lo convenido, sin que la protección a la dignidad humana implique ir más allá de lo racional y científicamente necesario para armonizar el sistema.

⁵² Sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución Cfr. Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 133-142.

⁵³ Sobre la operatividad del citado precepto constitucional, vid. *Infra*, apartado VII, número 1.

⁵⁴ Sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución Cfr. Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 133-142.



7. Identificar que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos necesarios para la solución plausible de conflictos o aparentes controversias entre derechos

Al dejar de ser la tarea de reconocer y proteger derechos humanos monopolio de las autoridades del Estado, resulta evidente que tal actividad requiere considerar aspectos que no suelen encontrar un respaldo íntegro o textual en la Norma Fundante o en tratados internacionales vinculantes o referenciales, sino en situaciones provenientes de un dinamismo social existente al momento de interpretar el sistema, es decir, costumbres o realidades no jurídicas determinantes para el establecimiento de un panorama abierto de armonización de derechos. Por eso, si el texto de la Ley, la Constitución o derecho de fuente internacional (tratado internacional vinculante o referencial), no reconoce o prevé un hecho, ello no obstaculiza que pueda ser observada la realidad con el fin de hacer justicia ¿cómo? mediante interpretación proactiva: donde las realidades no jurídicas, los usos y las costumbres tienen cabida.

8. Reconocer que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los previstos a nivel constitucional

México debe difundir la idea de que las prerrogativas contenidas en las cláusulas internacionales, previamente ratificadas, configuran una extensión al catálogo de derechos reconocidos y tutelados por la Norma Suprema, mismas que se denominan derechos de fuente internacional, por esa razón, no debe extrañar que su jerarquía sea igual a la del propio texto constitucional.

Reconozcamos que esa es la tendencia de nuestra Constitución cuando impone:

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

Lo anterior, con independencia de que no exista reforma al artículo 133 de la Carta Magna, pues cualquier intento por resolver un conflicto entre derechos a través de la aplicación del criterio que apela a la supremacía del derecho interno frente a la del derecho internacional y su interpretación, estaría pasando por alto la aplicación del derecho a partir del principio *pro persona*,⁵⁵ en cualquiera de sus variantes, preferencia interpretativa o normativa, así como la observancia del postulado *iura novit curia*: uno da los hechos y el juez el derecho, sin soslayar la flagrante violación a la cláusula 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual impone acatar al tratado internacional pese a lo dispuesto en el derecho interno.

9. Que toda violación a un derecho humano implica restitución material e indemnización al afectado.

Por mucho tiempo el Estado mexicano ha desatendido el tema de la indemnización por violación a derechos humanos. La legislación de amparo, al igual que otras que regulan instrumentos de defensa constitucional, sólo prevé un incidente de cumplimiento sustituto ante la imposibilidad material de restituir al quejoso en el pleno goce del derecho vulnerado. Como es de esperarse, la solicitud de indemnización es compleja

⁵⁵ Sobre la operatividad de estos principios recomiendo consultar: Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, cit.



pues implica agotar un procedimiento de ejecución tardío que cuando fracasa permite iniciar otro con el objeto de probar la imposibilidad jurídica de que el fallo sea cumplido.

No obstante, nuestro país está por inaugurar -a nivel federal- una Comisión para la atención a víctimas de violación a derechos humanos, dicha institución será la encargada de analizar los reclamos con el objeto de recomendar un actuar apegado a derecho o en su caso indemnizar a los sujetos afectados y evitar condenas internacionales al país, pero -regresando al plano de la protección judicial de derechos y libertades- el proceso de amparo continúa requiriendo ajustes para no sólo declarar la existencia de violaciones a derechos humanos, sino también reconocer en la propia sentencia concesoria, el derecho del demandante a ser indemnizado en caso de que la autoridad demandada evada el cumplimiento del fallo protector o demuestre falta de interés en acatarlo.

Con ello se privilegiaría el principio de justicia pronta y expedita para evitar fraudes y lograr la indemnización eficaz del demandante, so pena de que las autoridades omisas incurran en delitos o faltas administrativas por desacato a una orden judicial, pero no conforme a tipos penales especiales (delitos) de configuración dolosa, sino sancionando la negligencia en el actuar de las autoridades o particulares responsables con el afán de evitar desvíos o retrasos en el cumplimiento de las determinaciones que reconocen y protegen derechos humanos.

Recordemos que la dignidad humana no es un juego y que los derechos humanos deben ser reconocidos y tutelados sin retardo alguno.

Los presupuestos marcados con los incisos *j*), *k*) y *l*) no los desarrollé porque los explico en los puntos IV, V, VII y VIII de este trabajo.

VII. ALCANCES Y REFERENTES EN LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mi postura sobre la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos, implica tener presente que esa tutela corresponde a toda autoridad del país, incluso cometo el atrevimiento de reiterar que se trata de una obligación ciudadana que no admite monopolios a favor de una o varias autoridades o crear ámbitos de impunidad conforme a los criterios judiciales que en México impiden la procedencia del amparo contra actos u omisiones de particulares que no actúen con fundamento en una norma⁵⁶ y violen derechos y libertades humanas, sin soslayar la jurisprudencia que exenta al juez de distrito de violar derechos humanos.⁵⁷ Veamos algunas modalidades.

56 El artículo 5, fracción II de la Ley de Amparo dispone que sólo será procedente el amparo contra de particulares cuando: "...realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general."

57 Cfr. "SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, julio-diciembre de 1998, t. IV, tesis: II.3o.J/4. Cuya parte conducente dispone: "...No puede constituir expresión de agravios en la revisión, el razonamiento en el sentido de que el Juez de Distrito en su sentencia viola los preceptos constitucionales que consagran las garantías..." Esta jurisprudencia usa el término garantía como sinónimo de derecho fundamental o humano.



1. Alcances

En relación a si debe ser operada desde una visión amplia o limitada, reitero, como presupuesto, que el reconocimiento de los derechos, incluidos los implícitos y la protección a los mismos: no es monopolio de ninguna autoridad o institución del país; aceptar lo contrario implicaría sostener una visión restringida donde el reconocimiento de derechos –y su salvaguarda– únicamente compete a ciertas autoridades del Estado, dígase jueces federales o estatales,⁵⁸ ombudsman nacional o locales, entre otras procuradurías o defensorías de los derechos humanos de tipo social, familiar, ambiental, etc., lo cual deviene incompatible a nuestro concepto de Estado Constitucional Renovado.⁵⁹

A mi juicio, no existe razón insuperable para evitar que cualquier autoridad del Estado e incluidas las personas, sean a su vez quienes deban reconocer, respetar y tutelar derechos humanos en el ámbito de sus competencias y relaciones. Así lo impone una interpretación sana del artículo 1o de la Constitución Federal, el cual es jurídico y no político.⁶⁰

Si bien no todo está en nuestras manos o dentro de nuestras competencias, lo cierto es que la realización de actos u omisiones encaminados a reconocer, respetar o salvaguardar derechos humanos, insisto, no puede quedar limitada a órganos especializados o judiciales del Estado.⁶¹

Algunas universidades en el mundo han reconocido a nivel institucional que sus directivos, profesores y personal académico, deben respetar y desarrollar derechos humanos, obligación que además imponen a través de su normativa interna y de las recomendaciones que emite su respectivo Ombudsman universitario.⁶²

Debemos estar conscientes de que cualquier persona puede adoptar una postura inteligible acorde a la dignidad humana, sin que ello implique definitividad en la misma.

Tengamos presente que si antes las autoridades y los habitantes del Estado trataban de actuar conforme a una cultura de legalidad para luego pasar a una tendencia favorable al contenido de la Constitución: ahora la idea es ejercer tomando como punto de partida no sólo a la ley o a la Norma Suprema, sino también a la dignidad humana contemplada en todo el orden jurídico interno, externo vinculante o referencial, sin que esa postura sea violatoria de la soberanía interna o desprecie la integración de soluciones conforme a leyes nacionales, pues el derecho de fuente internacional, acorde al tema de soberanía

58 Cfr. López Daza, Germán, "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?", en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 169-193.

59 Por estado constitucional renovado entendemos aquel que no solamente basa su actuar en lo esencialmente dispuesto por su Constitución sino también en lo previsto por el derecho de fuente internacional y su interpretación proveniente de instancias internacionales que lo vinculen.

60 Sobre ese tema, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídica constitucional ...*cit.*

61 *Vid. supra*, apartado III.

62 Entre los ombudsman universitarios destaco a los titulares de la Defensoría de los Derechos Universitarios (DDU) de la Universidad Nacional Autónoma de México y al de la Defensoría Universitaria de la Universidad Complutense de Madrid.



externa, permite integrar en vez de excluir.

Con esa tendencia, logramos superar la duda respecto a si un trabajador social con conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y su jurisprudencia o una persona con sentido común: puede hacer un análisis para resolver a favor de su especie o medio ambiente.

Debe quedar claro que no hablo de la teoría del *Drittwirkung*, respecto a la existencia de derechos humanos con eficacia horizontal.⁶³ Si bien propongo una idea en sintonía a esa corriente, mi pretensión consiste en mostrar la necesidad de ampliar el catálogo de quienes se consideran obligados a proteger y actuar en forma armónica a la dignidad humana, su entorno y desarrollo. En México, principalmente, se otorgan esas facultades a las autoridades judiciales, haciendo especial distinción entre las estatales y las federales, pero ¿qué pasa con las personas físicas y morales?

Respecto a esta última pregunta, conviene advertir que no sólo se trata de hacer viable la impugnación de actos provenientes de particulares o de empresas que actúan con fundamento en una norma y violan derechos humanos, pues previo a esa hipótesis debe comprenderse que a ellos también les corresponde la obligación de respetar, proteger, fomentar y ¿por qué no? de reconocer y desarrollar derechos.

Ahora, podríamos brindar a la actividad protectora una cobertura limitada por temor a una desestructuración legal o constitucional del monopolio estadual de tutela a los derechos humanos, duda que ve en la apertura protectora un sinónimo de descontrol, ilegalidad, inconstitucionalidad o “inconvencionalidad”, aspecto que a su vez implica miedo a la pérdida del poder.

Desde mi perspectiva, lo único que pudiera acontecer cuando una autoridad o ciudadano reconoce, tutela o viola derechos humanos, es que su proceder sea cuestionado en forma adicional a los argumentos de invalidez que en general se elaboran en contra de sus actos o abstenciones, pero, difícilmente podrá generarse un ámbito de impunidad que no pueda reivindicarse a favor de la dignidad humana.

En principio, la función protectora de los derechos humanos está encomendada al mismo ser humano. Como dije, no comulgo con tendencias encaminadas a restringir a jueces o aparato estatal la tutela de los derechos o prerrogativas humanas; tampoco considero que ello corresponda únicamente a ciertas autoridades del Estado. Mi postura es más amplia y vincula a toda persona, sea autoridad o no, tenga facultades expresas para ello o no; insisto en distinguir entre un vínculo jurídico que obliga a reconocer y respetar derechos, frente a otro de tipo racional que conlleva a ser congruentes con nuestro ser y respetuosos de su entorno social, político, económico y ambiental.

Reitero mi inclinación a favor de una circunferencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, cuyo ejercicio no esté limitado a lo previsto en la

⁶³ Sobre esta teoría se recomienda consultar los siguientes estudios: Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio de 2010; Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo *et al.* (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. IV, pp. 547-577.



Constitución o a las autoridades que ella prevé, sino también a lo dispuesto en tratados internacionales, sus convenciones y protocolos vinculantes o referenciales, así como a usos y costumbres de la localidad o región en que se encuentra la persona afectada o surge el conflicto, sin soslayar la obligatoriedad de la jurisprudencia nacional e internacional que, contrario a lo resuelto por la Corte mexicana en el expediente Varios 912/2010,⁶⁴ sí vincula en todos los casos a México. Así lo impone la interpretación armónica de los artículos 1o y 133 constitucionales;⁶⁵ cualquier justificación en actuar o jurisprudencia nacional para hacer caso omiso a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos pone en aptitud de recibir otra condena por violación a los preceptos 1o y 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la cláusula 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁶⁶

Para recordar nuestro deber de reconocer y respetar derechos humanos no se requieren facultades expresas en la Constitución, en un tratado internacional o en la Ley. El miedo a invadir esferas competenciales o afectar el debido proceso, se desvanece cuando el motivo toral del acto u omisión es la protección a la vida, su integridad, privacidad, la libertad o el honor.

Una autoridad interna o externa jamás deberá revocar una determinación respetuosa de la dignidad humana, salvo que predomine un criterio cerrado que impida la labor estadual y ciudadana de proteger prerrogativas humanas mediante sus actos, pues una cosa es interpretar en forma armónica, congruente o conforme al sistema y algo distinto es inaplicar o declarar inconstitucional una norma. Para ese último fin sí podrían requerirse facultades expresas pero para interpretar a favor de la dignidad ¡no!

2. Referentes

Ninguna decisión nace de la nada. Se requiere un antecedente y una base a partir de la cual responder, a partir de la cual actuar. El sustento de que hablo es jurídico y se nutre de aspectos sociales o políticos externos o internos que a su vez coadyuvan a fundamentar las determinaciones de la Nación, entre ellas *a)* los tratados internacionales, *b)* la jurisprudencia interamericana, *c)* el sistema jurídico interno y su interpretación, *d)* las políticas estaduales, *e)* los usos y costumbres étnicos, sociales y gubernamentales, *f)* la doctrina, *g)* el derecho comparado y *h)* la opinión pública.

Comúnmente, todos esos elementos convergen en la integración de una solución a cada caso concreto y vale la pena resaltar que extendiendo la denominación de referentes a todo aquello que sin tener el carácter de vinculante permite normar un criterio con base en el cual resolver un problema, de ahí la importancia de la opinión pública y de las costumbres étnicas, pues ninguna jurisprudencia o política de Estado podrá irracionalmente contravenir las.

Sin embargo, la fuerza de un referente jurisprudencial, legal, convencional o protocolario, emanado de un orden jurídico externo o de una sentencia de tribunal

64 Expediente formado con motivo de la consulta realizada por la Segunda Sala de la Corte al Pleno de ese Alto Tribunal para saber cómo ejecutar la sentencia interamericana que condena a México en relación al caso Rosendo Radilla Pacheco. Consúltense García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.

65 *Ibidem.*, p. 245.

66 Sin embargo, la Corte de Justicia mexicana adujo en forma irracional que la jurisprudencia interamericana sólo obliga a México cuando el fallo de donde emana condena al País.



extranjero, etcétera, radica en la voluntad de las personas que están obligadas a cumplir o que tienen conocimiento de ello -con independencia de medidas coactivas- ya que existen casos en los que el cumplimiento es fraudulento por falta de voluntad estadual o ciudadana.

Nadie puede evitar la importancia de usar métodos eficaces para interpretar un derecho cuando de proteger a un ser humano o su medio ambiente se trata. Por eso, la función protectora de los derechos humanos amerita sensibilidad, vocación, voluntad, creatividad y atrevimiento pero también cultura. De ahí la trascendencia del bagaje educativo y del estudio del derecho comparado por parte del operador para desarrollar y analizar los diferentes medios empleados para hacer justicia o mantener los niveles de progresividad social y economía necesarios.

A propósito de los instrumentos referenciales y obligatorios, analizo el tema de las opiniones consultivas y de la jurisprudencia con el fin de identificar sus alcances en materia de derechos humanos.

A. Opiniones consultivas

Existen varias formas de orientar la actividad de los Estados Partes de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Una de las menos complejas, en razón a su carácter preventivo de conflictos y condenas internacionales, son las opiniones consultivas, las cuales pueden ser solicitadas, además de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, por cualquiera de las siguientes naciones: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.⁶⁷

El órgano facultado y especializado para emitir opiniones es, conforme al enfoque de nuestro estudio, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En efecto, dicha instancia se encuentra obligada a responder las consultas que los Estados miembros le presenten para saber qué interpretación dar a la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, esto es, opinar sobre la compatibilidad entre leyes o actos internos e instrumentos internacionales.⁶⁸

Su emisión implica cualquiera de los siguientes tipos.

a) Orientadoras

Desde una perspectiva formal, los efectos de la opinión dada al Estado solicitante son: son declarativos y, por tanto, jurídicamente no vinculan. Se trata de un instrumento de fuerza orientadora que brinda directrices a partir de las cuales interpretar las cláusulas o el alcance de un tratado internacional, incluso, determinar si una norma vigente, un proyecto de ley o cualquier otro tipo de acto estadual es o no violatorio de los compromisos internacionales previamente ratificados por un Estado.

⁶⁷ Así lo dispone el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

⁶⁸ Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



La autoridad de la opinión radica en prevenir futuras demandas sociales, pues se consulta a la Corte Interamericana cuando existe duda sobre los alcances de un derecho humano. La primer opinión consultiva fue pedida por el Gobierno del Perú para saber “¿Cómo debe ser interpretada la frase: ‘o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos’?”⁶⁹ Cuya respuesta fue en sentido incluyente de todos los compromisos signados por los Estados Partes.

Sin embargo, la opinión vertida por la Corte Interamericana sólo puede ser interrumpida, en su momento, por ella misma. Al respecto, ha sido congruente y sigue el criterio dado en su jurisprudencia y opiniones, de ahí que un Estado solicitante no deba evadir el contenido de la opinión solicitada, menos los restantes estados partes que no podrán argumentar que al no haber pedido la opinión simplemente no les vincula, ni de manera referencial.

b) Obligatorias

Si bien el contenido de una opinión consultiva no implica la obligación de acatarla por parte del Estado solicitante, lo cierto es que su texto y alcances interpretativos si pueden tener efectos vinculantes cuando el peticionario se compromete -por cualquier medio- a cumplir la interpretación dada por la Corte, en cuyo caso dejan de ser de declarativas y se convierten en obligatorias, cosa distinta ocurre con los precedentes judiciales, los cuales no requieren de una muestra de sumisión o aceptación para ser obligatorios. Veamos algunos rasgos.

3. Precedentes judiciales

Contrario a lo que acontece en México, la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana no requiere para su conformación y efectos obligatorios de la existencia de un número determinado de interpretaciones sobre un caso en particular. Las sentencias emitidas por la Corte en cita son vinculantes al tenor de lo resuelto en una sola de ellas. La idea de jurisprudencia en el caso trasnacional opera como sinónimo de simple interpretación del derecho, por lo cual no es necesario que un Estado sea condenado en el caso de donde emana la resolución para cumplirla. Analizo la postura de México.

A. Orientadores

En un principio, la Corte mexicana adujo que los precedentes interamericanos de tipo referencial son aquellos manados del contenido de actos, tratados, pactos y protocolos de los que México no es parte o de asuntos en los cuales no fue demandado. Si bien los lineamientos expuestos en este tipo de interpretación –a juicio del Alto Tribunal- no vinculaban a nuestro país porque en ellos no fue condenado, lo cierto es que marcaban la pauta que habría de seguir al momento de presentarse una hipótesis similar a la resuelta por la Corte Interamericana, la cual no era ajeno al sistema jurisprudencial mexicano, así lo ha demostrado cuando analiza una norma para el Distrito Federal que a su vez es igual o similar al contenido de un precepto vigente en alguna entidad federativa sobre el cual ya decretó su inconstitucionalidad.

Si bien no vincula al Distrito Federal el precepto analizado por la jurisprudencia, lo cierto

⁶⁹ Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982.



es que deberá tenerse en cuenta lo resuelto por el Alto Tribunal mexicano para evitar una revocación por inobservancia del criterio judicial preexistente. Las posibilidades de variar el criterio son reducidas, además, los efectos de responsabilidad y compromiso a que conlleva la adopción de un precedente por analogía, limita la adopción de una cultura de legalidad contaminante de la idea de constitucionalidad y del tema de la actividad protectora de los derechos humanos.

Por fortuna México superó su visión restrictiva consistente en no acatar la jurisprudencia interamericana emanada de casos donde no fue condenado, y en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en sesión de 3 de septiembre de 2013, dejó de considerar a los precedentes internacionales un llamado a misa en un pueblo de herejes y aceptó la vinculatoriedad de los mismos con independencia de que el país haya o no sido demandado en el asunto que las da origen.⁷⁰

Incluso, al interior de nuestro país se encuentran casos absurdos como el del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que no reconoce la jurisprudencia federal a menos que provenga de un caso que lo condene.⁷¹ Dicha institución considera que el precedente no le es vinculante en razón a que la Ley de Amparo no lo contempla como sujeto obligado a respetarla. Argumento falto de la voluntad necesaria para mantener su función acorde al sistema imperante en pro de una simple actividad protectora de los derechos humanos, donde los referentes son totalmente vinculantes cuando en el fondo rechazan una conducta o actividad que violenta la dignidad humana.⁷²

Excusas falaces que dentro del Estado pueden funcionar pero ¡no! ante instancias internacionales. De nada servirá aducir que la jurisprudencia nacional o internacional no vincula a México o a una institución por el sólo hecho de no ser parte en el asunto o no estar reconocido en la ley como sujeto obligado, si con sólo llevar la omisión o rebeldía a la Comisión Interamericana y, en su caso, a la Corte Interamericana: sabremos que la afirmación nacional es equivocada.

El colmo sería aceptar tendencias que afirmen: el consejo de no aventarse de un avión en vuelo sin paracaídas no me vincula ya que nunca he subido a una aeronave y dicho razonamiento no está previsto en la Constitución o en el orden jurídico vinculante de mi país. Un día de estos me aviento...

B. Obligatorios

La vinculatoriedad de un tratado internacional y, desde luego, de su interpretación judicial interna o externa, principalmente proviene de la voluntad de los Estados Partes o interesados en respetar el contenido de sus compromisos internacionales al tenor del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esto es así dado que los tratados en materia de derechos humanos configuran un mínimo cuya violación

⁷⁰ Versión estenográfica de la sesión plenaria de 3 de septiembre de 2013, *Cfr.*, página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁷¹ "JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, mayo de 2002, t. XV, tesis: 2a/J.38/2002, p. 175.

⁷² "INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA...", *cit.*



resulta susceptible de ser reclamada ante autoridades nacionales o ante la Comisión y la Corte Interamericanas, ya sea por un Estado Parte o individuo que se sienta afectado con el actuar u omisión del ente vinculado a su observancia y, como señalé en el punto anterior, las autoridades no están exentas de observar o conocer convenios o sentencias internacionales que no les vinculan, sobre todo cuando al interior del país se asumen posturas similares a las que motivaron una condena previa.

En efecto, debemos privilegiar la aplicación del derecho que mayor beneficio otorgue al ser humano, en cuyo caso, las autoridades deberán integrar soluciones asequibles al ámbito de protección inherente al derecho internacional o de fuente internacional.

De ahí lo infundado de la entonces determinación de la Corte mexicana en cuanto a que no eran vinculantes las sentencias que no condenan a México. Interpretación que pudo haber conducido a la responsabilidad internacional por desconocimiento de la jurisprudencia interamericana vigente, salvo que su inaplicación se deba a la pertinencia de un criterio más protector que el interamericano. Por eso no se explica, racionalmente hablando, el entonces desacato interpretativo del Máximo Tribunal mexicano en el expediente Varios 912/2010.⁷³

En ese rubro no resta más que afirmar lo evidente en México, es jurisprudencia obligatoria la emanada de una sentencia que lo condena, por ejemplo, las dictadas en los casos de *Castañeda Gutman*; *Rosendo Radilla Pacheco*; *Rosendo Cantú*; *Cabrera García y Montiel Flores*; *Fernández Ortega y otros*; y, *González y otras*,⁷⁴ pero también las sentencias o jurisprudencias cuyo efecto vinculante no provengan del hecho causal existente entre las partes, sino del derecho, su interpretación o la presunta infracción o violación atribuida al Estado en su ámbito interno, en cuyo caso tendrá que aplicarse la jurisprudencia que al parecer no vincula pero que deberá observar en su defensa o para resarcir el acto por el que se le demanda y evitar su condena a nivel internacional.

Fácil de entender el punto. A México no le vincula la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *La última tentación de Cristo*, salvo que intente censurar la libertad de expresión en forma arbitraria.

Estimar lo contrario, conduce a un sistema jurisprudencial interno incongruente al interamericano de protección a los derechos humanos, el cual requiere que los Estados parte acepten como vinculantes a las jurisprudencias proveniente de casos análogos, con independencia de que su origen se base en actos, abstenciones o un precepto o varios que no formaron parte de la litis que ahora propicia su aplicación.

VIII. PROCEDENCIA EX OFFICIO DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Considero que el reconocimiento de derechos y su tutela no dependen de la excelencia argumentativa de quien lo demanda, sino de la experiencia del procurador o impartidor de justicia. Mi tesis es contraria a la idea del estricto derecho, postulado que impide

⁷³ Sobre el expediente en cita, consúltese García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*

⁷⁴ Sobre estos casos, se recomienda consultar a García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, pp. 247-253; y Carmona, Jorge, "El caso Jorge Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2009, vol. IX.



suplir los reclamos en favor de quien sufre un perjuicio.⁷⁵

El principio *iura novit curia* impone la obligación correspondiente a cada parte. Al accionante, dar los hechos y al juez, reconocer, proteger y aplicar el derecho.⁷⁶ En México, las violaciones a ese postulado son abundantes y en parte se debe a la jurisprudencia de la Corte de Justicia que avala la inoperancia de los argumentos que no son redactados de manera brillante. Así, los jueces federales y los que siguen esa tendencia trasladan un sentimiento de culpa al litigante y lo acusan de no plantear sus motivos de inconformidad en forma excelsa: lo ridiculizan.⁷⁷

El motivo principal de declarar “inoperantes”, “ineficaces”, “inatendibles” o “insuficientes” los argumentos de impugnación,⁷⁸ consiste en resolver de manera más sencilla los procesos constitucionales. El Presidente de la Corte de Justicia, en su informe de labores 2010-2011, refiere que del 100% de los amparos que se promueven ante el Poder Judicial Federal, el 47.44% de los presentados ante Tribunales Colegiados, se niega; el 31.12% de los presentados ante Tribunales Unitarios, también se niega; y el 12.51% de los que se interponen ante Jueces de Distrito, para no perder costumbre: de igual forma se niega.⁷⁹

75 “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2007, t. XXV, tesis: 1a. XVII/2007, p. 486.

76 Sentís M., Santiago, *El Juez y el Derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pp. 9-40.

77 “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 3770/76, p. 42; y “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 82/80, p. 100.

78 Véase Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico de justicia... cit.*, p. 32.

79 TRIBUNALES COLEGIADOS: Amparo directo. El movimiento de los juicios de amparo directo en el año fue de una existencia inicial de 41,346 asuntos; durante el periodo ingresaron 165,895 asuntos durante el mismo, reportando una existencia final de 46,272, al egresar 161,268 asuntos. La distribución por materias de los ingresos de los amparos directos es de 20,273 en materia penal (12.22%), 37,215 en administrativa (22.43%), 46,474 en civil (28.01%) y 61,933 en trabajo (37.33%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos directos promovidos en los Tribunales Colegiados fueron 54,326 ampara (33.68%), 76,521 no ampara (47.44%), 8,755 sobresee (5.42%), 7,695 desechados o no interpuestos (4.77%) y 13,971 incompetencias e impedimentos (8.66%). TRIBUNALES UNITARIOS: Amparo Indirecto. Al inicio del año estadístico se reportaron 609 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 4,142, de los cuales se resolvieron 4,090, quedando al final 661 amparos indirectos. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Tribunales Unitarios se distribuyó en 3,407 en materia penal (82.25%), 36 en materia administrativa (0.9%) y 699 en materia civil (16.88%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Tribunales Unitarios fueron 1,357 ampara (33.17%), 1,273 no ampara (31.12%), 864 sobresee (21.12%), 262 desechadas (6.4%), 28 no interpuestas (0.68%), 179 incompetencias (4.37%) y 127 con otros sentidos (3.10%). JUZGADO DE DISTRITO: Amparo Indirecto. Al inicio del año había 62,218 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 401,436, de los cuales se resolvieron 407,719 quedando 55,048 amparos indirectos al final del año estadístico dos mil diez. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Juzgados de Distrito se distribuyeron en 144,718 en materia penal (36.05%), 115,783 en materia administrativa (28.84%), 72,084 en materia civil (17.95%) y 68,851 en materia de trabajo (17.15%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Juzgados de Distrito fueron 89,529 ampara (21.95%), 51,012 no ampara (12.51%), 171,100 sobresee (41.96%), 42,804 desechados (10.49%),



Ahora, esos porcentajes no especifican el número de asuntos cuya negativa se basa en la existencia de argumentos “inoperantes”, esto es, casos en que los promoventes no se expresaron en la forma que los tribunales de la federación requieren para poder atender un reclamo,⁸⁰ sin embargo, la figura del estricto derecho, salvo contadas excepciones, es comúnmente utilizada en México.

En la jurisprudencia nacional sólo es pertinente que las autoridades actúen de manera oficiosa cuando se trata de personas o sectores vulnerables, por ejemplo, materia agraria, familiar, laboral a favor del trabajador o penal en beneficio del reo, la víctima o personas en pobreza extrema.⁸¹

Al respecto, se han ideado una serie de razonamientos que a nada práctico conducen cuando se trata de reconocer y proteger derechos humanos, muestra de ello son las distinciones entre “corregir” y “suplir lo deficiente de la queja”. La Suprema Corte avala posturas que entienden por lo primero la enmienda de lo errado, es decir, la rectificación oficiosa del error en que haya incurrido alguna de las partes con motivo de la cita de un precepto legal o constitucional; y por “suplir lo deficiente de la queja” la obligación de analizar en su conjunto los conceptos de invalidez o razonamientos esgrimidos por el accionante para efectos de transformar las deficiencias en argumentos eficientes.⁸²

Opino que no hay razón suficiente para discriminar a quienes no forman parte de un sector vulnerable, pues en ambos casos se padece de lo mismo: una violación a la Constitución o a los derechos de fuente internacional vinculantes o tratados referenciales y, por ello, urge superar la postura del estricto derecho al ser contraria a los principios de informalidad y buena fe que deben regir la prosecución de cualquier instrumento de defensa constitucional, de reconocimiento de derechos o salvaguarda de los mismos.

Hay que tener presente que cuando las violaciones se reparan: la sociedad gana, pues la Constitución se respeta y los derechos humanos prevalecen, pero cuando su reconocimiento y protección depende de la calidad de los argumentos expuestos en la demanda, los jueces mexicanos a) aligeran su carga laboral, b) traicionan su encomienda principal de impartir justicia, y c) dan la espalda a la actividad protectora de los derechos

25,806 no interpuestos (6.32%), 17,810 incompetencias (4.36%) y 9,658 otro sentido (2.36%), *cfr.* “Informe anual de labores 2010”, Anexo documental, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

80 *Vid. supra*, “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, ...*cit.*

81 “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpADO CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, noviembre de 2009, t. XXX, tesis: 1a. CXCIX/2009, p. 415; “AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 5725/86, p. 48; “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, octubre de 2008, t. XXVIII, tesis: P./J. 105/2008, p. 63; y Tesis: “SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo en revisión 2959/87, p. 322.

82 *Cfr.* Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional...*, *cit.* pp. 118-120.



humanos en detrimento del principio de acceso a una justicia pronta y eficaz.

Será un trabajo complejo el cambiar la visión limitada en materia de procuración e impartición de justicia. Se trata de romper o superar paradigmas demasiado arraigados en México, y si a eso sumamos la idea de restringir la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos a petición de parte afectada, estaríamos desconociendo la jurisprudencia interamericana que reconoce la oficiosidad de dicho control,⁸³ pero sin razones suficientes para afirmar que en el ámbito interno el control constitucional o la actividad protectora de los derechos humanos debe proceder a partir de reclamos excelsos. Algunos ministros de la Corte de Justicia en México han tratado de evitar esa tendencia, sin embargo, aún no logran mayoría.

Mi tesis tiene como base la previa instauración de un proceso o procedimiento que permita un control constitucional judicial, legislativo, administrativo o actividad protectora de los derechos humanos, sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite, bastará que la autoridad o entidad que conozca del asunto advierta un posible conflicto para actuar en favor de alguna de las partes.

En la actualidad, como dije, es difícil observar que una autoridad avale o permita la existencia de un acto, norma u omisión contrario a la dignidad humana. La realidad, en algunos asuntos, deja ver un ánimo que revierte ese tipo de atentados. Tal es el caso de los jueces de Chihuahua y el magistrado de Monterrey, entre otros, que se van sumando para armonizar el derecho y desaplicar los ataques legislativos a la presunción de inocencia y el debido proceso.⁸⁴

No obstante, a los jueces federales les está costando un poco más de tiempo y trabajo, pues, por una parte, complican la admisión de asuntos trascendentales en el plano de la protección judicial de los derechos humanos y, por otra, aún aplican las jurisprudencias que postulan la inoperancia de los conceptos de violación.⁸⁵

Inclusive han configurado a nivel jurisprudencia que si al prejuzgar sobre los efectos concesión del amparo éste beneficia a muchos (efectos generales), entonces deberá sobreseerse el proceso.

En efecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia autoriza un vistazo previo a los argumentos de inconstitucionalidad de una ley, acto u omisión, para avalar la idea del sobreseimiento si es que la concesión “viola” el principio de relatividad mejor conocido como fórmula Otero.⁸⁶ Interpretación errónea que pasa por alto la armonización de ese postulado con el de acceso a la justicia, el de adecuación normativa y el que impone la obligación de prever un medio ágil y eficaz para reclamar cualquier acto, principios básicos vulnerados cuando el órgano judicial se percata de que asiste

83 Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, número 154. Véase García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vol. IV, pp. 619-655.

84 *Vid. supra*, apartado II, número 4.

85 “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, ...*cit.*

86 “IMPROCEDENCIA. SE ACTUALIZA EN EL JUICIO DE AMPARO SI EL JUZGADOR ADVIERTE QUE LOS EFECTOS DE UNA EVENTUAL SENTENCIA PROTECTORA PROVOCARÍAN TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2da. Sala-SCJN, Abril de 2012, I. VII, t. 2, p. 1060



la razón al quejoso pero la determinación puede tener efectos generales, en cuyo caso, sobreeserá en vez de instaurar un procedimiento acorde a la idea de preservar derechos y libertades humanas.

El artículo 14 constitucional dispone que ninguna autoridad deberá abstenerse de dictar sentencia ante la carencia normativa o interpretación para resolver el caso sometido a su potestad, siendo inaceptable no entrar al estudio de fondo -sobreeser- para evadir la responsabilidad protectora de los derechos humanos por el hecho de beneficiar a muchos, una interpretación armonizante o proactiva del sistema sería suficiente para superar ese bandazo judicial.

IX. CONCLUSIONES

Existe un avance en el ánimo integrador de soluciones. Por un lado, el control constitucional interno o externo, ya no es el único método para resolver un conflicto. El control convencional y la actividad protectora de los derechos humanos, hace que la metodología empleada para reconocer y proteger derechos humanos obedezca a otro tipo de circunstancia y referentes: más complejos, pero susceptibles de ser atendidos y resueltos por métodos ágiles y sencillos, lo cual resulta una obligación internacional al tenor del artículo 8o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en relación con la cláusula XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los preceptos 8o y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, entre otras cosas, la condena a México por parte de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*, hizo superar el criterio judicial que por mucho tiempo impidió la procedencia del control constitucional difuso. A partir de esa sentencia, la función judicial a nivel local recobró formalmente su importancia en aras de preservar el pacto federal y los derechos humanos de fuente internacional,⁸⁷ precedente que coincide con mi tesis sobre la interpretación progresiva de los derechos humanos, misma que no es competencia exclusiva de jueces, magistrados o ministros federales, sino obligación común de toda autoridad del Estado, incluidas las personas⁸⁸ que de manera individual o a través de la prensa y la academia pueden ofrecer diversas interpretaciones en favor de la dignidad humana.⁸⁹ Así, la desempolvada función de control constitucional difuso requiere echar mano de conocimientos constitucionales y de derechos humanos... Reitero, detrás de todo civilista, penalista o administrativista, debe existir un constitucionalista, y no precisamente diferente al abogado especializado en esas materias, sino uno mismo pero consciente de que es partir del conocimiento del derecho constitucional -aplicado a diversas ramas- con que puede lograr avances positivos en la materia de su especialidad.

Bajo ese tenor, los asuntos de Chihuahua y Nuevo León, fueron sumamente delicados y reveladores, pues en ambos casos se trató de personas vinculadas con la comisión de

87 Actualmente, ya no sólo es aplicable lo que desde un momento sabíamos que debimos aplicar, esto es, el control difuso, sino también un control de constitucionalidad o actividad protectora de los derechos humanos consciente de los derechos de fuente internacional.

88 La tendencia en materia de amparo será hacia su pertinencia contra actos u omisiones de particulares que violen derechos humanos. Esta idea se encuentra desde la década de los 50s en el amparo argentino.

89 Un ejemplo de esta tendencia fue la apertura que tuvo la Corte de Justicia para escuchar los diferentes pareceres de la sociedad en cuanto al análisis de constitucionalidad de un precepto que despenaliza el aborto hasta antes de las doce semanas de gestación.



un delito, no obstante, sirven para recordar que hasta en materia penal los derechos humanos de fuente nacional o internacional: prevalecen.⁹⁰ De ahí que los considere un ejemplo temprano de control constitucional difuso o de simple actividad protectora de los derechos humanos, lo cual destaco en razón a que actuaron en forma previa a la opinión dada por el Pleno de la Corte de Justicia en relación con la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*.⁹¹

Por ello, la obligación judicial estatal o federal de aplicar preferentemente a la Constitución frente a leyes que contravengan su sentido y comprensión, sea un primer paso en el análisis de la norma enjuiciada, pues el segundo será estudiar si el acto, la ley o la omisión cuestionada, vulnera o no una cláusula internacional o jurisprudencia vinculante o referencial ¡la necesidad sale sobrando!

La tendencia por preservar el contenido de la Norma Suprema y de los derechos provenientes de tratados internacionales, conduce a un sistema donde las autoridades se convierten en espectadoras de la caída del monopolio estadual en materia de reconocimiento y protección de los de derechos humanos. Insisto, la reforma constitucional de junio de 2011, implica la emisión de resoluciones, actos u omisiones acordes a la dignidad humana. El juez local -y en general las autoridades del Estado- tiene la obligación de dictar sentencias o actuar con apego al contenido de la Carta Magna y de los convenios internacionales en materia de derechos humano, sin descartar lineamientos internos o externos de interpretación.⁹² A los particulares también corresponde actuar en favor de la dignidad humana.

La evolución de Estado Legal a Constitucional de Derecho, así como nuestra visión sobre temas que permiten su renovación y compatibilidad con el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, hace factible la idea de preservar a la dignidad humana sin considerarla competencia exclusiva de la autoridad, sino obligación común de todas las personas: esa es la línea en el Estado Constitucional de Derecho actualizado y congruente a su fin para *a)* proteger los derechos y su ejercicio a partir de una soberanía limitada, *b)* reconocer la existencia de una supremacía constitucional relativa, *c)* otorgar jerarquía constitucional a tratados internacionales, *d)* reconocer la existencia de derechos humanos absolutos cuyo ejercicio es limitado *e)* tutelar derechos humanos con independencia de las autoridades o personas que ejerzan esa actividad y los instrumentos de que parten, *f)* tener un control judicial preventivo en materia de reformas constitucionales y de tratados internacionales; *g)* interpretar progresivamente los derechos humanos, y *h)* aceptar la existencia del control constitucional interno o externo.

Por eso es indispensable ver en la actividad protectora de los derechos humanos una variante positiva para la adecuada solución de conflictos o aparentes conflictos, sin necesidad de un “control convencional interno” pues cuando el derecho de naturaleza

90 Los derechos humanos de fuente nacional están previstos en el orden jurídico interno y los derechos humanos de fuente internacional provienen de lo dispuesto en tratados internacionales vinculantes. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Protección jurídico constitucional ...cit., pp. 1727 y ss.

91 Cfr. Expediente Varios 912/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”..., cit, pp. 123-159.

92 Evidentemente la obligación de preservar el contenido de la Norma Suprema y de los derechos provenientes de tratados internacionales, conlleva a un sistema donde las autoridades del Estado observan el desvanecimiento de competencias exclusivas en materia de protección a los derechos humanos. Citar mi libro respecto a la interpretación externa.



externa es ratificado por el Senado pasa a ser parte del orden jurídico nacional y, por tanto, no hay razón para hablar de “control convencional interno”, menos de “control convencional difuso”, sino de control constitucional -interno o externo- tratándose de autoridades facultadas para ello o de simple actividad protectora de los derechos humanos cuando no sean autoridades jurisdiccionales o se trate de personas que coadyuven en la preservación de la dignidad humana.

En efecto, cuando el Máximo Tribunal afirmó en el expediente Varios 912/2010,⁹³ que el control de constitucionalidad de tipo difuso quedaba en manos de los jueces estatales mientras que el control de convencionalidad, atribución adicional, constituye una facultad restringida a juzgadores: excluyó a particulares y a las restantes autoridades del Estado de usar un método propio para realizar un análisis en beneficio del ser humano, pues deja abierta la posibilidad de interpretar a favor del ser humano pero asume la exclusividad de una metodología que no admite monopolios.

Por esa razón, la Corte de Justicia debió plantear una simple actividad protectora de los derechos humanos, susceptible de ser realizada inclusive por ciudadanos para apoyar de mejor forma al sistema de protección de los derechos y libertades humanos, el cual además de ser subsidiario se encuentra limitado a casos urgentes o trascendentes. Recordemos que fue inevitable aceptar el control constitucional difuso y no perdamos de vista a la simple actividad protectora de los derechos humanos que puede realizar cualquier autoridad o persona en el Estado.

En relación al sistema interamericano, considero que aún no consolida su carácter subsidiario en el interior de los Estados Partes, por ello resulta necesaria la implementación de medidas -incluso económicas- que permitan a la justicia trasnacional sesionar en forma permanente para conocer de más asuntos y continuar regulando la conducta de Estados que violan derechos humanos bajo el supuesto de que la Comisión y la Corte interamericanas: no están interesadas en conocer de todas las violaciones a derechos, sino sólo de aquellas que puedan brindarle importancia y difusión a sus determinaciones y votos. No estoy diciendo que se preparen para atender más de mil asuntos a la semana pero sí advertir la posibilidad de que haya más violaciones en virtud de que es muy remoto que sean denunciadas o sancionadas ante la Comisión o por la Corte interamericana.

Afirmación lógica si tenemos en consideración que los tratados internacionales no se celebran para tenerlos de adorno o para que los Estados Partes -y sus habitantes- sientan solidaridad en materia de protección a la dignidad humana, por el contrario, los convenios internacionales se suscriben con el fin de ser cumplidos mediante normas o políticas estatales que no los obstaculicen o violen; por ende, la demanda ante el sistema interamericano procede cuando las autoridades estatales han fracasado en la tutela, infringido el contenido de un tratado, no corrigen la violación por acción u omisión, tergiversan el derecho de fuente nacional o internacional o no prevén medios idóneos para resarcir la violación, indemnizar o simplemente acceder a la justicia.

Si bien a partir de la sentencia dictada en el caso *Radilla Pacheco* avanzamos en reconocer a los jueces locales facultades para inaplicar normas que atenten contra el texto constitucional (control difuso), lo cierto es que ahora debemos hacer hincapié en un sistema basado en la apertura de protección armónica de los derechos de fuente

⁹³ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*



internacional y la jurisprudencia nacional o externa que los desarrolla.⁹⁴

Ya no hay pretextos para afianzar lo que de antemano sabemos que corresponde ejercer: la actividad protectora de los derechos humanos. El método de control no debe considerarse un límite para la defensa a la dignidad humana y su entorno, cuya exclusividad, insisto, dejó de ser competencia de algunas autoridades del Estado, porque la protección de los derechos humanos es facultad genérica del gobierno y obligación común de las personas.

Como he dejado entre ver, mi propuesta consiste en adoptar una visión amplia para la tutela de prerrogativas humanas: no limitada a jueces o autoridades del Estado sino también susceptible de ser operada por cualquier persona.

Con esa tesis se logra comprender que la tendencia tutelar actual absorbe al control constitucional difuso o concentrado y, por tanto, no resulta del todo pertinente hacer separaciones limitativas de su alcance protector. Empero, estoy consciente de que mi propuesta requiere preparación constante en materia de derechos humanos, cultura general, pero también el deber y compromiso de evitar actividades estatales o ciudadanas que lejos de proteger a la dignidad humana, propician un arbitrio arbitrario y legitimador de los intereses más oscuros del poder y de la ambición humana. Sobre ese tema reitero mi postura consistente en evitar interpretaciones fraudulentas o desbocadas de los derechos humanos.⁹⁵

Recordemos que si queremos una cultura eficiente de fomento, preservación y garantía de los derechos humanos, entonces debemos simplificar el camino hacia ello ¿cómo? evitando clasificaciones técnicas que a nada práctico conduzcan. Algunas opciones están en nuestras propuestas de actividad protectora de la dignidad humana, de control constitucional interno o externo y de control convencional interno cuando una autoridad aplica un tratado no vinculante al Estado Parte y desde ese momento el derecho internacional lo obliga a acatarlo, pues ante todo tenemos el compromiso y deber de privilegiar el sentido común de solidaridad y preservación de la humanidad a partir de nuevas o renovadas ideas.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio de 2010.
- Arenas Bátiz, Carlos Emilio, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2001*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2013
- Baker, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Dinámica Actual*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Perú, 2005.
- Carmona, Jorge, "El caso Jorge Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos ente la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2009, vol. IX.
- Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los*

94 Así lo demuestran los casos de Chihuahua y Monterrey. *Vid. supra* apartado II, número 4, letra A. y B.

95 Sobre los límites al intérprete de los derechos humanos *Cfr.* Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 133-142.



- derechos, México, Porrúa, 2011.
- _____, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, México Porrúa, 2012.
- _____, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011.
- Carpizo, Jorge, "Los Derechos humanos: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011.
- Craig, P. P., "The Common Law, reasons and administrative justice", *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, Inglaterra, vol. 53, parte 21, julio de 1994.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en Pérez Royo, Javier *et al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, t. I, 2006.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, 4a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006.
- García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vol. IV.
- _____, (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vol. II.
- _____, "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.
- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.
- Highton, Elena I., "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, 2011.
- López Daza, Germán, "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?", en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011.
- Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- Mijangos y González, Javier, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo *et al.* (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IV, 2008.
- Noguira, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006.
- _____, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur*, Lima, Palestra, 2006.
- Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudema y Universidad Complutense, 1991.
- Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- Sentís M., Santiago, *El Juez y el Derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México: 1808-2005*, 4a. ed., México, Porrúa, 2005.



JURISPRUDENCIA

"AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 5725/86, p. 48.

"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 3770/76, p. 42.

"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 82/80, p. 100.

"CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN", *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 1999, t. X, tesis: P./J.73/99.

"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 1999, t. X, tesis P./J. 74/99, p. 5.

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, diciembre de 2011, libro III, tesis P.LXVII/2011 (9a.), p. 535.

"INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, marzo de 2006, t. XXIII, tesis: 2a./J.32/2006, p. 252.

"JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, mayo de 2002, t. XV, tesis: 2a./J.38/2002, p. 175.

"SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, julio-diciembre de 1998, t. IV, tesis: II.3o./J/4.

"SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, octubre de 2008, t. XXVIII, tesis: P./J. 105/2008, p. 63.

"SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INCUPLADO CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, noviembre de 2009, t. XXX, tesis: 1a. CXCIX/2009, p. 415.

"SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2007, t. XXV, tesis: 1a. XVII/2007, p. 486.

"SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo en revisión 2959/87, p. 322.

"TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, ENERO DE 2012, t. XXXI, tesis: P./J. 23/2002, p. 22.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Almonacid Arrellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26



de septiembre de 2006, serie C, núm. 154.

Boyce y otros vs. Barbado. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169.

Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215.

Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219.

Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186.

Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1º de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217.

La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162.

Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213;

Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101 y *Tibi vs Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114.

Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216.

Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218.

NORMAS JURÍDICAS

Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, 1787.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Ley de Amparo, 2013.

Opinión consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982.

Protocolo de Buenos Aires, 1967.

SITOS WEB

<http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/>

ANDRÉS CONTRERAS FONSECA
MANUELA MEDINA GÓMEZ

MEMORIA, ACTIVISMO Y VIOLENCIA DE GÉNERO:
CASO DE INÉS FERNÁNDEZ Y VALENTINA ROSENDO
CANTÚ



Ficha del autor



Mtro. Andrés Contreras Fonseca

Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario, Colombia. Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes, Colombia. Abogado y Profesor de Teoría del Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.



Manuela Medina Gómez

Estudiante de Ciencia Política de la Universidad de los Andes, Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de octubre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó las sentencias en los casos de Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú contra el Estado Mexicano. Los dos casos abarcan hechos similares, durante el año 2002 efectivos del ejército mexicano violaron a las señoras Fernández y Rosendo en el Estado de Guerrero, México. Las dos víctimas pertenecen a grupos indígenas que habitan en dicho Estado. El presente escrito está enfocado a realizar un análisis de los casos de Inés y Valentina desde la teoría de la violencia de género y la memoria histórica.

En este sentido, el texto abordará los testimonios y las actuaciones de Valentina e Inés posteriores a los actos de violencia en su contra desde tres perspectivas. En primer lugar, se analizará el acto de violación sexual como un acto de violencia de género en contra de la mujer, esto haciendo especial énfasis en el “triángulo de vulnerabilidad” que encierra a las víctimas por su triple condición de mujeres, indígenas y su condición de pobreza. En segundo lugar, el texto se centrará en un análisis del trauma que genera el acto de violencia sobre la mujer y las dificultades de lectura y expresión que el lenguaje contiene para expresar y narrar la historia. Finalmente, nos centraremos en el proceso de “estructuración de trauma” que a nuestro juicio sufrieron Valentina e Inés, que con el apoyo de redes nacionales y transnacionales de defensa de la mujer y de los derechos humanos, estas mujeres se han convertido en verdaderas emprendedoras de la memoria y activistas que se han sumado a la causa de la defensa de los derechos de las mujeres en su país, rol en el que la decisión de la Corte Interamericana ha tenido gran relevancia.

II. TESTIMONIOS DE INÉS Y VALENTINA

Valentina e Inés son dos mujeres indígenas del Estado de Guerrero, México. El Estado de Guerrero se ha visto afectado por la política de militarización de la seguridad pública



promovida por el gobierno de Vicente Fox en México, esta política está enfocada a que los miembros de la Fuerza Aérea, la Armada y el Ejército mexicano ejerzan funciones de seguridad pública, la participación de estas fuerzas en las funciones policiales ha acarreado denuncias sobre torturas, desapariciones forzadas, detenciones ilegales y ejecuciones extrajudiciales (OACNUDH-MX, Diagnóstico sobre la Situación de Derechos Humanos en México: 2003, p. 44).

Los hechos de violencia sexual sufridos por Valentina e Inés se enmarcan en un contexto estructural de discriminación y violencia contra los pueblos indígenas y las mujeres en el sur de México (OACNUDH-MX: 2008, 100-104). Los aspectos generales de los dos casos son bastante similares, efectivos del ejército mexicano, que patrullaban las zonas donde habitaban las víctimas, encuentran a las víctimas, las hostigan, las torturan y finalmente abusan sexualmente de ellas. Para ilustrar correctamente los hechos de cada caso transcribiremos los resúmenes de los testimonios rendidos por Inés y Valentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El testimonio rendido por Inés establece:

El día veintidós de marzo del año dos mil dos como a las tres de la tarde, estaba adentro de mi casa con mis hijos [...] en la cocina [...]. En eso por el camino llegaron como once militares, con sus uniformes y sus armas [;] tres [...] se metieron sin mi permiso hasta dentro de mi casa y me dijeron donde fue a robar carne tu marido, vas a hablar donde fue o no vas a hablar. Como no se hablar bien el español y estaba muy asustada no les pude decir nada, por lo que los tres me apuntaron con su rifle y uno de ellos me volvió a gritar que si iba a hablar en donde mi marido había robado la carne. En ese momento uno de los guachos [...] me agarró de las manos y me dijo que me tirara al suelo y me apuntó con el arma y debido [a] que estaba apuntándome, me dio miedo y me acosté en el suelo, cerquita de la puerta, y entonces el otro guacho [...] con su mano derecha me agarró las manos y con la mano izquierda la metió por debajo de mi falda y me la alzó y me agarró la pantaleta del lado derecho y me la bajó y me la quitó y en ese momento se bajó el pantalón hasta las rodillas y se acostó encima de mí y abusó de mí contra mi voluntad. (CorteIDH, Caso Fernández Ortega y otros: 2010, párr. 101)“

Por su parte el testimonio rendido por Valentina establece:

El día 16 de febrero de 2002 en un arroyo ubicado como a cinco minutos caminando de mi casa[...] estaba [...] lavando, ya casi acababa [...] cuando de pronto escuché un ruido de paso, me volteé a ver, salieron ocho militares y uno de ellos [...] enojado me preguntó que donde estaban los encapuchados y yo contesté con miedo que no sé, que no conocía a nadie. [...] Dos militares se acercaron a mí y los seis militares [restantes] me rodearon y me quedé en medio con los dos militares. Uno de [ellos] me apuntó con su arma en el pecho, me amenazó con disparar si no le decía nada, uno de los militares sacó una fotografía de una persona, [...] me preguntó nuevamente que si no [...] conocía [a] la persona de la foto y contesté que no, ese mismo militar sacó una lista de nombres de once personas y me dijo si conocía éstos nombres y contesté no, [...] me dijo cómo que no sabes, qué no eres de Barranca Bejuco, contesté que no, que era de Caxitepec, que apenas me había casado con un hombre de Barranca Bejuco y ese mismo militar que me estaba apuntando me golpeó en el estómago con su arma, caí en la piedra donde yo estaba lavando, me desmayé y cuando [...] recobré el conocimiento me senté [...] y otro militar que me estaba enseñando la lista de las personas, me [tomó del] cabello [...] enojado, cómo que no eres de Barranca, [...] contesté que no [...], si no vas a decir nada vamos a ir a matar todos de Barranca Bejuco, y [...] yo



no quise decir nada pues tenía [...] mucho miedo de que me matara y ese militar me agarró con fuerza, me rasguñó la cara, me exigía que yo dijera dónde estaban los encapuchados y ahí [es] donde uno de los militares me abusó, me encimó [...] en contra de mi voluntad [...] abusó de mí y los seis militares que estaban ahí se burlaban y riéndose de mí como me hacían sus compañeros, y ahí donde abusaron los dos militares en contra de mi voluntad no podía escapar [...] pues estaban rodeándome los seis militares, [...] yo [...] pedía auxilio, como pues nadie me va a escuchar porque es un lugar donde no hay gente, [...] muy solitario y cuando terminaron los militares de abusar de mí como [...] pude escapé casi desnuda, llegué a mi casa, conté a mi cuñada [...] lo que [...] me pasó y estaba llorando, golpeada de mi estómago y sangrado de la cara del rasguño que me dieron [...] y llegó mi esposo, [quien] en ese mismo tiempo estaba trabajando [...] y yo le conté que fui abusada sexualmente [por] los militares". (CortelDH, Caso Rosendo Cantú y otra: 2010, párr. 101).

Según algunos de los testimonios posteriores de Valentina e Inés,¹ a raíz de las denuncias que presentaron ante las autoridades de defensa de derechos humanos y penales en México, las víctimas, sus familiares y sus comunidades recibieron hostigamientos militares y amenazas. Esto generó que dentro de la comunidad, las mujeres víctimas de abuso fueron renuentes a denunciar los abusos de los militares, y además de esto que Valentina e Inés fueran aisladas y marcadas dentro de la comunidad. A pesar de esto, y gracias al apoyo de diferentes organizaciones de derechos humanos, estas mujeres pudieron continuar con su lucha.

III. VIOLACIÓN SEXUAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO

El concepto de violencia de género no es nuevo en el escenario internacional, desde su consagración como una grave vulneración de derechos humanos en los años 90, este tipo de violencia se ha centrado como el objeto del activismo legal y extralegal de los grupos interesados especialmente en temas relacionados con los derechos de las mujeres y las minorías sexuales. La violencia de género puede entenderse como aquella que tiene como base las identidades de género de las partes que involucra, el término se usa como un concepto "sombriilla", que puede incluir actos que van desde la violación sexual en el marco de un conflicto armado, hasta la violencia verbal en contra de la mujer en el ámbito familiar. De acuerdo con Merry, para entender la violencia de género en un plano general, es necesario entender los conceptos de violencia y de género como constructos culturales que no pueden ser definidos como términos inmutables, por el contrario, estos son conceptos dinámicos cuyo significado depende del contexto en el que se entiendan. Así, se puede afirmar que la violencia como un acto dañino no puede ser entendida fuera de los sistemas sociales y culturales que le dan significado. Por otro lado, en lo que respecta al género, no puede ser entendido como una simple distinción biológica entre hombres y mujeres, el concepto está mucho más ligado a los aspectos sociales de cómo se espera que un hombre y una mujer actúen en el marco de una sociedad. Así, el género no es un concepto estático, sino que se refiere a comportamientos sociales definidos y esperados por sistemas fuertemente atados a la sociedad donde se desarrollan. De este modo, la violencia de género está relacionada con grandes patrones de inequidad social, como la clase social, la discriminación racial, colonialismo e inequidad étnica. (Merry: 2009, pp. 1-22)

El caso que examinamos denota una realidad posterior, el cuerpo de la mujer se ha

1 [En línea] Amnistía Internacional. *Inés y Valentina*. <http://www.youtube.com/watch?v=PaMa6o-iNH7Q> Alertnet. *I can't be silent*. <http://www.youtube.com/watch?v=n4MIR0AIIp0>



convertido a lo largo del tiempo en la manifestación física de la violencia dentro de un contexto profundamente marcado por la concepción de inequidad y dominación inmediata tanto física como mental hacia las mujeres en un orden determinado culturalmente (Menjívar : 2011, pp.64- 66). Los casos de Valentina e Inés, personifican las tres condiciones de vulnerabilidad que tiene una mujer en la montaña de Guerrero, a saber, ser pobre, ser indígena y ser mujer. Por esta razón, es preciso entender que las violaciones de derechos humanos de las que fueron víctimas se derivan de patrones y dinámicas sociales complejas que van más allá de casos aislados.

Si bien los golpes siempre implican un conflicto subyacente entre hombres y mujeres, el significado de ser hombre o mujer en un momento dado varía, y esas variaciones reflejan otros factores ideológicos y materiales presentes en la sociedad, tal como puede diferenciarse en las comunidades indígenas respecto de la población que no lo es. La sexualidad es un elemento crucial para entender los conflictos de género, esto porque constituye uno de los principales focos de interacción entre hombres y mujeres, y porque proporciona la justificación social de otras formas de comportamientos, que en el caso de la comunidad indígena le da el poder al hombre sobre el cuerpo de la mujer y su contenido "puro". (Tinsman: 1995, p.71).

En su testimonio, Valentina señala cómo diferentes formas de violencia de género son parte de un conflicto entre etnias, ocupación militar, guerra y conflicto armado, entre otros que ella misma desconoce, y en donde las violaciones sexuales aparecen durante el conflicto como una concepción militar masculina sobre la mejor manera de quitarles el honor a sus enemigos y que en la mayoría de los casos no son denunciados por temor a generar retaliaciones o por que desvirtúan mas a la mujer. (Meljivar: 2011, 71)

La violencia de género como una estrategia de guerra, se da a través de diferentes formas dependiendo del contexto social, donde particularmente la violencia contra las mujeres se ha visto fundamentada en la concepción de una autoridad masculina y una sumisión femenina, que se refuerza con racismo, rechazo por pobreza y marginalización (Merry: 2009, p. 16). Pero esta estrategia en culturas indígenas no solamente afecta directamente a la mujer y su familia, sino que además causa impacto en la comunidad en general dejando consecuencias imborrables a nivel físico, síquico y social, haciendo que las mujeres indígenas tengan pocas oportunidades de denunciar los abusos que puedan ocurrir al interior de sus comunidades o de parte de ajenos, por la misma incomprensión y presiones que pueden sufrir o sufren de su entorno familiar y comunitario, como lo relata Inés cuando dice "después de que yo denuncié, muchas mujeres por miedo dejaron de denunciar... Pocas lo hacían... Pero cuando el gobierno empezó a amenazar, dejaron de hacerlo".²

El caso de Valentina es un claro ejemplo de lo anteriormente expuesto, pues no solamente fue juzgada maltratada y violentada por instituciones estatales, sino que además su propia comunidad y su esposo finalmente la aislaron y rechazaron su presencia en el territorio indígena. Tanto Valentina como Inés fueron estigmatizadas en la región durante casi 6 años, en los que el gobierno no las escucho, ni les creyó pues la violencia de género al igual que la violencia en general depende de las identidades de los partidos y la interpretación que se le dé a través del género. (Merry 2009: pp. 17,18 y 19)

Por otro lado, vale la pena nombrar la impunidad por parte del Estado, que representa un feminicidio de contexto que evidencia asesinato a diferentes mujeres indígenas

² Programa 15 minutos. México. [En línea] <http://www.youtube.com/watch?v=PaMa6oiNH7Q>



basándose en sus estructuras de poder machista que implicó al Estado y agentes estatales como los militares que llevaron a cabo las violaciones de Valentina e Inés. El Estado, sus instituciones y sus agentes no solo entorpecieron las denuncias durante muchos años por medio de entorpecimiento legal sino que además se valieron de medios tales como: amenazas, secuestros, muertes a familiares de los denunciantes y crímenes de lesa humanidad; toda esta violencia basada de inequidad social, económica y cultural contra comunidades indígenas. (Fregoso y Bejarano 2012)

IV. TRAUMA, LENGUAJE Y MEMORIA

Habiendo estudiado los actos de violencia que se produjeron en contra de Inés y Valentina, y teniendo claro que consistieron en hechos concretos de violencia de género, es preciso entrar a estudiar el trauma que este tipo de violencia acarrea para la víctima que la sufre. Lo anterior sin perder de vista las implicaciones a nivel lingüístico e interpretativo que conlleva la transmisión de estas experiencias.

En primer lugar, es necesario distinguir entre acontecimientos traumatizantes, la experiencia del trauma y la memoria y representación del mismo, esto implica que personas que pudieron estar implicadas en el acontecimiento no experimenten la sensación de trauma, básicamente nos referimos a victimarios con niveles de insensibilidad muy altos. O que personas que no están implicadas en el acontecimiento sientan o compartan la experiencia de trauma por algún medio de transmisión, este es el caso de la transmisión de traumas intergeneracionalmente (Lacpra: 2006, p. 157). Esto permite entender el comportamiento de diferentes personas alrededor de Valentina e Inés que no necesariamente vivieron la experiencia traumática, pero sin embargo generan síntomas postraumáticos como sucedió con todas aquellas mujeres de su comunidad que dejaron de apoyarlas por temor a ser castigadas o asesinadas por los militares, también es el caso del médico que ve en primera instancia a Valentina, pues se niega a atenderla por su temor ante los militares y posibles retaliaciones futuras que le causen algún tipo de daño a él o a su familia particularmente. Pero especialmente, es evidente en el marco del sufrimiento colectivo que experimentan las comunidades indígenas frente a acontecimientos traumáticos, como quedó plenamente demostrado dentro de los peritajes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³

El trauma es transitorio, lo cual marca una diferencia clave con el acontecimiento traumático que por su naturaleza es estático en un tiempo y un espacio que en este caso están plenamente identificados, como son la casa de Inés y la quebrada para Valentina causando una pos-memoria que les hace revivir el momento en que fueron violadas. Por esta razón el trauma como tal requiere un proceso de enfrentamiento, aceptación de ciertas secuelas y finalmente una superación del recuerdo que le permita a la persona avanzar en la vida respecto a sus planes futuros y vivir su vida con mayor tranquilidad (Lacpra: 2006, p. 170).

El proceso de enfrentamiento cruza líneas entre el pasado y su memoria, el presente con su vida y un futuro que está en construcción. Esto no resulta ser fácil para ninguna persona, particularmente en el caso de Valentina e Inés, la elaboración de su trauma fue definitivamente diferente al de otras mujeres de la comunidad, convirtiéndolas en sobrevivientes que aunque sufren de estrés post-traumático, deciden continuar sus

3 Hernández Castillo, Rosalva. *Peritaje en el caso Fernández y otros vs. México*. CorteIDH, Caso Fernández Ortega y otros: 2010. [Audio en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=jRf1CHC-Dpw8>



vidas bajo acompañamiento y ciertos cuidados de reparación y reconciliación, logrando tener una vida mucho más tranquila y emprender una lucha por los derechos de la mujer como proyecto de vida (Lacapra: 2006, p. 193).

El manejo del lenguaje y la transmisión de la memoria hacen parte fundamental del proceso de estructuración y de superación del trauma. A pesar de esto, los momentos traumáticos o “límite” y su narración representan un desafío metodológico. Lacapra ha definido estos momentos límites como aquellos que por su naturaleza violenta superan la capacidad imaginativa o anticipativa del ser humano (Lacapra: 2006, p. 181). Desde nuestra perspectiva, la dificultad de transmitir los recuerdos generados en momentos límites representa dos grandes desafíos, en primer lugar, un desafío por parte de la persona que transmite el recuerdo, esto específicamente relacionado con el uso del lenguaje y la representación del momento. Y en segundo lugar, un desafío por parte del receptor del conocimiento, relacionado con la forma en la que se relaciona con la víctima y la visión y credibilidad que dé al testimonio.

Con respecto al primer aspecto, el trabajo de Veena Das se ha ocupado de exponer las dificultades e insuficiencias que representa el lenguaje a la hora de transmitir momentos traumáticos, especialmente los relacionados con violaciones sexuales y las marcas que éstas pueden dejar sobre el cuerpo de las mujeres (Das: 2010, p.332). El trabajo de Das está especialmente enfocado a “(criticar) los modos reduccionistas del habla sobre la violencia e invoca la necesidad de que las ciencias sociales exploren alternativas que le hagan justicia a la experiencia subjetiva del dolor” (Jimeno: 2007, en línea). En este sentido, se puede hablar de una dicotomía entre la visión masculina y la visión femenina de la violencia sexual hacia la mujer. Por un lado, el discurso clásico masculino ve el acto de violencia como una afrenta al honor, mientras que las marcas que deja el acto de violencia sobre el cuerpo de la mujer llevan a una “zona de silencio”, representada en elusiones a la narración de los hechos concretos del acto de violencia o con relatos someros, donde el lenguaje es insuficiente para reproducir las verdaderas marcas que deja la violencia sobre el cuerpo femenino (Das: 2010, p.329-333).

En segundo lugar, en lo que respecta a casos de violencia de género, y en especial en casos de violencia sexual, no cualquier persona es adecuada para tomar testimonios de las víctimas o ser el receptor de la memoria de los momentos límite que sufren las mujeres. En este sentido, el trabajo de Kathryn Anderson y Dana Jack es bastante ilustrativo en materia de la “visión de género” que debe tener el interlocutor que trata con testimonios de mujeres. Estas autoras aseguran que a la hora de entrevistar con una mujer es necesario escuchar lo que sugiere, lo que insinúa y sus silencios, además de interpretar sus pausas. Además de esto, las autoras sugieren que el contexto en el que se desarrolla cualquier tipo de entrevista o declaración debe ser cómodo para la mujer en la medida en que pueda expresar lo que realmente quiere decir (Anderson y Jack: 1991, 17). Por otro lado, las autoras han expresado la importancia de entender el contexto en el que las declaraciones de la mujer son dadas, esto incluye, por supuesto, la forma en la que la mujer se adapta a su entorno, y los roles sociales que de ella se esperan en el mismo (Anderson y Jack: 1991, 17).

En el caso concreto de Inés y Valentina la dinámica entre el trauma, el lenguaje y la memoria puede verse en diferentes aspectos. En primer lugar, con respecto al caso de Valentina, se puede evidenciar la existencia de zonas de silencio dentro de su discurso, la primera de ellas se evidencia en la vergüenza sentida por Valentina a la hora de acudir a los centros de salud justo después de la agresión, donde se ha probado que ella atribuyó sus heridas a un golpe con madera (CorteIDH, Caso Rosendo Cantú y otra:



2010, párr. 75). Solo hasta el día 27 de febrero de 2002, once días después del acto de violación, Valentina sintió el coraje para denunciar a sus agresores ante las autoridades. La segunda zona de silencio en el discurso de estas mujeres se evidencia a la hora de leer y escuchar sus testimonios, al parecer el relato es sencillo, llegan los militares, las golpean, torturan y finalmente las violan. Ninguna de las dos víctimas profundiza demasiado en los detalles del acto de violencia, ninguna logra describir con el lenguaje el ultraje y el dolor que realmente implica un ataque sexual, o lo que implicó para ellas, las palabras se quedan cortas, solamente la tristeza en los ojos de las víctimas a la hora de recordar nos da un verdadero indicio de lo que sintieron, de lo que dolió, de lo que años después aún duele recordar.

En lo que respecta a otro lado de la historia, las personas encargadas de recoger los testimonios y denuncias de Inés y Valentina, las autoridades estatales de México fallaron reiteradamente a la hora de tratar con víctimas de actos graves de violencia sexual. En primer lugar, esto se evidencia en el testimonio oral de Valentina, cuando relata que los funcionarios del Ministerio Público mexicano se rieron de ella, y además adujeron que “los militares no hacían esas cosas”.⁴ Por otro lado, ninguna de las dos mujeres contó con personal calificado para atender su petición de justicia, esto es evidente en cuanto Inés tuvo que recurrir a una vecina para poder expresar su denuncia (CorteIDH, Caso Fernández Ortega y otros: 2010, párr. 105) y Valentina tuvo que acudir a su esposo (CorteIDH, Caso Rosendo Cantú y otra: 2010, párr. 78).

V. VALENTINA E INÉS, EMPRENDEDORAS DE LA MEMORIA

Pese a todos los obstáculos que se presentaron en el camino de estas dos mujeres, ya hemos visto que la lucha de Valentina e Inés se prolongó por varios años ante muchas instancias judiciales, nacionales e internacionales, y administrativas. Finalmente, la lucha dio algunos de los frutos esperados, si bien desde una perspectiva de derecho penal, los crímenes que se cometieron contra estas víctimas aún están en la impunidad, ellas hoy tienen cierta tranquilidad gracias a las declaraciones internacionales que han apoyado su causa y contando su verdad.

De esta manera, consideramos que tanto Inés como Valentina se han constituido como emprendedoras de la memoria a la luz de la teoría de Elizabeth Jelin. Para esta autora los procesos de construcción de historia y memoria están marcados por la existencia de diversos actores que buscan imponer una determinada forma de contar la historia, enfatizando en ciertos aspectos y llegando a omitir otros que no consideran importantes, o que pueden considerar peligrosos para sus fines (Jelin: 2002, p. 39). El primer actor que debe ser considerado dentro de la batalla por la construcción histórica es el Estado, o mejor dicho las personas o grupos que ostentan el poder estatal en un determinado período. De esta manera, Jelin apunta a que los actores estatales están enfocados en mantener una cierta cohesión social, a través del mantenimiento de determinados símbolos nacionales que ayudan a crear consciencias colectivas (Jelin: 2002, pp. 40 -41).

En el caso de Inés y Valentina, y en especial dentro de la defensa esgrimida por el Estado mexicano en las audiencias ante la Corte Interamericana, es claro que se intenta mantener el nombre y el honor de las fuerzas militares en alto, con lo que prefiere omitir cualquier tipo de vulneración de derechos humanos de la memoria colectiva o de la historia probada de la nación, esto negando la ocurrencia de la violación de Inés y Valentina (CorteIDH, Caso Fernández Ortega y otros: 2010, párr. 95, CorteIDH, Caso

4 Fragmento de su testimonio : (min 5:38) <http://www.youtube.com/watch?v=PaMa6oiNH7Q>



Rosendo Cantú y otra: 2010, párr. 86). Adicionalmente, el Estado intentó establecer que al no haberse determinado los responsables de las violaciones no se podía determinar que hubieran sido efectivos del ejército mexicano los responsables por la violación de haberse dado (CorteIDH, Caso Fernández Ortega y otros: 2010, párr. 97, CorteIDH, Caso Rosendo Cantú y otra: 2010, párr. 87).

A pesar de esto, Jelin identifica otros actores en los que la autora denomina “militantes de la memoria”, estas personas o grupos de personas personifican la contraparte de las versiones oficiales de la historia, y en ese sentido pugnan por sacar a flote hechos históricos que, en su consideración, deben hacer parte de la memoria colectiva. Jelin establece que cuando estamos frente a un Estado fuerte y autoritario, las narrativas diferentes se refugian, convirtiéndose en “memorias privadas”, que se mantienen lejos de la luz pública, esperando un momento oportuno para surgir. Estas memorias suelen provenir de víctimas invisibles para la historia Estatal que pueden esperar el mencionado momento de salir a la luz pública, bien para contar su historia, bien para buscar justicia, o bien para obtener las dos cosas (Jelin: 2002, pp.42-45).

Por otro lado, es importante recalcar el papel de los llamados “emprendedores de la memoria”, estos se ven representados por los grupos que representan una visión optimista del futuro, y enfocan su lucha hacia la obtención de una memoria ejemplarizante, lo que implica dejar marcas lo suficientemente fuertes en la memoria colectiva que puedan evitar que los hechos recordados se repitan, o que por lo menos existan barreras sociales mucho más fuertes para evitar que esto suceda. Para lograr este punto es muy importante el rol que puedan jugar las víctimas de abusos en cualquier proceso de violencia, además de esto, la participación en rituales o conmemoraciones reviste un carácter fundamental a la hora de crear memoria ejemplarizante en una sociedad (Jelin: 2002, pp 48-51).

Ya hemos enfatizado en la lucha que tuvieron que enfrentar estas dos mujeres para lograr acceder a mecanismos de justicia nacional e internacional. Sin embargo, en este punto creemos necesario resaltar el papel que han jugado Valentina e Inés como verdaderas emprendedoras de la memoria, que aprovechando la mano que les tendieron organizaciones como el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan, lograron estructurar el trauma generado por una situación extremadamente violenta, levantaron su voz y se convirtieron en abanderadas de la lucha contra el maltrato de las mujeres y en verdaderos símbolos de esta causa. Su lucha obtuvo resultados con el reconocimiento de responsabilidad internacional de Estado, que diez años después aceptó su error y dio la razón a dos mujeres que quisieron contar su verdad.⁵

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este texto, hemos analizado los casos de Valentina Rosendo Cantú y de Inés Fernández Ortega, dos mujeres indígenas y pobres que sufrieron las consecuencias de una política de seguridad militarizada, donde las personas en situación de vulnerabilidad se ven como un enemigo y no como un ciudadano con derechos. Así, estas mujeres, encerradas dentro de un contexto, donde su triple condición vulnerable, mujer, pobre e indígena, sufrieron graves violaciones a todo tipo de derechos humanos por parte del ejército mexicano y de su propia comunidad.

⁵ Para ampliar información ver el informe del Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan. [En línea] <http://www.tlachinollan.org/Descargas/InesyValentina-Informe-XVIII.pdf>



A pesar de lo anterior, hemos podido hacer un análisis de cómo Valentina e Inés se enfrentaron a la violencia estructural que las oprimía, lograron estructurar su trauma y convertirse en verdaderas emprendedoras de la memoria histórica y el activismo en derechos dentro de su Estado. De esta forma, hemos podido resaltar la importancia de tener en cuenta los aspectos propios de las mujeres encerradas en situaciones de violencia, las dificultades que genera el contar su historia y los grandes esfuerzos que se deben hacer para lograr un objetivo buscado de justicia y sobre todo de verdad.

Finalmente, quisiéramos terminar nuestras consideraciones sobre el texto, resaltando la importancia de la “visión de género” en materia de reconstrucción de memoria histórica sobre actos de violencia de la mujer. Esto, en cuanto que es muy fácil reproducir patrones sociales de discriminación y violencia contra las mujeres, invisibilizando su sufrimiento, cosificando su cuerpo e ignorando sus llamados por el respeto de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS ACADÉMICOS

Tinsman, Heidi. “Los Patrones del Hogar: Esposas golpeadas y control sexual en Chile rural. 1958-1988,” en *Disciplina y Desacato: Construcción de identidad en Chile. Siglos XIX y XX*, editado por Lorena Godoy et al. Santiago: Ediciones SUR/CEDEM, 1995.

Jelin, Elizabeth. *Los trabajos de la memoria*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2002.

LaCapra, Dominick. “Estudios del trauma: sus críticas y vicitudes”, pp. 147-194, en *Historia en tránsito*. México: FCE, 2006.

Jimeno, Myriam. *Lenguaje, subjetividad y experiencias de violencia*. Revista Antípoda. Universidad de los Andes, Julio – Diciembre 2007. [En línea] <http://antipoda.uniandes.edu.co/view.php/70/index.php?id=70>

Engle Merry, Sally. *Gender Violence*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

Fregoso, Rosa-Linda y Cynthia Bejarano, “Introduction: A Cartography of Femicide in the Americas”, pp. 1-42. En *Terrorizing Women. Femicide in the Americas*. Durham: Duke University Press, 2010.

Das, Veena, “Language and Body: Transactions in the Construction of Pain”, pp. 327-333. En Scheper-Hughes, Nancy y Philippe Bourgois (eds.), *Violence in War and Peace*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010.

Menjívar, Cecilia. *Enduring Violence*. Berkeley: University of California Press, 2011.

SENTENCIAS JUDICIALES

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

MATERIAL AUDIOVISUAL

Amnistía Internacional. *Inés y Valentina*. <http://www.youtube.com/watch?v=PaMa6oiNH7Q>

Alertnet. *I can't be silent*. <http://www.youtube.com/watch?v=n4MIR0Allp0>



INFORMES DE ORGANIZACIONES

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos-México. OACNUDH-MX

Diagnóstico sobre la Situación de Derechos Humanos en México: 2003.

El derecho a una Vida libre de Discriminación y Violencia: Mujeres de Chiapas, Guerrero y Oaxaca. 2008.

JUAN CAMILO RIVERA RUGELES

SALVAGUARDAS FRENTE AL SECRETO:

LA TENSIÓN ENTRE LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN Y
EL DERECHO DE ACCEDER A ELLA



Ficha del autor



Mtro. JUAN CAMILO RIVERA RUGELES

Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá) y profesor de Teoría del Derecho en esa misma universidad. Maestro en derecho de la Universidad de Los Andes (Bogotá). Actualmente se desempeña en la Comisión Colombiana de Juristas.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy día, todos los Estados modernos guardan en secreto cierta información, por considerar que revelarla traería consecuencias dañinas para sus intereses o para sus habitantes. Conforme anda el tiempo el uso de esta práctica parece ser cada vez mayor, por diferentes circunstancias. Por ejemplo, los servicios de seguridad cuentan ahora con facultades adicionales a las antes conferidas¹ y con nueva tecnología² que les permiten recolectar más información con miras a combatir amenazas contra la seguridad –p. ej. organizaciones terroristas– y a prevenir eventuales daños que estas pudieran realizar. La información obtenida por las agencias de seguridad es confidencial, por lo que su incremento implica también el aumento del secreto. También, como reacción a la publicación de documentos secretos por proyectos mundiales de transparencia (como es el caso de *Wikileaks*³) o por medios de comunicación, se han revisado y modificado regulaciones sobre secreto, lo que ha llevado, por ejemplo, a catalogar como secreta información que antes no lo era.⁴

1 Así, a partir del inicio de la denominada “*guerra contra el terror*” algunas legislaciones han autorizado a sus servicios de inteligencia a detener personas e interrogarlas para efectos de recolectar material de inteligencia, facultad de la que carecían antes del 2001. Ejemplos de países que han conferido tales poderes son Estados Unidos, Australia y Rusia. Cfr. International Commission of Jurists, *Assessing damage, urging action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, Ginebra: International Commission of Jurists, 2009, pp. 73 y ss.

2 Por ejemplo, los llamados *drones*, aviones no tripulados, sirven para realizar monitoreo de zonas en las que se consideraría riesgosa una misión con un avión tripulado. Como explica una nota de *The Economist*, “ellos [los drones] pueden volar a la zona deseada y monitorear gran parte de lo que está ocurriendo sobre el terreno sin la ayuda de sus controladores”. De esta forma, permiten acceder a información que no podría obtenerse mediante los dispositivos hasta ahora existentes (los aviones tripulados). Cfr. *The Economist*, “Flight of the drones”, 8 de octubre de 2011, disponible en: <http://www.economist.com/node/21531433> (la última consulta de este y los demás links citados fue el 20 de noviembre de 2012).

3 Wikileaks se define a sí misma como una organización no gubernamental cuyo principal objetivo es “llevar noticias e información al público”, al ofrecer “una forma innovadora, segura y anónima para que las fuentes filtren (leak) información a nuestros periodistas”.

4 Un ejemplo es España, que mediante el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, amplió el alcance del secreto. Según *El País* (España), este acuerdo fue fruto de la intención del Gobierno de establecer una normativa que evitara filtraciones de información sensible a manos distintas del Gobierno. Cfr. González, Miguel, “Exteriores blindo todos sus documentos”, *El País*, Madrid, 3 de junio de 2012, disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2012/06/03/actualidad/1338750887_077908.html.



El aumento del secreto, además, no parece ser una tendencia reversible; antes bien, el progresivo desarrollo de tecnología que permite conocer, coleccionar y procesar más información, hace prever su progreso.

Esta situación se da en una época en la que los Estados actualmente reconocen en sus constituciones y en tratados internacionales ratificados por ellos el derecho de todas las personas a acceder a la información. Siendo así, la práctica de los Estados de guardar en secreto cierta información supone una restricción clara al mencionado derecho. Esta restricción no es en sí misma un desconocimiento del derecho a la información, pero podría serlo según como sea regulada. ¿Cómo hacer para que el secreto sea solo una *limitación*, mas no una *violación*, del derecho en cuestión? Esta pregunta es particularmente relevante frente a la conducta de los Estados de ampliar el alcance del secreto, pues implica revisar los límites que a ella imponen las normas de derechos humanos (DDHH).

Este artículo pretende hacer una revisión de la manera como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha contestado el anterior interrogante. El propósito de analizar la jurisprudencia de este tribunal es el de abordar algunos aspectos problemáticos de la armonización del secreto con el respeto de los derechos humanos. Así, al mostrar los pronunciamientos de la Corte IDH al respecto se pretende resaltar sus aciertos, pero también sus silencios y omisiones, con relación al secreto de la información. Con este propósito en mente, en este artículo primero se explica con más detalle la tensión entre el secreto y el acceso a información, y en segundo lugar se identifican y valoran los estándares interamericanos que restringen la facultad de los Estados de regular la reserva de la información.

Antes de iniciar este análisis conviene hacer una precisión acerca del alcance del estudio que sigue a continuación. Actualmente existen varios escenarios de la vida política, económica y social cobijados por el secreto; estos van desde asuntos bursátiles, comerciales y bancarios, hasta otros que tienen que ver con la defensa y la seguridad nacionales. El régimen jurídico que rige a unos y otros comparte elementos comunes, pero también presenta matices específicos. Este texto no pretende dar cuenta de reglas relacionadas con todas las formas de secreto existentes, pues si así se hiciera el espacio del que se dispone obligaría a una revisión somera e incompleta. En cambio, con el ánimo de lograr mayor profundidad, se concentra solo en uno de los eventos en los que se utiliza el secreto: la seguridad y la defensa nacionales. Se ha preferido este tema sobre los demás por las especiales implicaciones que tiene en materia de DDHH en general, y en especial en materia de derecho a la información y derecho a la verdad.

II. EL SECRETO DE LA INFORMACIÓN: UN RIESGO NECESARIO

Según el esquema de trabajo indicado antes, esta sección pretende responder a la siguiente pregunta: ¿por qué se considera como necesario el secreto, y qué riesgos plantea para la vigencia de los DDHH en general, y en particular para la vigencia de los derechos a la información y a la verdad? En lo que sigue se esboza una respuesta.

Existen ciertas actividades que tienen el propósito de garantizar bienes socialmente valiosos –como proteger los derechos de las personas, garantizar el orden público, entre otras–, que en el marco de sus operaciones blindan la información que manejan y sus fuentes para que no sean de público conocimiento. Tales actividades son realizadas en secreto por cuanto esto otorga a los que las llevan a cabo una ventaja estratégica



sobre las amenazas que se erigen en contra de bienes públicos como la seguridad y la defensa, que no se obtendrían si fueran llevadas a cabo públicamente.⁵ Por ejemplo, si se revelara la información que se posee sobre el funcionamiento de un grupo delictivo este podría modificar su actuar, haciendo que lo hasta entonces conocido sobre ellos ya no fuera igual de útil para neutralizar sus operaciones. Por lo tanto, en estos casos los Estados optan por imponer restricciones previas a la circulación de la información, en vez de solo utilizar sanciones posteriores por su inadecuado uso.⁶ En estos eventos se prefiere el control de la información a través de restricciones previas –como el secreto– por cuanto se considera que otra clase de alternativas, como por ejemplo el pago de multas o la imposición de sanciones penales por la revelación de información sensible, son insuficientes para mantener a salvo ciertos fines sociales, como la seguridad o la defensa.⁷

El hecho de que cierta información sea mantenida en secreto plantea un riesgo para los DDHH en general, y para el derecho a la información en especial, por varias razones, de las cuales se mencionarán solo dos.⁸ En primer lugar, la reserva que cubre las actividades de los organismos de seguridad excluye –o cuando menos dificulta considerablemente– el control ciudadano sobre ellas, por lo que es más probable que quienes las desarrollan excedan sus atribuciones y actúen arbitrariamente, incluso interfiriendo en el ejercicio de derechos como la libre asociación, la libertad de expresión o la participación política. Esto es particularmente sensible si se tiene en cuenta que los organismos que desarrollan actividades secretas gozan de poderes especiales que tienen una incidencia directa en la intimidad de las personas (como estar facultados para realizar interceptaciones de comunicaciones, seguimiento a personas, entre otras⁹), riesgo que aumenta conforme

5 Cfr. Ruiz Miguel, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 26.

6 Las restricciones a la libertad de información suelen clasificarse en dos: restricciones previas y sanciones posteriores. Las primeras consisten en prohibiciones a la publicación, exhibición o transmisión de información, mientras que las segundas operan de manera subsiguiente a estos eventos. Ejemplo de una restricción previa es el deber de los funcionarios de no revelar cierta información; ejemplo de una sanción posterior es la imposición de medidas penales por la revelación de cierta información. Cfr. Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, New York: Oxford University Press, 2005, 2ª Ed., p. 118 y ss.

7 La censura (esto es, la prohibición que impone una autoridad gubernamental de publicar o difundir cierto documento por su contenido) es una forma de restricción previa a la libertad de expresión y al acceso a la información aplicable en algunos ordenamientos, pero esta está excluida del sistema jurídico colombiano por cuanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13.2) señala que el ejercicio de la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades posteriores”. Las restricciones previas que pueden imponerse a la circulación de información son distintas, como por ejemplo la definición de que cierta información es secreta y no debe por lo tanto ser puesta a disposición del público.

8 Un análisis más completo de los riesgos que plantea una clase específica de actividades secretas, las de inteligencia y contrainteligencia, puede verse en: Born, Hans y Leigh, Ian, *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practices for Oversight of Intelligence Agencies*, Genève Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Norwegian Parliamentary Oversight Committee and Human Rights Centre – Department of Law of the University of Durham, Oslo, 2005, pp. 16 y 17.

9 Conviene recordar lo dicho antes con relación a que determinados Estados permiten a sus agencias de seguridad detener de manera secreta a personas para interrogarlas con fines de recolectar información útil para proteger la seguridad y la defensa. Cfr. International Commission of Jurists, *op. cit.*, pp. 74 y 75.



se desarrolla tecnología que permite acceder a más información y procesarla con mayor eficiencia.

En segundo lugar, a diferencia de la información pública, la secreta es más proclive a ser destruida o retocada por quienes tienen acceso a ella, pues cambiar el contenido de información que se encuentra en manos de pocos sin que nadie lo perciba puede ser una tarea menos laboriosa que intentar hacer lo mismo con aquella que se encuentra en manos de muchos. Así, por ejemplo, si se quiere borrar de la historia la presencia de una persona en un evento en el que fue fotografiada, esta tarea será más ardua y demandante si de la fotografía que registró el hecho muchas personas tienen una copia en sus manos, que si todas las copias de ellas están en manos de pocos.¹⁰ Este riesgo es mayor cuando la información secreta perjudica precisamente a quien tiene acceso a ella (es decir, las agencias secretas y sus funcionarios), pues tal persona o entidad estará interesado en eliminarla y tendrá alguna posibilidad de hacerlo, con el propósito de evitar investigaciones penales o disciplinarias, descrédito público, entre otras.

Por lo anterior, el secreto plantea peligros considerables para los DDHH, y de manera particular para el derecho a la información, lo cual no es de poca monta, pues dicho derecho tiene un lugar preponderante en los Estados modernos, debido a su aporte para ayudar a cumplir bienes socialmente valiosos. Por ejemplo, conviene anotar que acceder a información y opiniones suele ser considerado útil en la formación de convicciones personales y esencial para la facultad de cada individuo de determinarse.¹¹ Pero además, el derecho a la información promueve ciertos valores colectivos. En especial, este derecho es condición necesaria para acercarse al ideal democrático del autogobierno, pues facilita que los electores identifiquen qué candidato representa mejor sus intereses e ideas, e igualmente ayuda a que los representantes elegidos entiendan mejor las preocupaciones de quienes los eligieron y encaminen su mandato a atender tales cuestiones.¹²

Asimismo, el acceso a información es particularmente relevante en contextos de graves violaciones de DDHH por la estrecha relación que tiene con los derechos de las víctimas de tales violaciones a la verdad, a la justicia y a la reparación.¹³ En efecto,

10 Un relato del escritor colombiano Juan Gabriel Vásquez permite ilustrar lo anterior: “En junio del año pasado, durante una visita que hice a Ciudad de México, mi amigo Alberto Ruy Sánchez me llevó a la casa de Trotsky. Ya saben ustedes: la casa de la colonia del Carmen en que León Trotsky vivió sus últimos años, la casa en que sobrevivió a un atentado del estalinismo en mayo de 1940, la casa en que murió tres meses más tarde, asesinado a golpes de picahielo por Ramón Mercader. En el museo hay una fotografía especial: en ella, Trotsky está de pie junto a una tarima donde Lenin lanza un célebre discurso. Según me explicaron, esa fotografía recibía anualmente la visita de miles de rusos, porque en Rusia esa fotografía no existe. Mejor: existe, pero trastocada: Stalin mandó que de ella fuera borrada la imagen de Trotsky, su gran enemigo. Así la reproducen, al parecer, los libros y los manuales de historia que se publicaron durante el estalinismo, y así —sin Trotsky— la vieron y la conocieron generaciones enteras de ciudadanos. La historia de ese triste capítulo del siglo XX dio la batalla y sobrevive en una pared de la calle Viena, en Coyoacán, México”. Vásquez, Juan Gabriel, “Nuestra frágil historia”, *El Espectador*, Sección Opinión, Bogotá, el 12 de enero de 2012, disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-320689-nuestra-fragil-historia>.

11 Cfr. Manis, Mark, Kay, Richard y Bradley, Anthony, *European Human Rights Law*, Tercera Edición, Oxford University Press, 2008, Oxford, pp. 235 y 236.

12 *Ídem*.

13 Ver, por todos, Organización de Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de*



cuando se pueden consultar documentos que contienen datos útiles para un mejor conocimiento de lo sucedido, su reconstrucción podrá ser más fidedigna, garantizando así en mayor medida el derecho a la verdad. A su vez, conocer mejor la verdad sobre lo sucedido puede servir para iniciar procesos judiciales encaminados a determinar los responsables de las violaciones de DDHH que hayan sido cometidas, tal como lo exige el derecho a la justicia. Y por último, saber lo sucedido, cuando ello no provoque más daños a las víctimas, puede ser necesario para restablecer su dignidad, y en este sentido constituye una medida de reparación. De esta forma, el secreto de la información plantea un riesgo adicional en contextos de violaciones generalizadas de DDHH (como conflictos armados o dictaduras), y puede minar la reconstrucción del relato histórico de lo sucedido, lo cual, según se explicó, tiene una relación directa con la verdad, la justicia y la reparación.

En suma, el secreto puede verse a la vez como una necesidad y como un riesgo: es una necesidad, por cuanto de él depende la eficacia de determinadas actividades importantes para la tranquilidad y estabilidad de un Estado, al propender por el mantenimiento de la seguridad y la defensa nacionales; pero también es un riesgo, ya que dicha clandestinidad puede facilitar y propiciar actuaciones arbitrarias, entre ellas violaciones de DDHH. Se trata de un riesgo, además, que cada vez adquiere mayores dimensiones debido al desarrollo de tecnologías que facilitan conocer en mayor medida y con mayor precisión lo que hacen las personas,¹⁴ lo que hace que la eventual actuación arbitraria de los servicios secretos pueda tener un impacto más profundo en los derechos de las personas.

Esta situación plantea una pregunta: ¿cómo hacer para que pueda mantenerse la ventaja estratégica que supone el secreto de la información sin que ello propicie la violación de DDHH? O de manera más puntual: ¿cómo hacer compatible el secreto con los DDHH, entre ellos el derecho de acceso a la información y el de conocer la verdad? A continuación se explora una respuesta a esta cuestión a partir de la revisión de los estándares interamericanos sobre la materia.

III. SALVAGUARDAS FRENTE AL SECRETO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Como se mencionó, en esta sección se describen algunas reglas sentadas por la Corte IDH que pretenden armonizar el secreto con los DDHH, en especial con el derecho de acceso a la información y con el derecho a la verdad.¹⁵ Aunque son muy pocos los casos en los que se ha pronunciado sobre el acceso a la información frente al secreto por razones de seguridad, hay algunos temas de interés que vale la pena destacar. En especial se mencionarán dos aspectos surgidos de su poco numerosa jurisprudencia al respecto: los *límites* del secreto y el *control* que los Estados deben hacer de él.

violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, principio No. 24.

14 Como señaló Bobbio, “[e]l ideal del poderoso siempre ha sido el de ver cualquier gesto y de escuchar cualquier palabra de sus sujetos (posiblemente sin ser visto ni escuchado); hoy este ideal está a la mano”. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 38.

15 La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de acceso a la información en el artículo 13.



IV. RESTRICCIONES SOBRE LA INFORMACIÓN QUE PUEDE (Y LA QUE NO PUEDE) SER SOMETIDA A RESERVA

Según la Corte IDH, una salvaguarda del derecho a la información frente al secreto se relaciona con determinados límites impuestos por esta al contenido de la reserva. Como regla general, la Corte ha sostenido que una limitación a un derecho fundamental, como el de acceso a la información, solo es válida si es prescrita por ley, y si es adecuada, necesaria y proporcional.¹⁶ Según este criterio, el secreto solo puede ser válido si está autorizado por una ley expedida por el órgano democrático, y si es adecuada, necesaria y proporcional. Aunque no ha definido con claridad a qué se refieren estos tres aspectos, la Corte IDH sí ha identificado temas que de ninguna manera cumplen con los requisitos antes mencionados, por lo que no pueden ser cobijados con el secreto.

Específicamente, la Corte IDH ha señalado que la información relacionada con violaciones de DDHH no puede ser ocultada del conocimiento público, ni siquiera cuando esté catalogada como confidencial, por lo que cuando sea solicitada por autoridades judiciales o administrativas (incluyendo comisiones de la verdad) los Estados no podrán escudarse en la reserva para no entregarla. Al respecto, dicho tribunal ha establecido:

“en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes.”¹⁷

Posteriormente, la misma Corte IDH amplió este estándar, al sostener que no solo las autoridades judiciales o administrativas deben tener acceso a información sobre violaciones de DDHH, sino que también las víctimas de tales violaciones y sus familiares deben contar con dicha facultad. Agregó además que la obligación de proveer tal información debe ser cumplida con especial firmeza por la agencia del Estado acusada de violar DDHH, en la cual no puede residir la facultad de decidir si entrega o no documentos que puedan contener información sobre tales conductas y que incriminen a sus miembros. La inexistencia de la información requerida no exime a las autoridades estatales de su deber de entregarla, pues en todo caso el Estado está obligado a actuar con diligencia frente a las solicitudes que se le hagan al respecto, lo cual exige, cuando menos, mostrar *“cuáles fueron las diligencias que realizó para confirmar o no su existencia”*. Adicionalmente, indicó la Corte IDH que el derecho de las víctimas y sus familiares a tener acceso a información sobre violaciones de DDHH impone a los Estados el deber de establecer un recurso adecuado y rápido al que dichas personas puedan acudir para conocer esta información.¹⁸

16 Cfr. Corte IDH, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 49 a 87.

17 Corte IDH, *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 171, y *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 284.

18 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219, párrs. 200 a 202.



La prohibición de amparar con la reserva documentos que contengan información sobre violaciones de DDHH, válida en general para cualquier Estado, lo sería aún más en aquellos que atraviesan procesos de transición a la democracia. Por lo general estos procesos pretenden construir un relato de las atrocidades cometidas en dictaduras o conflictos armados como condición previa para el cambio institucional, político, social. Reconstruir el pasado, según se dijo en la introducción, tiene una relación directa con la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, los cuales han sido considerado piezas centrales de los procesos de transición. Lograr reconstruir ese pasado depende en buena medida del acceso a documentos que contengan información relevante, la cual podrá en muchos casos estar cubierta por el secreto.¹⁹

La proscripción de utilizar el secreto sobre información relacionada con violaciones a los DDHH debería ser entendida como dirigida no solo contra los oficiales de alto rango de las agencias de inteligencia, sino en general contra todos sus funcionarios, tomando en cuenta que la *“información fáctica confiable sobre violaciones serias contra los derechos humanos por una agencia de inteligencia es más probable que provenga de dentro de la agencia misma”*.²⁰ En otros términos, no solo los directores de las agencias de inteligencia deberían tener la obligación de desclasificar información sobre violaciones de DDHH, sino en general cualquier agente de la organización, sin que ello implique represalias en su contra, legales o ilegales. Esto es importante por cuanto puede haber algunas personas interesadas en guardar la información sobre violaciones de DDHH dentro de la agencia de seguridad, por lo que revelarla no debería depender solo de unos pocos.

No obstante, el deber de no guardar en secreto información sobre violaciones de DDHH, en apariencia tan valioso para impedir que con el manto del secreto se cubran actuaciones arbitrarias de los organismos de seguridad, tiene una limitación evidente para ser cumplido: quien conoce si existe información secreta sobre violaciones de DDHH es solo aquel quien la tiene en su poder; y este puede tener interés en no hacerla pública, por ejemplo en el caso de que mostrara la responsabilidad de quien publica la información en hechos ilícitos. Así, si no existe quien supervise que los organismos de seguridad revelen información sobre violaciones de DDHH, casi puede hablarse de que no existe una obligación de que lo hagan, pues en todo caso quedará a su potestad hacerlo. Por eso cobra especial relevancia estudiar lo dicho por la Corte IDH con relación a los controles sobre las actividades de seguridad, lo que se hace enseguida.

V. CONTROL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES QUE SE DESARROLLAN EN SECRETO

Según lo dicho hasta ahora, el secreto es necesario para cumplir finalidades imperiosas, pero debe ser controlado para evitar que los riesgos que plantea para los DDHH se materialicen. En este sentido, la Corte IDH ha afirmado con claridad que:

“lo que resulta incompatible con un Estado de Derecho y una tutela judicial

¹⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2010 – Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011, Capítulo III “Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos”.

²⁰ Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, *Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el décimo periodo de sesiones, A/HRC/10/3*, 4 de febrero de 2009, párr. 61.



*efectiva 'no es que haya secretos, sino que estos secretos escapen de la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable porque no están regulados jurídicamente y que por tanto están al margen de todo sistema de control.'*²¹

El riesgo de que el secreto facilite la comisión de violaciones de DDHH o de ilícitos penales es la principal razón que ha tomado en cuenta la Corte IDH para exigir la existencia de controles frente a las actividades secretas. El establecimiento de cualquier control no es suficiente para satisfacer el deber de vigilar y examinar las actuaciones de las entidades que realizan labores secretas. Por el contrario, es necesario que se adopten controles especialmente rigurosos,²² pues solo estos podrán realizar una verdadera inspección a dichas entidades con el fin de reducir la eventual arbitrariedad de sus actuaciones y evitar que con ocasión de estas labores se desconozcan los DDHH.

La jurisprudencia de la Corte IDH no ha ido más allá de las anteriores afirmaciones, valiosas en cuanto llaman la atención sobre la necesidad imperiosa de controlar con especial rigor las actividades de los organismos de seguridad, pero vacuas y tímidas al eludir la cuestión sobre *cómo* controlar dichas actividades. Eludir esta cuestión, en vez de ser una omisión menor, es alejarse del centro del problema, pues el control de las actividades de seguridad, por sus propias características, plantea dificultades únicas. Así, por ejemplo, cabe recordar que el secreto de la información recolectada y de sus actividades es considerado condición necesaria para el éxito de sus actividades, y si estas son secretas es difícil controlarlas. O de otro lado, al tener la función de prevenir ataques contra la seguridad y la defensa, la relevancia de la información recolectada no puede ser justificada de inmediato, sino solo hasta contar con información posterior que ponga de presente su pertinencia o impertinencia, por lo que se hace difícil señalar qué información pueden guardar en secreto los organismos de seguridad y qué otra no puede serlo.²³

El control sobre el funcionamiento de organismos de seguridad es el reto principal que debe afrontarse para lograr que, debido al secreto en el que operan, no '*escapen de la ley*'. Acudiendo a una conocida distinción propuesta por Guillermo O'Donnell,²⁴ puede decirse que los controles al ejercicio del poder disponibles en una democracia, y que podrían usarse en el control de las agencias de seguridad, pueden ser de tipo horizontal o vertical. Los controles horizontales hacen referencia a aquellos derivados del principio de separación de poderes, que operan cuando una rama del poder, por ejemplo la judicial o la legislativa, exige al ejecutivo el cumplimiento de las normas legales que regulan su actuación.²⁵ Por su parte, los controles verticales son los ejercidos

²¹ *Ibid.*, 181.

²² Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 284. En esta oportunidad sostuvo: "*Las medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan esas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones de los derechos humanos y de ilícitos penales, tal y como ocurrió en el presente caso*".

²³ Cfr. Emerson Thomas, *Control of the Intelligence Agencies*, *Detroit College of Law Review* 1983/84, (Winter 1984), pp. 1205 y 1206.

²⁴ Cfr. O'Donnell, Guillermo, *Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*, *POSTData, Revista de Reflexión y análisis político*, N° 7, Buenos Aires, mayo de 2001, pp. 11-34.

²⁵ Según O'Donnell, en esta clase de controles "*una agencia estatal dada, directamente o a través de la movilización de otra agencia (a menudo un juzgado) se dirige a otra agencia (o agencias) estatal, sobre la base de argumentos legales basados, respecto de acciones (o inacciones) presumiblemente ilegales por parte*



directamente por la ciudadanía, a través de canales institucionales (p. ej., elecciones) o no institucionales (p. ej., movilizaciones), con el fin de “*exponer los errores gubernamentales, trayendo nuevas cuestiones a la agenda pública, o de activar el funcionamiento de agencias horizontales*”.²⁶

Dos controles horizontales que suelen operar como mecanismos de control de las actividades de inteligencia son los tribunales de justicia y las comisiones parlamentarias especialmente diseñadas para cumplir con la función de controlar las actividades de inteligencia. El reto de estos dos mecanismos de control es que tanto por su diseño como por su funcionamiento logren ser independientes, adecuados y eficaces para cumplir con la tarea a ellos encomendada.

Por una parte, para que las comisiones parlamentarias puedan controlar las actividades de inteligencia es necesario garantizar independencia en su composición, y por esto no deben tener la misma afiliación política del Gobierno al que supervisan, para lo cual es importante garantizar la presencia de miembros de los partidos políticos de oposición al Gobierno actual. Para que sea adecuado, es importante que el mandato asignado a las comisiones parlamentarias sea amplio, no limitándose solo a una verificación sobre, digamos, la adecuada ejecución del presupuesto asignado o sobre las directrices generales que guían la política nacional de inteligencia, sino en general permitiéndoles verificar la legalidad de las actuaciones desarrolladas, y específicamente encomendándoles la tarea de asegurarse de que en el desarrollo de actividades de inteligencia no se desconozcan los derechos de las personas que puedan ser objeto de actividades de inteligencia. Para poder desarrollar esta labor con eficiencia, las comisiones parlamentarias debería tener acceso a información que no necesariamente sea entregada por los mismos organismos a los que se pretende controlar, como sería el caso de información entregada por miembros de la sociedad civil, o el de aquella información que obtengan las comisiones parlamentarias directamente, mediante la realización de investigaciones iniciadas *motu proprio*.

Las comisiones parlamentarias, u otros organismos creados con el fin de supervisar las actividades de inteligencia, tienen la ventaja de poder tener una visión comprehensiva de la manera como ellas operan, a diferencia de otros controles que solo pueden contar con información más específica, como es el caso de los jueces, los que solo podrán conocer la información a ellos remitida a partir de casos más o menos específicos. No obstante lo anterior, los jueces también pueden cumplir un papel importante en el control de actividades secretas, como por ejemplo haciendo un control de constitucionalidad abstracto sobre el marco legal que regule las actividades de inteligencia, o verificando que las normas sobre el secreto estén siendo correctamente aplicadas por parte de los funcionarios. La existencia de controles sobre el secreto en instancias judiciales no debe implicar *per se* la relevación del secreto, pues pueden crearse procedimientos especiales para garantizar que la información no sea publicada en el marco de un juicio antes de que un juez tome alguna decisión al respecto. Pero decir que los juicios deben tener un diseño particular es distinto de negar su procedencia.

Ahora bien, los controles horizontales no son los únicos capaces de fiscalizar el funcionamiento de los servicios secretos, sino que también pueden hacerlo los particulares, usando canales institucionales (por ejemplo, promoviendo litigios sobre acceso a la información secreta) o no institucionales (por ejemplo, ejerciendo control a

de ésta”. *Ibid.*, p. 12.

26 *Ibid.*, p. 25.



través de los medios de comunicación). Al respecto, vale destacar que “[c]on frecuencia es posible exigir responsabilidades [a miembros de organismos de inteligencia] gracias a las revelaciones de esos periodistas y organizaciones, y no los mecanismos oficiales”.²⁷ Los ejemplos abundan, y cito solo uno recientemente acontecido en mi país, Colombia, para ilustrar el punto: el seguimiento ilegal sistemático realizado por el Departamento Administrativo de Seguridad colombiano en contra magistrados de las Altas Cortes, políticos de oposición, periodistas, defensores de derechos humanos, líderes sindicales, entre otros, fue conocido gracias a las revelaciones que hizo un medio de comunicación, la *Revista Semana*, mas no por el adecuado funcionamiento de los controles institucionales existentes en la legislación colombiana.

Para que este control vertical funcione es preciso que no se obstaculice o limite la posibilidad de que quienes hayan obtenido información reservada puedan difundirla. Algunos organismos internacionales han defendido la idea de que esta facultad debe ser reconocida como parte del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y no puede limitarse con el argumento de que se trata de información reservada, pues los que tienen el deber de reservar la información son los funcionarios públicos, no los particulares, y estos últimos no pueden ser sancionados por una actuación que no están obligados a cumplir.²⁸ No obstante, existen Estados que no parecen mostrar interés en reconocer la revelación de información secreta como parte del ejercicio de la libertad de expresión, con lo cual debilitan el funcionamiento de los controles verticales sobre el funcionamiento de las actividades de inteligencia. De nuevo Colombia sirve de ejemplo para explicar este punto: luego de que los medios de comunicación revelaran que la agencia colombiana de seguridad realizaba seguimientos ilegales de manera sistemática, se promovió legislación que sancionaba con prisión de 5 a 8 años la revelación de información reservada.²⁹ En este caso parece que de la importancia de los particulares en el control de los organismos de inteligencia no se obtuvo ninguna lección.

27 Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, *Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el décimo periodo de sesiones*, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009, párr. 62.

28 Al respecto, Relator Especial, Martin Scheinin, ha defendido la tesis según la cual “[l]os Estados deben limitar los procedimientos judiciales por violación de secretos únicamente a sus funcionarios, introducir una prueba obligatoria de interés público, y obligar a los tribunales a considerar el valor de interés público en las decisiones relativas a la publicación de secretos oficiales”. *Idem*.

29 El delito de divulgación de información reservada ya existía antes de que fueran reveladas las operaciones ilegales de la agencia colombiana de inteligencia, pero era sancionado con multa. Una ley de 2009 modificó la pena, para que fuera de prisión de 5 a 8 años (*cfr.* artículo 25 de la ley 1288 de 2009), ley que fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional debido a la existencia de vicios de procedimiento (*cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-913 de 2010). Posteriormente, fue tramitada otra ley que volvía a imponer la misma pena de prisión para los particulares que divulgaran documentos reservados, pero exceptuando de este delito a los medios de comunicación y a los periodistas, incluyendo entonces, entre otros, a las ONG de derechos humanos (*cfr.* Artículo 45 del proyecto de ley estatutaria 263/11 Senado – 195/11 Cámara). De nuevo esta norma fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, también por vicios de procedimiento en la formación de la ley (*cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-540 de 2012).



VI. CONCLUSIÓN

El secreto que rodea a las actividades de inteligencia plantea una paradójica situación en materia de derechos humanos: es necesario para la protección de los derechos de las personas, pero también plantea especiales riesgos para el respeto de algunos de estos derechos, particularmente del derecho a la información y del derecho a la verdad. De allí la importancia de evaluar las salvaguardas que permitan evitar de disminuir los riesgos de vulneración de los derechos a la información y la verdad propios de la existencia de actividades potencialmente invasivas y que operan en secreto.

Lo que está en juego en la regulación del secreto no es “solo” la vigencia de derechos específicos, como el acceso a la información o el conocimiento de la verdad. Puede decirse también que lo que se define con este tema es, en últimas, la forma de gobierno que adopta un Estado. El profesor Jack Balkin así lo sugiere, al distinguir entre dos formas de gobierno, una que maneja la información de manera autoritaria, y la otra que lo hace de modo democrático. La primera sería aquella que recolecta la mayor cantidad de información posible que le sea útil para aumentar su poder, y la mantiene en secreto, buscando con ello aumentar el control sobre la población, prevenir pesquisas sobre sus operaciones, limitar los canales de responsabilidad política y procurar imponer su propia agenda política. Por oposición a este modelo, los Estados que manejan la información de manera democrática solo recolectarían y almacenarían la información necesaria para realizar un gobierno eficiente y para proteger la seguridad nacional, y diseñar sistemas de pesos y contrapesos para garantizar que cumplirán el anterior mandato³⁰.

Un Estado, entonces, en el que no funcionen adecuadamente controles verticales y horizontales al ejercicio de las actividades de seguridad bien puede ser calificado entonces como autoritario en la manera como maneja su información y como ejerce su poder político.

BIBLIOGRAFÍA

- Balkin Jack, “The Constitution in the National Surveillance State”, *Minnesota Law Review*, No. 93, 2008, pp. 1 a 25.
- Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Ney York: Oxford University Press, 2005, 2ª Ed.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- Born, Hans y Leigh, Ian, *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practices for Oversight of Intelligence Agencies*, Genève Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Norwegian Parliamentary Oversight Committee y Human Rights Centre – Department of Law of the University of Durham, Oslo, 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2010 – Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011, Capítulo III “Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos”.
- Corte IDH, *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232.
- Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219.

³⁰ Balkin Jack, “The Constitution in the National Surveillance State”, *Minnesota Law Review*, No. 93, 2008, pp. 17 y 18.



Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

Corte IDH, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Emerson, Thomas, *Control of the Intelligence Agencies*, *Detroit College of Law Review* 1983/84, (Winter 1984), pp. 1205 a 1208.

González, Miguel, "Exteriores blindo todos sus documentos", *El País*, Madrid, 3 de junio de 2012, disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2012/06/03/actualidad/1338750887_077908.html.

International Commission of Jurists, *Assessing damage, urging action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, Ginebra: International Commission of Jurists, 2009.

Manis, Mark, Kay, Richard y Bradley, Anthony, *European Human Rights Law*, Tercera Edición, Oxford University Press, 2008, Oxford.

O'Donnell, Guillermo, *Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*, *POSTData, Revista de Reflexión y análisis político*, N° 7, Buenos Aires, mayo de 2001, pp. 11-34.

Organización de Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

Organización de Naciones Unidas, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, *Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el décimo periodo de sesiones*, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009.

República de Colombia, Congreso de la República, ley 1288 de 2009.

República de Colombia, Congreso de la República, proyecto de ley estatutaria 263/11 Senado – 195/11 Cámara.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2010.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-540 de 2012.

Ruiz Miguel, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.

The Economist, "Flight of the drones", 8 de octubre de 2011, disponible en: <http://www.economist.com/node/21531433>.

Vásquez, Juan Gabriel, "Nuestra frágil historia", *El Espectador*, Sección Opinión, Bogotá, el 12 de enero de 2012, disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-320689-nuestra-fragil-historia>.

ABG. ROBERTO AMETTE ESTRADA

LA POLÍTICA PÚBLICA DE JUICIO Y CASTIGO EN
ARGENTINA



Ficha del autor



ABG. ROBERTO AMETTE ESTRADA

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Se ha desempeñado en las Áreas de Acceso a la Información y Litigio Estratégico de la Asociación por los Derechos Civiles y como Oficial en la Unidad Fiscal Especial para la Causa ESMA en el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina.

I. INTRODUCCIÓN¹

En el año 2003, y con el respaldo de la doctrina del caso “Barrios Altos”,² la entonces recientemente renovada Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) –sin dudas, una de las mejores que tuvo la Argentina– declaró, en la causa “Simón”,³ la inconstitucionalidad de las Leyes de Obediencia Debida⁴ y Punto final.⁵ Se dio así inicio a un período donde, después de años de impunidad, se pudo llevar adelante el juicio y castigo de quienes fueran responsables de los delitos contra la humanidad cometidos durante la dictadura 76-83.

Sin embargo, lejos de constituir un fenómeno de carácter judicial, el juzgamiento a represores, debe ser considerado una verdadera política pública que se concretó gracias al liderazgo de los poderes, tradicionalmente llamados, políticos del estado. Sin la voluntad política liderada por el ex presidente Kirchner y apuntalada por el Congreso Nacional y sin la puesta de todo el aparato estatal al servicio del juicio y castigo, la actuación judicial hubiera sido imposible tal como en efecto lo fue hasta el ya mencionado caso “Simón”.

El trabajo de diferentes organizaciones, como Madres y Abuelas de Plaza de Mayo (por nombrar a las más conocidas), sin embargo, no puede ser tampoco desmerecido. En efecto, fue gracias a su persistente y siempre pacífica labor que se logró mantener con vida una disputa sin la cual nuestro país, como parece evidenciarlo el alto apoyo que recibió el proceso de juzgamiento a nivel electoral, académico y muchas veces mediático, no hubiera conseguido continuar su historia en paz.

1 Agradezco por la ayuda prestada en este trabajo, en primer lugar, a mi amigo Carlos Luis Scoffié. Además, a quienes han conversado conmigo estos temas en el último tiempo: Marie Heuzé, Ernesto Gómez Zamacola, Andres O’Connor, Lucas Massaccesi y Sophie Daviaud. Por último a Felicitas Rossi y a María Julia Giorgelli, siempre muy generosas conmigo.

2 Corte IDH, Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 marzo de 2001.

3 CSJN, Simón, Julio Héctor y otros, sentencia del 14 de junio de 2005.

4 Ley 23.521, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>.

5 Ley 23.492, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>.



II. EL AUTODENOMINADO PROCESO DE REORGANIZACIÓN NACIONAL (PRN)

La violencia no es un elemento desconocido en la historia argentina. Quizás, por el contrario, sea el componente distintivo del período comprendido entre 1930 (año en el cual se produjo el primer golpe de Estado) y 1983. Sin embargo, el PRN que gobernara ilegítimamente el país entre 1976 y 1983, la desarrolló con una intensidad y de un modo inusitado hasta ese momento.

Esta violencia, lejos de encuadrarse en el marco de una guerra, como parecería defender la teoría de los dos demonios,⁶ fue racionalmente imprevisible. Nada parecido a un enfrentamiento armado existe cuando “(e) ochenta por ciento de los desaparecidos [fueron] raptados de sus casas, en la calle o en sus lugares de trabajo, ante testigos”⁷ o cuando la víctima de la represión es una joven de 16 años con un embarazo de tres meses, como fue el caso de Ana María Careaga.

Esta violencia estatal, como lo describiera adecuadamente la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) se desarrolló conforme al siguiente esquema: 1- secuestro, 2- tortura, 3- detención en un centro clandestino, 4- desaparición y muerte, 5- impunidad. En esta lógica represiva, la incorporación del Centro Clandestino de Detención (CCD), es el sello que distingue a la dictadura argentina, por ejemplo, de la Chilena y lo que la emparenta, al mismo tiempo, a otras experiencias concentracionarias como la llevada adelante por el Nazismo.

Sin una perfecta coordinación de la totalidad de la maquinaria estatal, el ejercicio de la violencia represiva no se hubiera podido llevar adelante del modo en que se hizo. En este sentido, es posible afirmar, que la represión liderada por las sucesivas juntas militares en el período 76-83 fue una verdadera política pública de exterminio cuya ejecución eficiente requirió de todas las instancias de poder del estado.

La necesidad de acaparar la totalidad del estado tuvo su reflejo normativo en uno de los instrumentos fundacionales de la dictadura: el Estatuto del PRN.⁸ En este documento, sancionado en ejercicio de un supuesto poder constituyente, la Junta se arrogó el ejercicio de las funciones legislativas y ejecutivas, al mismo tiempo que removió a la totalidad de los miembros de la CSJN que luego ella misma elegiría manteniendo en su poder, además, la facultad de nombrar jueces de instancias inferiores.

Esta “toma” de la totalidad del aparato estatal debe ser considerada, desde mi punto de vista, elemento esencial para el desarrollo acabado de la quinta etapa del sistema de exterminio descrito por la CONADEP: la impunidad. La eficacia en el logro de este

6 En argentina, [la teoría de los dos demonios] le sirvió al gobierno de Raúl Alfonsín para implementar sus relaciones con estamentos militares y los organismos de Derechos Humanos. Desde su horizonte conceptual se elaboró el *Nunca Más*. Centralmente decía que la sociedad argentina inocente en sí misma se había visto arrasada durante los años setenta por dos horrores: uno provenía de la extrema izquierda, el otro de la extrema derecha. Uno era la guerrilla, el otro la represión del Estado militar. () los dos demonios suponen un *empate histórico* entre dos fuerzas desequilibradas y violentas que abisman en el miedo y el caos a una sociedad inocente. José Pablo Feinmann, *La Sangre Derramada*, ensayo sobre violencia política, Seix Barral, p. 23.

7 Verbitsky, Horacio, “El Vuelo”, Planeta, p. 42.

8 Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional, disponible en <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL000162.pdf>.



objetivo no debe evaluarse tan solo durante el período dictatorial sino, por el contrario, hasta la reapertura de las causas iniciadas en el ya mencionado caso Simón. En este sentido, los resultados fueron, desde la perspectiva militar, más que satisfactorios ya que, con algunas excepciones que serán enunciadas más adelante, se logró una impunidad absoluta.

De esta manera, y anunciando ya lo que me interesa proponer en este breve trabajo, la política pública de exterminio solo pudo ser revertida con la existencia de una política pública antagónica que, como tal, involucró nuevamente a todos los órganos del estado (pero esta vez, claro está, con un indudable respeto institucional) en la persecución y castigo de quienes perpetraron violaciones a los derechos humanos.

III. EL PERÍODO 83-2003: LA IMPUNIDAD COMO ELEMENTO PREPONDERANTE

La vuelta de la democracia, con Raúl Alfonsín (proveniente de la Unión Cívica Radical) como presidente, hizo nacer la esperanza de que quienes llevaron adelante la muerte y desaparición miles de personas fueran castigados. Sin embargo (y posiblemente con razones que permiten comprender a Alfonsín, pero más difícilmente a Menem), esta ilusión duró apenas unos pocos años después de los cuales, primero el mismo Alfonsín y luego Carlos Menem, casi siempre con el visto bueno de los otros poderes del Estado, garantizaron la impunidad de los represores.

El mandato de Alfonsín se inició con la sanción del Decreto 158/83 en donde el presidente, en su condición de Jefe de las Fuerzas Armadas, ordenó a éstas juzgar a las tres juntas militares que comandaron el PRN. A esta decisión se le sumó la no menos importante derogación de las leyes de autoamnistía sancionadas meses antes del retorno de la democracia y la creación de un recurso ante la justicia penal (no militar) para que la decisión de los tribunales militares pueda ser revisada por la justicia ordinaria.

Este hábil montaje normativo construido con el aporte de grandes juristas como Carlos Nino y Genaro Carrió permitió la persecución de delitos de lesa humanidad con un respeto profundo por la Constitución Nacional. Sin embargo dejó algunos “huecos” a través de los cuales se filtrarían, luego, las posibilidades de impunidad. Me interesa, en este caso, señalar particularmente uno que fue el más aprovechado hasta el antecedente “Barrios Altos” de la Corte IDH.

La ley 22.924 de autoamnistía (llamada de Pacificación Nacional) sancionada por Bignone cinco semanas antes de las elecciones democráticas, de acuerdo con la doctrina jurídica desarrollada por Carrió y Nino, resultaba inconstitucional por su origen y no por su contenido. Carrió sostenía que lo era en tanto había sido sancionada con la suma del poder público en abierta violación del artículo 29 de la Constitución. Nino, por su parte, justificaba su ilegitimidad en el hecho de que la validez de las normas proviene de su sanción en un contexto de debate democrático amplio, inexistente en la dictadura. El problema de estos argumentos es que ambos dejan abierta la puerta a la impunidad: ¿que sucede si ésta es garantizada por una norma del Congreso sancionada en un contexto democrático y sin la suma del poder público?

Esta pregunta tuvo una primera respuesta (la segunda vendrá con “Barrios Altos”) con la sanción de las Leyes de Punto Final, de Obediencia Debida y los indultos del menemismo: la impunidad resulta legítima cuando tiene un origen democrático. Así fue que, después de haberse condenado en el famoso Juicio a las Juntas a quienes comandaron la masacre del PRN, se garantizó “democráticamente” la impunidad



de todos aquellos que habían actuado, supuestamente, en condiciones de coerción respecto de la autoridad militar, es decir, quienes habían puesto el cuerpo para llevar adelante la masacre. A esta “primera impunidad” se le sumaron los conocidos decretos de indulto del menemismo que alcanzaron a 1200 personas incluyendo algunos que no se habían beneficiado con las leyes de obediencia debida y punto final entre los que pueden incluirse a Videla, Massera y Galtieri, todos ellos antes condenado en el ya mencionado Juicio a las Juntas.

Los 90 fueron la década de la más profunda impunidad. El poder militar permaneció intacto y, la negación por medio de un “perdón” fingido no logró cerrar profundas heridas que seguían lógicamente abiertas en la sociedad. El recurrente argumento de sobreponerse al pasado (el que será repetido ad nauseam desde que terminó la dictadura incluso desde la reapertura de las causas en 2003) irreal y en muchas ocasiones ofrecido por quienes alguna complicidad han tenido con el golpe militar, no se condecía con la voluntad popular que gracias a diversas circunstancias podía expresarse unos años más tarde.

La vigencia del conflicto, del dolor, pero también del poder militar tuvo numerosas expresiones durante la década. De todas estas creo conveniente resaltar algunas bastante conocidas. La aparición del libro “El vuelo”, de Horacio Verbitsky, en donde el ex represor Scilingo se “quebraba” y hablaba de los ahora conocidos vuelos de la muerte, resultó la verificación fehaciente de un hecho más que supuesto hasta 1995. Del mismo modo, la creación de la agrupación HIJOS, mostró la incorporación de una nueva generación (que se sumaba a la ya afirmada de las abuelas y las madres) a la lucha contra la impunidad garantizando la continuidad del reclamo. En el orden militar, y para mostrar de qué modo continuaban las fuerzas armadas siendo poderosas, es interesante recordar las declaraciones del represor Astiz a la periodista Gabriela Cerruti en 1998. En una entrevista publicada en la revista tres puntos dijo: “(y) soy el hombre mejor preparado técnicamente en este país para matar a un político o a un periodista. Pero no quiero. Apuesto a este sistema. (...) Y creo que durante un gobierno democrático las fuerzas armadas deben ser democráticas. Pero nos están acorralando. Todos los días vienen a verme camaradas a decirme: justamente vos, no puede ser, tenés que liderar un levantamiento.”⁹

IV. 2003: LA VUELTA DEL ESTADO DE DERECHO, EL JUICIO A LOS REPRESORES

La acaparación del poder no se había agotado con el fin de la dictadura. La capacidad de presión militar, de generar miedo y de influir en importantes políticas públicas permanecía todavía, hasta 2003, vigente. Varias camadas de militares, funcionarios estatales en última instancia, desempeñaban sus cargos públicos aun habiendo cometido delitos de mucha gravedad. Víctimas y familiares de las personas detenidas, muertas y desaparecidas veían como el Estado Nacional no solo no concretaba el objetivo constitucional de afianzar la justicia sino que además cobijaba en su seno a quienes habían masacrado a miles de argentinos. La política pública de exterminio e impunidad tenía todavía resultados exitosos.

En marzo de 2001, y mientras la Argentina se acercaba al final de tres décadas de neoliberalismo a través de una de las más profundas crisis de su historia, la Corte IDH dictaba la sentencia en el caso “Barrios Altos”. Esta decisión, tal como lo explica

⁹ Entrevista disponible en <http://www.lanacion.com.ar/85555-el-texto-de-la-entrevista-que-alfredo-astiz-ofrecio-a-trespuntos>.



Cançado Trindade, es un hito insoslayable para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por primera vez un Tribunal internacional desarrolla jurisprudencia tendiente a desmontar los andamiajes normativos estatales que garantizan la impunidad de quienes, desde el mismo estado, cometieron graves violaciones a los derechos humanos. Desde “Barrios Altos”, entonces, las leyes de impunidad serán inadmisibles, no ya por el origen ilegítimo de su sanción sino por el contenido mismo de las normas.

Pero esta sentencia, por sí misma, no transformaba el caso argentino. Como se decía anteriormente, el desmantelamiento del esquema político y jurídico montado para la impunidad requirió, y requiere aún hoy, el desarrollo de una política integral donde todos los órganos estatales persigan el objetivo de encontrar la verdad y la justicia. Este complejo proceso se articuló a partir de 2003 con la llegada al gobierno de Nestor Kirchner quien lanzó una decidida política de memoria con el acompañamiento del resto de los poderes del Estado.

La actuación de los distintos poderes estatales

Poder Ejecutivo

En mayo de 2003, en el discurso de asunción de la Presidencia de la Nación, Nestor Kirchner, daba los primeros pasos para inaugurar la reapertura de los juicios: “formo parte de una generación diezmada, castigada con dolorosas ausencias” decía en su primer discurso como presidente en clara referencia a detenidos, muertos y desaparecidos por la última dictadura. Ese mismo año, y también como una política favorable al juicio y castigo de dictadores (aunque no solo), se iniciaba la renovación que democráticamente se haría de la corrupta Corte del menemismo y que a la postre resultaría en la creación de un tribunal con unánime apoyo social.

En el año 2003, asimismo, se designó como Secretario de Derechos Humanos a Eduardo Luis Duhalde. Bajo su gestión, este organismo, realizó un invaluable trabajo en materia de memoria. Constituyéndose como querellante en las causas en que se investigan delitos de lesa humanidad, dio presencia al ejecutivo en los juicios, al mismo tiempo que se hizo cargo del Archivo Nacional de la Memoria (ubicado en la ex ESMA) desde donde ha brindado un aporte enorme a la conservación y el acceso a material documental vinculado con el terrorismo de estado.

Asimismo, en 2004, se nombró a Esteban Righi como Procurador General de la Nación, cargo en el que, tal como lo determina la normativa local, tuvo la función de diseñar la política criminal. Su trabajo será de suma importancia ya que desde allí orientará la política del ministerio público fiscal a la persecución de delitos de lesa humanidad. Esta tarea, se verá reforzada a partir de 2007 con la creación de la “Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento” de las causas por violación a derechos humanos ocurridos durante la dictadura 76-83.¹⁰

Por otro lado, no puede dejar de destacarse como un hecho esencial la recuperación del predio en donde funcionara el Centro Clandestino de Detención ESMA realizada en el año 2007. La creación allí del Espacio para la Memoria, que funciona como un ámbito de homenaje a las víctimas del terrorismo de estado así como de promoción democrática y difusión de derechos humanos, es un hito cuyo impacto político difícilmente pueda

¹⁰ Resolución PGN 14/07, disponible en <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Res.PGN14-07.pdf>.



menospreciarse. Más aún cuando resulta un importante lugar de prueba para la Megacausa ESMA y si, además, se recuerdan los intentos del menemismo por demolerla en nombre de una supuesta “reconciliación”.

Poder Legislativo

En el año 1998, y con total consciencia de lo intrascendente de la decisión en materia judicial,¹¹ el Congreso de la Nación sancionaba la Ley 24.952¹² por medio de la cual **derogaba** las leyes de obediencia debida y punto final. En 2003, el 21 de agosto, y también con consciencia de las consecuencias que la sanción de esta norma tendría (aunque, en honor a la verdad, se necesitaba además el acompañamiento del máximo Tribunal nacional), la Ley 25.779¹³ declaraba **insanablemente nulas** las leyes de obediencia debida y punto final.

El destino de esta norma, desde un punto de vista estrictamente jurídico, fue muy particular. Con una mirada excesivamente formalista, resultó criticada por considerarse usurpadora de potestades judiciales: según esta opinión, la declaración de inconstitucionalidad de las normas resulta una competencia exclusiva del poder judicial, por lo que no resultaría posible, como sucedió en el caso, que el congreso establezca la nulidad de las leyes de impunidad del modo en que lo hizo.

Este planteo fue abordado por nuestro máximo Tribunal en la causa Simón en donde expresó que “se advierte que la supuesta ‘usurpación de funciones’ tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.” Agregando que “el sentido de la ley no es otro que el de formular una **declaración** del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la ‘ley’ sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521.”¹⁴

Poder Judicial

Es complejo sintetizar el papel de la justicia argentina en el proceso de juzgamiento a represores. Resulta evidente que su actuar resultó fundamental para condenar a los

11 La intrascendencia y la conciencia de ella surge con claridad de los conflictos planteados dentro del parlamento en ocasión de su sanción, así como también de las expresiones de las organizaciones de Derechos Humanos. Estas, así como algunos legisladores, bregaban por la anulación de las leyes de impunidad y no por su derogación que, como lo dijo el Diario La Nación no tiene efecto práctico y sólo representa un gesto simbólico y político (<http://www.lanacion.com.ar/91606-derogan-por-ley-la-obediencia-debida>). Desde un punto de vista penal, la derogación, no tenía efectos retroactivos por lo cual, aquellas causas que habían sido cerradas por las leyes de impunidad, no podrían ser reabiertas. La nulidad, más allá de las barreras jurídicas existentes (la pregunta sobre si el Congreso puede decretar la inconstitucionalidad de una norma) tiene la pretensión de ser retroactiva y, por tanto, como pasará años después, reabrir los casos cerrados en virtud de las leyes de obediencia debida y punto final.

12 Ley 24.592, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/50364/norma.htm>.

13 Ley 25.779, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/88140/norma.htm>.

14 CSJN, *supra* nota 2.



430 represores que, de acuerdo con la información brindada por el Ministerio Público, fueron juzgados hasta la fecha. Ante esta dificultad, creo conveniente enfocarse en la que fue la decisión que dio inicio, definitivamente, a la reapertura de causas de lesa humanidad: la causa “Simón”.

Para comentar el caso, de junio de 2005, es necesario retrotraerse a la reforma constitucional de 1994. Allí se incorporaron a plexo constitucional, a través del artículo 75 inciso 22, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta incorporación, que transformó profundamente el ordenamiento jurídico nacional, tuvo como una de sus principales consecuencias que las decisiones de la Corte IDH tuvieran un enorme peso para la jurisprudencia local.

Este contexto nos conduce a la decisión del máximo tribunal regional en materia de derechos humanos en la causa “Barrios Altos”. Allí, como se anticipó, este órgano consideró que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”¹⁵

Según esta interpretación de la Corte IDH, las leyes de impunidad, a diferencia de la solución que como se enunciara anteriormente ofrecieran Nino y Carrió, no son ilegítimas en función de su origen antidemocrático sino en razón de su contenido que garantiza impunidad. De esta manera, la Corte argentina, tenía una herramienta legal de un tribunal regional para declarar inconstitucional las leyes de obediencia debida y punto final.

La oportunidad de aplicar la doctrina Barrios Altos apareció en la causa Simón. Sin embargo, esto no resultaba tan sencillo. La Corte Suprema (con diferente composición) ya había declarado en el marco de la causa “Camps” la constitucionalidad de la ley de obediencia debida y, por ello, debía encontrar el modo de apartarse de aquel precedente de manera no arbitraria (sobre todo por las consecuencias sobre numerosas garantías penales que tendría esta declaración de inconstitucionalidad). Así es que en el antecedente Simón expresó que si bien al momento de juzgar por primera vez las leyes de impunidad aparecían evidentes sus deficiencias (ausencia de carácter general, imposibilidad de admitir que las leyes de obediencia militar libren de responsabilidad por actos atroces y degradantes), el máximo tribunal decidió confirmar la constitucionalidad de las normas ya que consideraba que se encontraba en grave peligro la paz social y una amnistía como la otorgada por estas leyes “aparecía como la única vía posible para preservar la paz social”.¹⁶

Con este razonamiento, entonces, la CSJN dio un giro a su propia jurisprudencia y declaró, haciendo suyos los argumentos de la Corte IDH, la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final.

V. EL CONTEXTO DE ESTE PROCESO

El derecho suele analizarse desde la abstracción. Así es que este relato puede aparecer,

¹⁵ Corte IDH, *supra* nota 1.

¹⁶ CSJN, *supra* nota 2.



simplemente, como un conjunto de doctrinas que fueron reemplazándose unas a otras en la justicia argentina. Sin embargo, esto no es así. Es necesario decir que el proceso de juzgamiento sacó a la luz los últimos vestigios de violencia represiva.

El primer juicio oral que se iba a llevar adelante después de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, fue en el que se investigaba el llamado circuito Camps. En ese marco, el 18 de septiembre de 2006, horas antes de que se condenara a Miguel Etchecolatz (Jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires durante la dictadura) a cadena perpetua por los delitos de lesa humanidad, Julio López, uno de los principales testigos que lo incriminaba, fue secuestrado y desaparecido. Hasta el día de la fecha, permanece desaparecido sin que se hayan encontrado los responsables del delito. Sin lugar a dudas, Julio López fue víctima de su testimonio en la causa en que terminó condenado Etchecolatz. El valor simbólico de esta desaparición fue, como puede imaginarse, enorme.

En lo que a causa ESMA refiere, el primer juicio en llevarse a cabo fue el del ex prefecto Héctor Febres. El 10 de diciembre de 2007, 4 días antes de que se leyera la sentencia en el juicio que se llevaba adelante en el Tribunal Oral Federal 5, el imputado apareció muerto a causa de un paro cardíaco producido por envenenamiento a través de Cianuro. Fueron acusados por homicidio dos prefectos pero, en 2008, cayó la imputación que pesaba sobre ellos así como la de encubrimiento que recaía sobre algunos familiares. Febrés, al momento de morir, se encontraba dentro de una base de Prefectura en Tigre en donde las condiciones de detención eran absolutamente extraordinarias si se las compara con las habituales en la República Argentina. Con la muerte de Febrés se logró impedir el arribo a una sentencia de fondo.

VI. CONCLUSIÓN

Tal como lo describió de manera acertada el “Nunca Más”, la impunidad formó parte del plan sistemático de exterminio. Este objetivo fue eficientemente logrado hasta el año 2003 cuando, saliendo de una gravísima crisis económica, el gobierno de Kirchner impulsó la maquinaria estatal hacia una política de persecución de delitos de lesa humanidad.

Esta política, cuyo puntapié inicial desde lo jurídico fue posibilitado por la doctrina Barrios Altos, lleva ya 10 años de ejecución sostenida. Su realización, sin embargo, no se debió solamente al desarrollo jurídico alcanzado hasta la época y luego profundizado durante el mismo proceso sino, principalmente, a la decisión de desarrollarla de manera integral poniendo en coordinación todas las herramientas estatales al servicio de un objetivo.

Durante este período y más allá de las críticas que puedan caberle, además de alcanzarse la persecución penal y condena de represores con un indudable respeto institucional, se arribó a un proceso que, al parecer, dará cierre no solo al período más oscuro de la historia nacional, el período 76-83, sino a una larga tradición de golpes militares iniciada en 1930 que condenó al país a una inestabilidad incompatible con el desarrollo.



BIBLIOGRAFÍA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 marzo de 2001.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Simón, “Julio Héctor y otros”, sentencia del 14 de junio de 2005.

Diario la Nación

Entrevista a Alfredo Astiz, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/85555-el-texto-de-la-entrevista-que-alfredo-astiz-ofrecio-a-trespuntos>.

Nota de prensa disponible en <http://www.lanacion.com.ar/91606-derogan-por-ley-la-obediencia-debida>.

Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional, disponible en <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL000162.pdf>.

Feinmann, José Pablo; “La Sangre Derramada, ensayo sobre violencia política”, Seix Barral, p. 23.

Ley 23.492, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/21864/norma.htm>.

Ley 23.521, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/21746/norma.htm>.

Ley 24.592, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/50000-54999/50364/norma.htm>.

Ley 25.779, disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/85000-89999/88140/norma.htm>.

Resolución PGN 14/07, disponible en <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/Unidades-FE/Res.PGN14-07.pdf>.

Verbitsky, Horacio; “El Vuelo”, Planeta, p. 42.

CARLOS LUIS ESCOFFIÉ DUARTE

ENTRE FRONTERAS Y SENDAS: REFLEXIÓN SOBRE LOS
CONFLICTOS DEL DERECHO A LA VERDAD CON OTROS
DERECHOS Y PRINCIPIOS A LA LUZ DE EXPERIENCIAS
NACIONALES



Ficha del autor



CARLOS LUIS ESCOFFIÉ DUARTE

Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán. Actualmente se desempeña como investigador en el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Yucatán.

I. INTRODUCCIÓN

Desde su consolidación en la época de los noventa, el dilema de la justicia transicional ha consistido en atender las necesidades de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y, al mismo tiempo, evitar la vuelta al conflicto y consolidar una paz duradera.¹ La búsqueda por implementar medidas legales y políticas que satisfagan estos objetivos ha motivado innumerables estudios, a partir de los cuales podríamos afirmar (con mucha cautela) que existe actualmente un consenso sobre qué principios mínimos deben asegurarse. Uno de los resultados directos de estos procesos de reflexión ha sido el concepto del derecho a la verdad, reconocido tanto en la escena internacional² como en sede interna.³ El desarrollo de su naturaleza y contenido ha

1 MANI, Rama; "La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la justicia reparadora en el posconflicto" en Martha Minow et al (ed.), *Justicia Transicional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2011, págs. 156 -158.

2 Véase: Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, Resoluciones 1468 (2003), 1470 (2003) y 1606 (2005); Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resoluciones 55/118, 57/105 y 57/161; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Estudio sobre el derecho a la verdad", Resolución E/CN.4/2006/91 del 9 de enero de 2006, párr. 13; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Estudio sobre el derecho a la verdad", Resolución E/CN.4/2006/91 del 9 de enero de 2006; Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, "El derecho a la verdad", Resolución 2005/66 del 20 de abril de 2005; Asamblea General de la ONU, "Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas", Resolución 65/196 del 21 de diciembre de 2010; Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Resolución "El derecho a la verdad" AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) y Resolución "El derecho a la verdad" AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07); entre otros.

3 Véase: Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 18 de marzo de 2004, Expediente 2488-2002-HC/TC; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/02 de 3 de abril de 2002, Referencia: expediente D3672, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 de la Ley 600 de 2000*, Mags. Ptes. Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; Ley 1448 de 2011, Congreso de la República de Colombia, Diario Oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011; y Artículo 149, inciso "b"; Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región (Estados Unidos Mexicanos), Tesis Aislada "REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. CONTENIDO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)", 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3; Pág. 2660; Ley General de Víctimas, Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, DOF: 09/01/2013.



estado íntimamente ligado al derecho internacional humanitario y a los procesos de transición, debido a que ambos ámbitos pueden ser identificados como su origen histórico.⁴ No son pocas las dudas, críticas y confusiones que este derecho genera en cualquier lector, empezando por su propio nombre. Sin embargo, considero que no es aventurado afirmar que el ser humano es un ente hecho de memoria.

La noción del “presente” no es sino una interpretación que el individuo hace respecto de su pasado. Incluso ahora, en este instante, la lectora o el lector está realizando un proceso de memoria: la palabra leída no adquiere sentido en sí misma sino hasta articularla con lo previamente leído. No existen partes, sino un todo complejo develando un significado en su conjunto. Podríamos ir más allá y pensar en el tiempo que demora la luz en proyectar la imagen de cada una de estas letras sobre nuestros ojos para, posteriormente, ser descifradas y entendidas en nuestro lóbulo frontal. Lo que actualmente se lee no es un presente, sino un recuerdo que es re-significado en la integridad de un texto. Esta reflexión (un botón de muestra de la condición humana) llega a su límite más crítico cuando lo que debemos memorizar son los traumas ocasionados a partir de graves violaciones a derechos humanos. La necesidad de conocer lo ocurrido no asiste a una “justicia del pasado”, como ha sido denominada por algunos, sino a una justicia latente. Las preguntas del pasado siempre son planteadas desde el presente. La memoria no es otra cosa que el proceso por el cual construimos nuestra identidad y nuestra existencia. Por eso cuando un determinado régimen decreta el olvido es un atentado contra la narrativa de las víctimas y sus familiares, pero también de la sociedad en general.

Sin embargo, abordar los crímenes del pasado para construir una memoria colectiva deviene en una tarea no pocas veces conflictiva. El mito de la sociedad homogénea con una perspectiva histórica común enfrentándose ante un reducido número de victimarios se desvanece al constatar que el olvido institucional permea en los distintos ámbitos de la sociedad, enfrentando a ciudadanas y ciudadanos contra sus semejantes e, incluso, poniendo en colisión los intereses de una víctima frente a otra. La complejidad de los contextos en los que normalmente es exigido hacen sospechar al autor que el derecho a la verdad se trata de un derecho de carácter híbrido, cuyo contenido incluye desde principios o expectativas que deben perseguirse tan ampliamente como las circunstancias lo permitan (*soft law*) como obligaciones específicas que, *prima facie*, no se encuentran en discusión (*hard law*). En las primeras pudiéramos encontrar, por ejemplo, la necesidad de reconstruir y difundir la memoria histórica, obligación que presenta un amplio marco de apreciación y que puede ser cumplida a través de comisiones de la verdad, sin que estas sean consideradas acciones imperativas. Por su parte, en las segundas pudiéramos encontrar, por ejemplo, la obligación de emprender los esfuerzos necesarios para la búsqueda de los restos mortales de las víctimas tras un conflicto armado y la entrega de los mismos a sus familiares para que estos puedan darles una digna sepultura.⁵ Sin embargo, existe una especie de ruido blanco respecto

4 Al respecto, consultar, entre otros: Conferencias Internacionales de París y Berlín de 1867 y 1869; Resolución II de la XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Manila (1981); y Resolución XIII de la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1986); NAQVI, Yasmin; “El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?”, en International Review of the Red Cross, Junio de 2006, N.º 862, pág. 5. Versión digital disponible en el enlace: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_naqvi.pdf (Última consulta del 6 de febrero de 2014); y Comisión Colombiana de Juristas, “Derecho a la verdad y derecho internacional”, Primera Edición, Bogotá Colombia, septiembre 2012; pág. 12.

5 Véase: Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario



de qué aspectos de este derecho son, efectivamente, derechos y qué otros son principios generales.

El autor se considera un militante del derecho a la verdad como proceso social. Esto no implica que ignore las complejas trabas que ha encontrado para instaurarse como concepto jurídico. Probablemente se deba a que, a diferencia de otros derechos, su exigencia surge en contextos inestables donde no únicamente la verdad histórica y la reparación de las víctimas se encuentran en juego, sino la paz y orden social, la institucionalidad y la posibilidad de transitar hacia un régimen democrático. Si bien la búsqueda de la verdad es imperativa, no puede emprenderse desde una perspectiva hemipléjica que ignore los otros puntos de tensión que rodean el ámbito en el que se desenvuelve. La poesía alrededor del reconocimiento del derecho a la verdad debe ser urgentemente complementada con la prosa. No debe perder la esperanza, ni el espíritu indómito por recuperar la memoria, pero debe ser realista e integrarse a las otras necesidades imperantes en tiempos donde el olvido y la institucionalidad luchan por abrazar tierra. Bajo esta perspectiva, el presente artículo surge bajo la inquietud de documentar y analizar tres casos que ilustran algunas de las experiencias en las que se ha evidenciado la dificultad que enfrenta la garantía del derecho a la verdad en sede judicial. Estos casos seleccionados no son los únicos, ni mucho menos los más representativos. Considero desmedido hablar de casos representativos, en virtud de que cada pueblo y su proceso de transición son sumamente diferentes. Se tratan, a lo mucho, de experiencias ilustrativas que pudieran dar algunas ideas que de ningún modo deben aplicarse de manera mecánica en otros lugares. El objetivo del autor es, también, presentar estos tres casos para adoptar una postura crítica ante la práctica de invocar el derecho a la verdad a manera de mantra, sin que ello implique realizar el análisis cuidadoso y profundo que requiere. Hecha esta pertinente advertencia, describiré brevemente el desarrollo que tendrá este trabajo.

El primero de los casos presentados es el relativo a las leyes de amnistía vigentes en Uruguay y las decisiones que al respecto ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de ese país. Se abordará, en síntesis, el conflicto existente entre el derecho a la verdad y la deliberación democrática. En segunda instancia, daremos cuenta de la Causa “Ernestina Herrera de Noble” en Argentina, relativa a las medidas judiciales para determinar la identidad de niñas y niños secuestrados durante la dictadura, aún en contra de la voluntad de estos. Si bien el análisis se enfocará en una sentencia en particular, se terminarán revisitando distintos criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en otras oportunidades. La disyuntiva en este caso es entre el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas y el derecho de las víctimas a “no saber la verdad”. Por último, será expuesta la Causa “Carlos Antonio Castañeda”, experiencia también de Argentina y relativa al uso desproporcionado del derecho a la verdad como concepto abstracto e indefinido en contra del debido proceso de un presunto encubridor de un atentado terrorista en Buenos Aires. El punto de choque en este caso es entre el derecho a la verdad de las víctimas y los derechos de los inculpados. Finalmente, una síntesis de las ideas generales del autor será presentada a manera de conclusión.

Aplicable en los Conflictos Armados; Conferencias Internacionales de París y Berlín de 1867 y 1869; Resolución II de la XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Manila (1981); y Resolución XIII de la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1986); entre otros.



II. CAUSA SABALSAGARAY CURUTCHET: ¿LA “DEMOCRATIZACIÓN” DE LA IMPUNIDAD?

Entre 1973 y 1985, Uruguay se vio inmerso en una dictadura cívico-militar. Al finalizar el régimen, los primeros años de vida democrática se vivieron bajo la amenaza de un quiebre social e institucional por el conflicto entre el poder militar y la institucionalidad democrática. Bajo este contexto y siguiendo una lógica de *Realpolitik*, fue adoptada la ley 15.848 o ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.⁶ Se trataba de una ley de amnistía que impedía la persecución penal en contra de los responsables de las muertes, desapariciones, exilios y detenciones políticas ocurridas en el Uruguay durante el gobierno de facto.⁷ A pesar de tratarse de un instrumento violatorio de distintas disposiciones de la Constitución Uruguaya, la Suprema Corte de Justicia aprobó el 2 de mayo de 1988 su promulgación.⁸ A diferencia de otras leyes de amnistía promulgadas en América Latina después de una dictadura militar, la Ley 15.848 contó con un elemento que añadiría complejidad a la reconstrucción de la memoria histórica: la legitimidad del voto popular a través de un referéndum celebrado en 1989 y un plebiscito realizado en 2009. En ambas oportunidades, la mayoría de los votantes se pronunciaron en contra de la derogación de dicha ley de amnistía.

Existen dos fallos que han sido objeto de continuas discusiones académicas en los últimos años. El primero de ellos es la sentencia No. 365 emitida el 19 de octubre de 2009 por la Suprema Corte de Justicia uruguaya en la causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela, en la cual declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 15.848. La segunda es la sentencia de fondo y reparaciones en el Caso Gelman Vs. Uruguay (en adelante “Caso Gelman”) emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de febrero de 2011, en la cual dicho tribunal ordenó al Estado Uruguayo, entre otros, a garantizar

“que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos”⁹.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Interamericana aplicó de manera casi mecánica los mismos argumentos que en otros casos utilizó para invalidar leyes de auto-amnistías en contextos de nula o ineficaz capacidad institucional para la toma de

6 GALAIN, PABLO; Informe sobre Uruguay incluido en *“Justicia de transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España”*, editorial Temis S.A., Bogotá 2010, pág. 398.

7 La Ley 15.848 establecía en su artículo primero que *“como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el periodo de facto.”*

8 GALAIN, Pablo; *Op. Cit.*; pág. 398.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman Vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones; Sentencia de 24 de febrero de 2011; Serie C No.221, Punto Resolutivo 11).



decisiones.¹⁰ Asimismo, desestimó la aprobación popular de la ley al considerarla simplemente un “*hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél*”.¹¹ Si bien es indudable la atención que ha acaparado esta sentencia por su controversial contenido, para efectos del presente trabajo nos centraremos específicamente en la Causa Sabalsagaray Curutchet, debido que expone conflictos que pudieran reproducirse en otros países. No es que la Corte Interamericana no pudiera adoptar una posición similar en casos futuros, pero abordar el “choque de trenes” en sede interna pudiera ser más representativo.

La controversia relativa a la sentencia de la Causa Sabalsagaray Curutchet puede ser entendida desde dos posturas. La primera se divide, a su vez, en dos críticas fundamentales. La primera se refiere a la alegada validez democrática de la Ley 15.848. La sociedad uruguaya había deliberado la caducidad de la pretensión punitiva en contra de los victimarios durante la dictadura, por lo que no se trataba ya de una impunidad decretada por los responsables, sino la voluntad popular por dar cierre a al menos una de las vías para alcanzar la verdad, la justicia y la reparación. Esta es la postura adoptada por Roberto Gargarella.¹² No se trata de una crítica menor, sobre todo teniendo en cuenta la idea que comúnmente se ha tenido de que los procesos de transición y las estrategias para abordar el pasado deben tener siempre como base a la sociedad. La segunda crítica es la referente a que se estarían violando principios tradicionales del derecho penal, como la legalidad, irretroactividad, *non bis in idem* y prescriptibilidad. Esta perspectiva corresponde a la de Jorge T. Larrioux.¹³

La segunda postura corresponde a la asumida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en la Causa Sabalsagaray Curutchet, así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por el Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor¹⁴, quien no formaba parte de dicho tribunal al momento de dictarse la controversial sentencia en el Caso Gelman. Como bien señala Gargarella¹⁵, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay adoptó la teoría de la *esfera de lo no decidible* de Luigi Ferrajoli. Desde esta perspectiva, se apuesta por una democracia inclusiva y no por la tiranía de la mayoría, por lo que el ejercicio de los derechos se encuentra blindado de la deliberación mayoritaria. En el caso particular de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, el control constitucional ejercido por ésta implica en sí mismo un mecanismo contramayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos y las minorías puedan ser arrasadas por el vaivén político y las decisiones de la mayoría predominante.¹⁶ Al respecto, señaló que

10 GARGARELLA, Roberto; “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, pág. 7 y 8. Disponible en formato digital a través del enlace: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf (16/02/2014).

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman Vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones; Sentencia de 24 de febrero de 2011; Serie C No.221, párr. 238)

12 GARGARELLA, Roberto; *Op. Cit.*

13 LARRIEUX, Jorge T.; “Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad” en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013”, Konrad Adenauer, págs. 589 – 606.

14 FERRER MAC GREGOR POISOT, Eduardo; Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo de 2013 en el Caso Gelman Vs. Uruguay.

15 GARGARELLA, Roberto; *Op. Cit.*; pág. 10.

16 BERNAL PULIDO, CARLOS; “El derecho de los derechos”, Universidad Externado de Colombia, Quinta Reimpresión, Bogotá 2008, pág. 29.



“el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada ‘ab origine’ por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la ‘democracia sustancial’, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (Democracia y garantismo, p. 32).”¹⁷

Como puede apreciarse, el argumento central sostiene, en resumen, la necesidad de límites a las decisiones de las mayorías, sobre todo cuando estas afecten los principios constitucionales que consagran los derechos humanos.¹⁸ La Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró que el límite de la decisión de la mayoría reside en la tutela de los derechos fundamentales y en la sujeción de los poderes públicos a la ley¹⁹, por lo que ninguna mayoría podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una ley²⁰. El autor comparte esta postura en virtud, sin que esto implique ignorar las entendibles preocupaciones que plantean las críticas a este fallo. La dicotomía no debe resumirse a una sobre confianza en la decisión mayoritaria y a una desconfianza desmedida en la actividad del juez constitucional o viceversa, como apunta Gargarella.²¹ Existen víctimas de una dictadura que tienen derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Cierto es que la persecución penal de los responsables no sólo no es la única vía para alcanzar estos objetivos, sino que representa obstáculos que ameritan la adopción de medidas complementarias como la creación de comisiones de la verdad o los mecanismos sociales no institucionalizados.²² Sin embargo, lo anterior no debe ser entendido en el sentido de que la posible existencia de otros mecanismos sea argumento suficiente para cancelar el acceso a la justicia penal. Es indudable que, como señala Piper, los procesos de memoria tienen similitud a la partitura de una melodía: los silencios también forman parte la misma.²³ El problema está en matizar esta realidad y determinar qué es susceptible de silencio en pos de la paz social y la reconciliación y

17 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencia No. 365 “Causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela” del 19 de octubre de 2009, pág. 30. Disponible en formato digital a través del enlace: http://www.espectador.com/documentos/scj_caducidad.pdf (17/02/2014).

18 En este sentido: UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “LEGITIMIDAD Y CONVENIENCIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A LA ECONOMÍA”, Revista PRECEDENTE, 2001; julio, 2006; 108912 bytes y págs. 35-66.

19 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencia No. 365 “Causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela” del 19 de octubre de 2009, pág. 32.

20 *Ibidem*.

21 GARGARELLA, Roberto; *Op. Cit.*; págs. 17 y 19.

22 UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANÍN, María Paula, “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”, incluido en “¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia”, Dejusticia, Bogotá 2006; pág. 148. Disponible en formato digital a través del enlace: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=146.

23 PIPER, Isabel; “Procesos de memoria colectiva en la postdictadura chilena” en Ximena Erazo, Gloria Ramírez, Marcia Scantlebury (ed.) “Derechos humanos, pedagogía de la memoria y políticas culturales”, LOM Ediciones, Santiago de Chile 2011, pág. 82.



qué no lo es. En todo caso, si un tribunal constitucional decidiese adoptar una postura como la asumida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, no debe ignorar la repercusión que esto tendría en el debido proceso, como ha señalado Jorge T. Larrioux.²⁴

Es incuestionablemente complejo el panorama que atraviesan las sociedades en transición a la democracia. Si existe un común denominador en las experiencias de justicia transicional es que siempre se sacrifican determinados anhelos para alcanzar otros. Por supuesto, ese sacrificio debe ser evitado tanto como sea posible, pero se tratan de contextos en sí mismos caóticos donde el peligro de no concretar la transición puede amenazar con más sufrimiento. Con esto no estoy proponiendo que se sacrifique la reparación de las víctimas para garantizar la integridad institucional. Al contrario: el objetivo primordial siempre es atender el sufrimiento de las víctimas por cuantos medios sea posible. La pregunta es hasta dónde son sacrificables los procesos penales en contra de los victimarios para evitar la producción de nuevas lesiones sociales o institucionales.

III. CAUSA “ERNESTINA HERRERA DE NOBLE”: EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS “A NO SABER”

Entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, Argentina sufrió una de las peores dictaduras en la historia reciente de América Latina. El Proceso de Reorganización Nacional (nombre con el cual los golpistas denominaron a su régimen) se caracterizó por el terrorismo de Estado, impulsando una política sistemática de exterminio en contra de la disidencia. Una de las expresiones más deplorables de ese periodo fue el secuestro sistemático de niñas y niños recién nacidos, los cuales eran criados por los torturadores y/o asesinos de sus padres biológicos.²⁵ Si bien es indudable el carácter abominable de este crimen, la experiencia argentina en la búsqueda de los menores ha puesto en debate los alcances del derecho a la verdad ante las graves violaciones a derechos humanos. ¿Qué sucede cuando las niñas y niños sustraídos, ya convertidos en adultos, alegan un derecho a “no saber” en contra del derecho a saber de los familiares que los han buscado por décadas? Esta pregunta ha sido el origen de un amplio debate a través de distintos casos en la Argentina.²⁶ Para efectos del presente trabajo, nos centraremos particularmente en la Causa Ernestina Herrera de Noble, debido a su impacto mediático y porque su resolución implicó una revisión generalizada de criterios previamente adoptados en casos similares.

En el año 2002, las Abuelas de Plaza de Mayo interpusieron una denuncia penal en contra de Ernestina Herrera de Noble, viuda del principal accionista del Grupo Clarín, la compañía de medios masivos más importante de Argentina. El motivo de la causa era la presunción de que los hijos adoptivos de Herrera de Noble, Marcela y Felipe, eran en realidad los hijos sustraídos ilegalmente de las familias Lanuscou-Miranda y García-Gualdero durante la dictadura. Al solicitarse un análisis médico del ADN para comprobar la verdadera identidad de Marcela y Felipe Noble Herrera, estos se

24 LARRIEUX, Jorge T.; *Op. Cit.*

25 ORDUÑA TRUJILLO, Eva Leticia; “Verdad y justicia ante hechos del pasado: ¿amenaza o cimiento de las democracias latinoamericanas?”, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF 2008, pág. 118 y 119.

26 A saber: Corte Suprema de la Nación de Argentina, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años” del 11 de agosto de 2009; “Evelin Karina Vázquez Ferrá” del 30 de septiembre de 2003; “H., G. S. y otro s/apelación de medidas probatorias” del 4 de diciembre de 1995; entre otros.



opusieron, alegando que no deseaban saber su origen biológico y que tenían derecho a que se les respete sus derechos a la dignidad y a la protección de la integridad y salud psíquica. El análisis de sangre fue ordenado judicialmente a través de una controversial diligencia: fueron interceptados en la vía pública y llevados a su domicilio para que en un lugar privado entregaran su ropa interior y la vestimenta necesaria para realizar los estudios. Las muestras, sin embargo, no fueron suficientes para determinar la filiación, razón por la cual nuevamente fue solicitada una prueba de ADN.

Esta situación llevó a la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal a analizar el 2 de junio de 2011 una resolución emitida por la jueza federal de San Isidro el 2 de diciembre de 2010, en la cual ésta ordenó la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas de Marcela y Felipe Noble Herrera, con la finalidad de identificar si se trataban realmente de los infantes desaparecidos. Al interponer el recurso de casación, sus representantes legales adujeron el principio pro persona alegando que la medida había sido ordenada por la juez penal

“sin importar sus intereses, su autonomía personal, su dignidad, sus padecimientos, ni los daños a su salud y psiquis que ese aporte ha de aparejarles [...] [E]n ese análisis, tampoco importa que ello cree en estas víctimas el terrible dilema de ofrecer elementos de prueba que serán utilizados en contra de quienes les han dado amor y crianza, y no importa cuántas veces se los someta, a lo largo de un proceso penal, a exploraciones en su organismo y ataques a su dignidad.”²⁷

En el pasado, la Corte Suprema de la Nación de Argentina había estudiado casos en los que, en virtud de una investigación penal, se había requerido muestras de sangre en contra de la voluntad de la víctima cuando ésta era todavía menor de edad. La postura del Tribunal sostuvo que este tipo de diligencias forzadas

*“no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”.*²⁸

Sin embargo, en la controversial sentencia de la Causa “Evelin Karina Vázquez Ferrá”, la Corte Suprema de Argentina declaró que sí era violatorio de derecho (y por lo tanto inconstitucional) la extracción involuntaria de ADN en casos de infantes secuestrados que, al momento de ordenarse la medida, ya habían alcanzado la mayoría de edad. Los ministros consideraron equiparable la toma involuntaria de material genético con una declaración coaccionada, argumentando la legitimidad y legalidad de la negativa de una persona mayor de edad a prestarse a que su cuerpo sea utilizado para extraer elementos de prueba que inculpen a los que ha entendido toda su vida como sus padres.²⁹ Esta deliberación fue motivo de una petición interpuesta ante la Comisión

²⁷ Sala II de Cámara Nacional de Casación Penal, Causa Nro. 13.957, pág. 9. Disponible en formato digital a través del enlace: http://www.perfil.com/docs/20110602_-_noble_herrera.pdf (Última consulta del 7 de febrero de 2014).

²⁸ Corte Suprema de la Nación de Argentina, “H., G. S. y otro s/apelación de medidas probatorias” del 4 de diciembre de 1995, punto décimo.

²⁹ Corte Suprema de la Nación de Argentina, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación” del 30 de septiembre de 2003, punto décimo.



Interamericana de Derechos Humanos, la cual concluyó en un acuerdo de solución amistosa³⁰ por medio de la cual el Estado argentino se comprometió a generar los cambios legislativos necesarios para autorizar a los jueces a ordenar la toma de muestras biológicas necesarias para este tipo de casos. El cumplimiento de este compromiso se alcanzó en noviembre de 2009 con la aprobación de la Ley N° 26.549.³¹ Sin embargo, la reforma legislativa no impidió que asuntos similares volvieran a ser analizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. En la Causa “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”³², por ejemplo, se pronunció sobre la razonabilidad de la extracción de sangre involuntaria y sobre la posibilidad de obtener material genético a través de objetos personales secuestrados.

Como puede apreciarse, la Causa Ernestina Herrera de Noble retomaba una extensa discusión pública sobre los alcances del derecho a la verdad. Al resolver el asunto, la Sala II confirmó la decisión recurrida en la que la jueza federal que ordenó “*la extracción directa, con o sin consentimiento, de mínimas muestras de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas pertenecientes en forma indubitada a Marcela y Felipe Noble Herrera*”.³³ La sentencia tiene muchos aspectos dignos de ser comentados y analizados, pero para efectos del presente trabajo el autor se limitará a un análisis general del texto del fallo, deteniéndose en los puntos más relevantes para nuestro tema.

Ante la complejidad del caso, el juez Luis M. García determinó pertinente realizar un examen de proporcionalidad de la medida tomando de referencia el implementado por la Corte Interamericana en el Caso Kimel Vs. Argentina.³⁴ Asimismo, en sus consideraciones, desechó los argumentos de Marcela y Felipe Noble respecto de que los asistía una interpretación de la legislación penal a la luz del principio pro persona.

“Expuesta de este modo la tensión, es incorrecta la invocación del principio pro homine, porque este principio, que puede aplicarse frente al interés estatal

30 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 160/10, Petición P- 242-03, Solución Amistosa *Inocencia Luca de Pegoraro y Otros* (Argentina) del 1 de noviembre de 2010.

31 Publicada en el Boletín de la República Argentina, viernes 27 de noviembre de 2009, Número 31.790, Año CXVII.

32 Corte Suprema de la Nación de Argentina, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (artículo 146)” del 11 de agosto de 2009.

33 Sala II de Cámara Nacional de Casación Penal, Causa Nro. 13.957, págs. 164 y 165. Asimismo, este fallo también reformó el alcance de dicha decisión para limitar la comparación de los perfiles de ADN obtenidos de las muestras de Marcela Noble Herrera a los perfiles de ADN de las muestras aportadas al Archivo Nacional de Datos Genéticos por parientes de personas detenidas o desaparecidas “con certeza- hasta el 13 de mayo de 1976, y limitando la comparación de los perfiles de ADN obtenidos de las muestras de Felipe Noble Herrera a los perfiles de ADN de las muestras aportadas a ese archivo, por parientes reclamantes con relación a personas detenidas o desaparecidas” con certeza- hasta el 7 de julio de 1976.

34 Sala II de Cámara Nacional de Casación Penal, Causa Nro. 13.957, págs. 6. A saber, los puntos del examen realizado por el juez fueron los siguientes: a) si la medida impugnada constituía una injerencia en los ámbitos de protección constitucional o una limitación del goce de derechos constitucionales u otros derechos humanos que los hijos de Herrera de Noble adujeron afectados por la medida impugnada, y el alcance de la afectación; b) si esa injerencia o limitación tenía base legal, c) si la injerencia o limitación perseguía un fin legítimo admitido por la Constitución de Argentina y los tratados de derechos humanos que la complementan.; d) si la medida aparecía como necesaria en una sociedad democrática y si la restricción o limitación concreta que acarrearía era proporcionada a los fines perseguidos.



en la persecución penal, incluso de delitos graves, no ofrece ninguna posibilidad operativa en caso de conflicto de intereses y derechos fundamentales o humanos entre varias personas. Porque ese principio, que puede sintetizarse, en cuanto aquí interesa, como directiva a asegurar en la mayor medida los derechos humanos de la persona, y de interpretar de manera restrictiva los supuestos de limitación de esos derechos, no permite alcanzar ese fin cuando hay dos o más personas cuyos derechos entran en conflicto y el aseguramiento de los derechos de una implica la restricción de los derechos de otra. [] El principio pro homine no provee de una solución, sino que es el escrutinio estricto mediante el principio de proporcionalidad el único que puede ofrecer el criterio para la solución del presente caso.”³⁵

Al analizar la legitimidad de los fines perseguidos por la medida adoptada, recalco que un derecho sólo puede ser objeto de limitación si la ley que autoriza la limitación persigue un fin legítimo, por lo que, siguiendo con la jurisprudencia argentina, “el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa”.³⁶ Retomando casos anteriores, se advirtió que la persecución a ultranza del crimen puede acarrear lesiones al derecho de la presunta víctima secuestrada de carácter irreparable, por lo que

“la pretensión punitiva del Estado -el llamado jus puniendi- no puede habilitar una coacción que lesione a ninguna víctima en forma grave y contra su voluntad invocando un nebuloso y abstracto interés social, o sea, adjudicándose la voluntad de todos los habitantes e incurriendo con ello en la identificación de Estado y sociedad, porque además de caer en una tesis autoritaria, en cualquier caso le está vedado incurrir en una doble victimización. Si bien se mira, en esa visión, reposan nuevamente criterios de proporcionalidad en el que se sopesa el ‘derecho a la verdad de las otras víctimas’.”³⁷

A criterio del autor, el juez Luis M. García lo que buscó fue una solución pragmática. Si bien era inevitable que cualquier sentido que se hubiese adoptado en la sentencia iba a tener una repercusión en el esclarecimiento de la verdad histórica, decidió omitir cualquier consideración sobre el carácter colectivo del derecho a la verdad. El análisis se hizo única y exclusivamente ateniéndose a la repercusión individual de las víctimas que se encontraban en conflicto de intereses. Se trata de una posición responsable, toda vez que la simple invocación abstracta de un deber con la historia para develar una verdad (como si el caso concreto fuera el punto decisivo entre la memoria y el olvido) pudiera resultar desproporcionado. Nadie niega lo tentador de alegar el interés social revestido de la necesidad histórica de saber, pero no debe perderse el horizonte. Los casos también requieren una perspectiva individual, lo cual muchas veces exige abstenerse de meta-contextualizar. El caso en concreto no era ni el primero, ni el último de una política sistemática ya reconocida judicialmente. Lo que había que dirimir era el punto exacto en el cual mejor se satisfacen necesidades y se amortiguan sufrimientos.

El juez Luis M. García guió el análisis de ponderación a la luz del daño producido a las víctimas a raíz del ocultamiento de la verdad. La dignidad inherente en el ser humano,

³⁵ *Ibidem*, pág. 112.

³⁶ *Ibidem*, pág. 82.

³⁷ *Ibidem*, pág. 83.



fundamento originario de todo derecho humano³⁸, se ve transgredida cuando el derecho a la integridad personal es amenazado física, psíquica o moralmente, debido a que la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, en virtud de la clara vinculación de su sufrimiento con la violación del derecho a conocer la verdad³⁹. Esta perspectiva puede apreciarse en las consideraciones del juez Luis M. García para declarar la legitimidad de la medida. Para estos efectos, retomó los votos de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en el Causa “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, quienes declararon que

“A [la] desolación de la ausencia sin respuesta suman la presunción o la certeza de que un nieto, un hermano, un sobrino, andan por el mundo sin saberlo. La carga del dolor de la pérdida y la angustia de saber que por lo menos existe un ser humano sobreviviente pero al que no se puede hallar, configuran un daño de imposible reparación. La magnitud de semejante carga hace de estas víctimas personas dignas de ser admiradas, pues ninguna de ellas canalizó su dolor por la vía de la venganza, sino que siempre confiaron en el Estado y en la jurisdicción y no dejaron de reclamar ante ella, aportando de este modo su enorme cuota de respaldo al estado de derecho, que por cierto, no siempre ha sabido responder adecuada y menos oportunamente.”⁴⁰

Ante esta perspectiva, en su análisis de proporcionalidad concluyó que “[u]na negativa de las autoridades estatales a ofrecerles una vía para encontrar una respuesta a una búsqueda incesante con el argumento de que ello afecta a los planes de vida de la presunta víctima de la desaparición forzada (los niños robados cuando niños) es una afrenta a la idea liberal que reconoce a toda persona la libertad de ajustar su conducta a sus planes de vida”.⁴¹ El juez doctor Guillermo J. Yacobucci coincidió “con cada una de las conclusiones alcanzadas en su voto por el juez doctor Luis García y, sustancialmente, con las argumentaciones que son su fundamento respectivo”.⁴² El juez Raúl Madueño, por su parte, expresó algunas consideraciones respecto de que no resultaron positivas para los fines de la investigación todas las medidas tendientes a la determinación del patrón genético de Felipe y Marcela Noble Herrera.⁴³

El caso resulta un ejemplo muy claro de que no es en sí la invocación del derecho a la verdad lo que le dará efectividad y lo hará materialmente vigente, sino la forma de instrumentar su contenido a un caso concreto. Como acertadamente señaló en la sentencia el juez doctor Guillermo J. Yacobucci, lo que se encontraba en colisión es el derecho de la víctima secuestrada a la intimidad y a la autonomía voluntaria con el derecho a la verdad de los familiares, no entrando en conflicto el interés punitivo del

38 NIKKEN, PEDRO; “El concepto de derechos humanos” en Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza (ed.) “Estudios básicos de derechos humanos I”; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera Edición, San José de Costa Rica 1994, pág. 15.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 22 de Septiembre de 2009; Serie C No. 202, párr. 113).

40 Corte Suprema de la Nación de Argentina, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (artículo 146)” del 11 de agosto de 2009. Voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 16

41 Sala II de Cámara Nacional de Casación Penal, Causa Nro. 13.957, pág. 119.

42 *Ibidem*, pág. 122.

43 *Ibidem*, pág. 152.



Estado, en virtud de que se trata de un delito provocado por éste.⁴⁴ La ponderación y el interés por el máximo ejercicio de los derechos de cada una de las partes involucradas es lo esencial. Esta perspectiva es acorde con lo establecido por la Corte Suprema de la Nación de Argentina en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (artículo 146)”, respecto a que se debe buscar un “punto de equilibrio” entre el modo de “materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes son víctimas involuntarias de los hechos”.⁴⁵

IV. CASO “CARLOS ANTONIO CASTAÑEDA”: EL DERECHO A LA VERDAD COMO CONJURO

El 18 de julio de 1994, la ciudad de Buenos Aires (hogar de la comunidad judía más grande de América Latina) se estremeció ante un ataque terrorista con coche bomba en la Asociación Mutual Israelita Argentina (A.M.I.A.) y la Delegación de Asociaciones Israelíes Argentina (D.A.I.A.). El saldo fue de 85 personas muertas y 300 heridas. A la fecha, las investigaciones tienden a apoyar la hipótesis de la responsabilidad intelectual del gobierno de Irán y la responsabilidad material de miembros de Hezbollah.⁴⁶ Con el paso del tiempo, las investigaciones arrojaron información sobre el posible encubrimiento del crimen por parte de altos funcionarios argentinos, incluyendo al ex presidente Carlos Menem. Carlos Antonio Castañeda, policía federal y Comisario de la División, fue acusado de ser partícipe del delito de encubrimiento, así como de la autoría de los delitos de abuso de autoridad, violación de medios de prueba y falsedad ideológica. Durante la primera instancia de su procedimiento, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No° 6 de la Capital Federal rechazó la excepción de prescripción de la acción penal en las causas acumuladas en su contra, condenándolo a cuatro años de prisión por el delito de sustracción de elementos destinados a servir de prueba ante una autoridad competente. El rechazo a dicha excepción fue fundamentado en el derecho de las víctimas a conocer la verdad y el deber del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos.

El fallo fue sustentado en un acuerdo de solución amistosa realizado entre el Estado Argentino y las víctimas del atentado de la A.M.I.A. durante el procedimiento que tuvo el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁷ En dicho acuerdo, el gobierno argentino prometió cumplir con su obligación de investigar los hechos y garantizar la verdad, la justicia y la reparación.⁴⁸ Frente a esto, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal alegó que era lícito dejar de lado la aplicación de la ley interna en materia de prescripción para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por la violación de dicho acuerdo de solución amistosa. Para el análisis, dicho Tribunal trajo a colación el precedente de la Causa “Espósito” (Fallos: 327:5668) de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en la cual se revocó la declaración de

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 125.

⁴⁵ Corte Suprema de la Nación de Argentina, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (artículo 146)” del 11 de agosto de 2009, consid. 14.

⁴⁶ Según estas hipótesis, el móvil habría sido la decisión por parte del gobierno argentino de cancelar acuerdos de cooperación y transferencia de tecnología nuclear entre ambas naciones.

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa N° 5/05 “SATISFACCIÓN DE LA CIDH POR EL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ARGENTINO EN EL CASO DE LA AMIA”. Disponible en formato digital a través del enlace: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2005/5.05.htm> (09/02/2014).

⁴⁸ *Ibidem*.



extinción de la acción penal respecto de un delito que se encontraba prescrito conforme las reglas del derecho interno, decisión que tuvo por fundamento la existencia de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esa misma causa y en la que se le imponía al Estado dicha obligación.

Castañeda impugnó la sentencia acusándola de arbitraria. Sostuvo que la sentencia no explicó los motivos por los cuales el delito que se imputaba (sustracción de elementos destinados a servir de prueba en la investigación del atentado) constituía una gravísima violación a los derechos humanos cuyo juzgamiento no puede ser impedido por ningún obstáculo del derecho interno. Alegó que el derecho de las víctimas a conocer la verdad y el deber del Estado de investigar violaciones a los derechos humanos, que constituyeron el objeto del compromiso asumido en el acuerdo de solución amistosa, no podía ser extendido a la imputación a Castañeda, sino que se circunscribía al hecho mismo del atentado. Sin embargo, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso y confirmó la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal. Contra esta decisión se interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a que el caso fuera estudiado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

El Máximo Tribunal de Argentina indicó en su sentencia que la resolución combatida

“se ha limitado a una invocación genérica del derecho a conocer la verdad que asiste a quienes han sido víctimas de violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del deber del Estado de garantizarlo, sin brindar los fundamentos normativos aplicables al presente, ni analizar el alcance del documento suscripto por nuestro país en sede internacional, y mucho menos las razones por las cuales, estimaba, alcanzaba a los hechos investigados en estas actuaciones”.⁴⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina declaró que no era aplicable el precedente “Espósito”, debido a que el acuerdo de solución amistoso adoptado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no equivalía a un acto jurisdiccional como una sentencia de la Corte Interamericana en un caso concreto. Bajo estas valoraciones, se declaró procedente el recurso extraordinario y se dejó sin efecto la sentencia apelada.

El caso ilustra una de las principales disyuntivas del derecho a la verdad, relativo a la confrontación de distintos principios básicos del derecho penal con la necesidad de garantizar justicia en contra de los responsables. No basta aducir la existencia del derecho a la verdad como el conjuro que difumina la “barrera legal” que pudieran representar las garantías del inculpado. Además de las apreciaciones hechas por los ministros argentinos en la sentencia, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal erró al equiparar un delito de encubrimiento de pruebas con una grave violación a derechos humanos. La Corte Interamericana ha declarado la imprescriptibilidad de las graves violaciones a derechos humanos⁵⁰ debido a la afrenta que esas graves violaciones

⁴⁹ Corte Suprema de la Nación de Argentina, “Castañeda, Carlos Antonio s/ sustracción y destrucción de medios de prueba “causa n° 768” del 29 de noviembre de 2011, consid. 5.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador* (Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 22 de noviembre de 2007; Serie C No. 171, párr. 111); *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 11 de mayo de 2007; Serie C No. 163, párr. 294.); *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Serie C No. 154, párr. 110);



representan para la comunidad internacional. Podríamos decir que se tratan de las expresiones más abominables del ser humano hacia su propia especie. Sin embargo, esto no debe conllevar a una canchales de la venganza ilimitada, persiguiendo con la misma severidad delitos “menores” (como la destrucción u ocultamiento de pruebas) que pudieran estar conectados tangencialmente con las graves violaciones a derechos humanos (un atentado terrorista).

Como ha sido señalado al inicio del presente trabajo, el derecho a la verdad tiene un contenido más o menos definido por el consenso internacional y claramente definido a nivel interno en algunos países. No sólo no es posible su invocación genérica, sino que hacerlo desdibuja su propia esencia y arroja resultados incluso contraproducentes para sus titulares. La Causa Carlos Antonio Castañeda demuestra un choque entre el derecho a la verdad (en perspectiva individual y colectiva) frente al derecho a las garantías judiciales y la legalidad del inculpado. La ponderación de derechos debió haberse presentado en el estudio del caso. Quizá no fue un análisis necesario ante la obvia malinterpretación del sentido y alcance de los fundamentos utilizados por las autoridades judiciales recurridas.

V. CONCLUSIONES

A pesar de ser un tema bastante abordado por la literatura del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de la justicia transicional, el análisis del derecho a la verdad no logra superar el carácter teleológico y filosófico. Hablar de ese derecho implica, ineludiblemente, a considerar el contexto no sólo del caso específico, sino el político y social del país en el que se presenta la necesidad de garantizarlo. Este trabajo ha expuesto algunas de las complicaciones vividas en dos casos de Argentina y uno de Uruguay. Esto no quiere decir que sean botón de muestra sobre qué debe realizarse en México, Brasil, Perú o cualquier otro lugar. Los procesos de duelo tras las graves violaciones a derechos humanos son intentos de adaptación ante situaciones nuevas y potencialmente peligrosas para nuestra identidad⁵¹ tanto individual como colectiva. Los pasos dados en dicho proceso deben venir siempre de las necesidades específicas.

Por supuesto que resulta muy fácil asumir este tipo de conclusiones tan amplias, pero la dificultad llega al momento de tomar decisiones, como sucedió en los casos presentados. Y realmente no hay urgencia de poseer reglas específicas que sirvan a manera de receta o manual de pasos a seguir para garantizar el derecho a la verdad. Me da la impresión que la discusión suele tentar con la posibilidad de que se llegará a un consenso sobre cómo y de qué manera abordar el derecho a la verdad. No todo debe estar expresamente definido. Sin embargo, estos casos si nos aportan algunas ideas sobre qué no debe ser permitido en aras de garantizar ciega y apasionadamente el derecho a la verdad o en aras de proteger otros principios o derechos frente a éste. Las experiencias de cada sociedad en transición son sumamente distintas, por lo que las medidas adoptadas tanto por la sociedad civil como las autoridades deben ser estratégicas para que la búsqueda por la verdad, la justicia y la reparación no se obstruya a sí misma. Deben aprender a leer los signos de sus propios tiempos. Eso sí: los derechos deben cumplir sus objetivos y no pueden ser justificación para el detrimento de otros. Confieso tener

y *Caso Barrios Altos Vs. Perú* (Fondo; Sentencia de 14 de marzo de 2001; Serie C No. 75, párr. 41); entre otros.

51 TIZÓN, JORGE L. et al; *Días de duelo. Encontrando salidas*, Alba Editorial, Barcelona 2007, pág. 20.



más dudas que seguridades en el tema, por lo que dar conclusiones determinantes me parecería irresponsable. Lo que sí puedo asegurar es que la discusión es urgente y que, de abordarla, quizá podríamos (re)encontrar esperanzas para las no pocas deudas pendientes con la memoria en las Américas.

BIBLIOGRAFÍA

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *“Estudio sobre el derecho a la verdad”*, Resolución E/CN.4/2006/91 del 9 de enero de 2006.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Resolución *“El derecho a la verdad”* AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) y Resolución *“El derecho a la verdad”* AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07).

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *“Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas”*, Resolución 65/196 del 21 de diciembre de 2010.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

-Resolución 55/118.

-Resolución 57/105.

-Resolución 57/161.

Asamblea General de la República de Uruguay

Ley 15.848 o *“Ley Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”* (Uruguay). Publicada en el Diario Oficial el 28 de diciembre de 1986.

Ley Nº 18.831 o *“Ley de Pretensión Punitiva del Estado”* (Uruguay). Publicada en el Diario Oficial el 1 de diciembre de 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos; *“El derecho de los derechos”*, Universidad Externado de Colombia, Quinta Reimpresión, Bogotá 2008.

Comisión Colombiana de Juristas, *“Derecho a la verdad y derecho internacional”*, Primera Edición, Bogotá Colombia, septiembre 2012.

Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *“El derecho a la verdad”*, Resolución 2005/66 del 20 de abril de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comunicado de Prensa N° 5/05 *“SATISFACCIÓN DE LA CIDH POR EL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ARGENTINO EN EL CASO DE LA AMIA”*. Disponible en formato digital a través del enlace: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2005/5.05.htm> (09/02/2014).

Informe No. 160/10, Petición P- 242-03, Solución Amistosa *Inocencia Luca de Pegoraro y Otros* (Argentina) del 1 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1448 de 2011, Diario Oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011.

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Víctimas, DOF: 09/01/2013.

Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

-Resolución 1468 (2003).

-Resolución 1470 (2003).

-Resolución 1606 (2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/02 de 3 de abril de 2002, Referencia: expediente D3672, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 de la Ley 600 de 2000*, Mags. Ptes. Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador (Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 22 de



noviembre de 2007; Serie C No. 171).

Caso Almonacid Arellano Vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Serie C No. 154).

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 22 de Septiembre de 2009; Serie C No. 202).

Caso Barrios Altos Vs. Perú (Fondo; Sentencia de 14 de marzo de 2001; Serie C No. 75).

Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 11 de mayo de 2007; Serie C No. 163).

Caso Gelman Vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones; Sentencia de 24 de febrero de 2011; Serie C No.221).

Corte Suprema de la Nación de Argentina

“Castañeda, Carlos Antonio s/ sustracción y destrucción de medios de prueba” causa n° 768” del 29 de noviembre de 2011.

“Evelin Karina Vázquez Ferrá” del 30 de septiembre de 2003.

“Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años” del 11 de agosto de 2009.

“H., G. S. y otro s/apelación de medidas probatorias” del 4 de diciembre de 1995.

“Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación” del 30 de septiembre de 2003.

ELSTER, Jon; “Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica”, Katz Ediciones, Buenos Aires 2006.

FERRER MAC GREGOR POISOT, Eduardo; Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo de 2013 en el Caso Gelman Vs. Uruguay.

GALAIN, Pablo; Informe sobre Uruguay incluido en “*Justicia de transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*”, editorial Temis S.A., Bogotá 2010.

GARGARELLA, Roberto; “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”. Disponible en formato digital a través del enlace: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf (16/02/2014).

LARRIEUX, Jorge T.; “Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad” en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013”, Konrad Adenauer.

MANI, Rama; “La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la “justicia reparadora en el posconflicto” en Martha Minow et al (ed.), *Justicia Transicional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2011.

NAQVI, Yasmin; “El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?”, en *International Review of the Red Cross*, Junio de 2006, N.º 862.

NIKKEN, PEDRO; “El concepto de derechos humanos” en Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza (ed.) “*Estudios básicos de derechos humanos I*”; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera Edición, San José de Costa Rica 1994.

ORDUÑA TRUJILLO, Eva Leticia; “Verdad y justicia ante hechos del pasado: ¿amenaza o cimiento de las democracias latinoamericanas?”, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF 2008.

PIPER, Isabel; “Procesos de memoria colectiva en la postdictadura chilena” en Ximena Erazo, Gloria Ramírez, Marcia Scantlebury (ed.) “Derechos humanos, pedagogía de la memoria y políticas culturales”, LOM Ediciones, Santiago de Chile 2011.

Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región (Estados Unidos Mexicanos), Tesis Aislada “REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. CONTENIDO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)”, 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3; Pág. 2660.

Sala II de Cámara Nacional de Casación Penal, Causa Nro. 13.957.



Suprema Corte de Justicia del Uruguay

Sentencia N° 365/2009, relativa a una denuncia de excepción de inconstitucionalidad Ley 15.848.

Sentencia No. 365 “Causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela” del 19 de octubre de 2009. Disponible en formato digital a través del enlace: http://www.espectador.com/documentos/scj_caducidad.pdf (17/02/2014).

TIZÓN, Jorge L. et al; *Días de duelo. Encontrando salidas*”, Alba Editorial, Barcelona 2007.

Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 18 de marzo de 2004, Expediente 2488-2002-HC/TC.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “*LEGITIMIDAD Y CONVENIENCIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A LA ECONOMIA*”, Revista PRECEDENTE, 2001; julio, 2006; 108912 bytes y págs. 35-66.

LIC. RENÁN ERMILO SOLÍS SÁNCHEZ

EL DERECHO HUMANO DEL ESTUDIANTE A RECIBIR
EDUCACIÓN UNIVERSITARIA DE CALIDAD



Ficha del autor



LIC. RENÁN ERMILO SOLÍS SÁNCHEZ

Abogado General, Director del Centro de Estudios de Derechos Humanos y ex director de la Facultad de Derecho, de la Universidad Autónoma de Yucatán.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas constitucionales de junio de 2011, en materia de amparo y derechos humanos, dieron lugar a un nuevo esquema del derecho constitucional o paradigma constitucional. Un cambio sustancial en el sistema jurídico del país, particularmente en cuanto concierne a los derechos humanos.

La modificación al artículo 1 de la constitución federal fue sustancial, tanto que, sin duda alguna, dio nueva vida e impulso al Juicio de Amparo y a su alcance protector de los derechos fundamentales contenidos en normas de fuente nacional e internacional. En estas condiciones y considerando la relevancia de la reforma del artículo 1 de la constitución general, es válido denominar a la legislación de amparo como la Ley Reglamentaria de los artículos 1, 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Actualmente, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado diversos criterios relacionados con los derechos humanos, interpretando lo dispuesto por el citado artículo 1 y lo señalado por el numeral 133 del mismo ordenamiento constitucional. En este sentido, ha reconocido que los derechos humanos de origen nacional e internacional tienen la misma jerarquía.

La educación es un bien público y un derecho humano protegido constitucionalmente. Un derecho que debe recibir el estudiante con un valioso ingrediente para él y la sociedad: calidad.

La universidad pública autónoma, en razón del principio constitucional de autonomía y lo ordenado por su decreto de creación, debe cumplir cabalmente con sus fines y, al propio tiempo, con la facultad y responsabilidad, de autodeterminación académica, en especial de los procedimientos relativos al ingreso, promoción y permanencia de su personal, pues en éstos se encuentra la clave para impartir educación de calidad y, por ende, hacer realidad el derecho humano de cada estudiante que aspira a un mejor porvenir y a la construcción de una sociedad más justa, democrática, igualitaria y armónica.

En resumen, la educación con calidad es un derecho humano que debe estar al alcance del estudiante; la universidad pública tiene la facultad y responsabilidad de proporcionarla, pues posee los instrumentos y herramientas necesarios. El planteamiento que se hace pretende llamar la atención sobre la factibilidad de impartir educación de calidad con



la aplicación, por parte de la universidad, de los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia.

II. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

En el año de 1881, el diputado Justo Sierra Méndez promovió una iniciativa para crear la universidad nacional. Él creía firmemente que la reunión de las escuelas en una sola fortalecería la educación en México, pues pretendía separar lo académico de lo religioso a fin de constituir una universidad libre y no sujeta a fanatismos, es decir, laica.

Justo Sierra intentaba, como él mismo señalaba, mexicanizar el conocimiento y nacionalizar el saber; soñaba igualmente con una universidad autónoma y que necesariamente debía contar con financiamiento del Estado.¹

El punto relevante de la iniciativa consistía en definir a la universidad como una corporación independiente; sin embargo, encontró oposición férrea. Enrique M de los Ríos, expresó que advertía una contradicción en el proyecto pues, por una parte, emancipaba a la enseñanza del Estado, llegando al punto de convertir a la universidad en persona jurídica, en tanto que por otro lado, imponía al gobierno la obligación permanente de otorgar un subsidio a la universidad; a lo que Justo Sierra respondió que el Estado no podía desinteresarse de la tarea educativa, y que no se trataba de fundar una universidad particular, sino nacional, pagada por el gobierno y de cuya organización debían encargarse los órganos del poder; pero que, en todo caso, la independencia de los universitarios sólo se ejercería en las cuestiones concernientes al gobierno académico de la institución.²

Nunca imaginó, el llamado Maestro de América, el rotundo rechazo hacia su planteamiento; las comisiones ni siquiera rindieron dictamen alguno. México tuvo que esperar pacientemente y superar esa falta de visión. Casi treinta años después, Justo Sierra, ya ministro de instrucción pública, siendo presidente de la república don Porfirio Díaz, retoma su iniciativa y la presenta en 1910, la cual fue recibida con enorme beneplácito y dio lugar a la creación de lo que es hoy la Universidad Nacional Autónoma de México.

La gran visión de don Justo Sierra Méndez aportó a México una de las universidades más importantes y sólidas de América Latina y con ello la apertura a diferentes corrientes ideológicas, al igual que al examen libre de las ideas.

Y comienza a gestarse la idea de lo que más adelante se conocería como autonomía universitaria, como se desprende de las palabras del propio Justo Sierra, quien de manera recurrente y cada vez que tenía oportunidad declaraba que no sería posible otorgarle a la universidad su independencia, pues significaría construir un Estado en el Estado, pero sí se otorgaría a la universidad su autonomía científica que es condición de una vida más vigorosa y fecunda.³

1 SIERRA MÉNDEZ, Justo, discurso pronunciado en la inauguración de la Universidad Nacional de México el 22 de septiembre de 1910. <http://www.100.unam.mx/pdf/discurso-sierra.pdf>.

2 SIERRA MÉNDEZ, Justo, Contestación a Enrique M. de los Ríos, en PINTO MAZAL Jorge (comp) La autonomía universitaria, Antología, Editorial UNAM, México, 1974, p. 33.

3 VALADÉS, Diego, *Panorama del derecho mexicano, Derecho de la educación*, UNAM y McGraw-Hill, México, 1999, p 43.



Es válido recordar que otros antecedentes inmediatos de la autonomía universitaria se encuentran en el entonces Colegio de San Nicolás de Hidalgo, en el estado de Michoacán en 1917, en San Luis Potosí en 1923, para concretarse en la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México en 1929.⁴

En el estado de Yucatán, la autonomía fue otorgada a la Universidad Nacional del Sureste en 1922, mediante Decreto número 15, con motivo de la iniciativa presentada por el gobernador Felipe Carrillo Puerto.

Es hasta el año de 1980, cuando el licenciado José López Portillo, entonces presidente de la república, determina enviar una iniciativa a la Cámara de Diputados para elevar a rango constitucional el principio de autonomía universitaria por el que pugnan las universidades del país.

En estas condiciones, el Decreto aprobado propició que el artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción VIII, quedara en los términos que siguen:

...Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere.

Con motivo de reformas posteriores al artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la fracción VIII, fue reubicada de manera íntegra a la VII, tal y como hoy día se le conoce.

En definitiva, autonomía universitaria, puntualizada acertadamente por Luis Raúl González Pérez y Enrique Guadarrama López, es “El principio establecido en la Carta Magna, para otorgar una protección constitucional especial a la universidad pública, a fin de que pueda cumplir con la obligación constitucional y la responsabilidad social de proveer a los estudiantes universitarios de una educación superior de calidad”.⁵

III. PRINCIPIO DE CONCORDANCIA

Este principio, que ha pasado inadvertido o no reconocido con esa calidad, se encuentra inmerso en el artículo 3 fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos

4 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN e INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Decisiones relevantes, Autonomía universitaria*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 18.

5 GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *Autonomía universitaria y universidad pública*, Editorial UNAM, México, 2009. p. 17.



Mexicanos.

Antes de explicar en qué consiste e intentar una definición que comprenda todos sus elementos, es indispensable dejar asentado que las relaciones obrero patronales entre la universidad y sus empleados se rigen por disposiciones especiales, las cuales, naturalmente, prevalecen sobre la regla general.

En estos términos, conviene apuntar la regla general contenida en la Constitución Federal, artículo 123 fracción XX, y la inmersa en la Ley Federal del Trabajo, numeral 2. La regla general constitucional refiere:

Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno.

La regla general de la ley secundaria señala:

Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales...

Ahora bien y para mayor claridad en lo que se expone, es indispensable reproducir la regla especial prevista en el artículo 3 fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la regla especial referida en el precepto 353-J de la Ley Federal del Trabajo.

La regla especial constitucional dispone:

Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere.

La regla especial de la ley laboral prevé:

Las disposiciones de este Capítulo se aplican a las relaciones de trabajo entre los trabajadores administrativos y académicos y las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley y tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones de trabajo, de tal modo que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines propios de estas instituciones.

De lo anterior se desprende con absoluta claridad el propósito evidente del legislador de destacar que en las relaciones de trabajo entre la universidad y sus empleados se debe obtener el equilibrio y la justicia social, de tal manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines propios de las instituciones, es decir, en todo momento se privilegia a la autonomía, con todo lo que representa a fin de que las instituciones puedan dar cumplimiento en forma cabal a los fines por los cuales fueron creadas.



Expresado con otras palabras, en las relaciones obrero patronales entre la universidad y sus trabajadores no se consideran diferencias o conflictos entre el capital y el trabajo, ni tampoco las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, en vista de que la universidad no es una empresa y sí, por el contrario, las disposiciones laborales tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones de trabajo, de tal forma que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines propios de las instituciones, pues las universidades públicas tienen que contar y mantener el nivel académico necesario para la sólida formación de ciudadanos y profesionales, entre otras enormes responsabilidades.

En este orden, se aprecia que el principio de concordancia guarda relación estrecha con elementos indispensables que lo describen y simultáneamente cubija el quehacer universitario, como la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de la institución; por tanto, las autoridades laborales deberán tener presente, antes de juzgar, la intención del legislador de expedir disposiciones laborales especiales para regular la vida universitaria y que el objeto, plasmado en la ley, en cuanto a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones de trabajo, siempre deberá concordar con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines propios de la universidad. Proceder en contrario, significaría el quebranto de este principio constitucional, cuya definición podría ser en estos términos:

Conjunto de disposiciones laborales especiales que regulan de manera particular las relaciones de trabajo entre la universidad y sus empleados; tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social en esas relaciones, de tal modo que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines propios de las instituciones.

IV. FACULTADES O CAPACIDADES DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La lectura del artículo 3, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite apreciar las capacidades que el legislador quiso elevar a rango constitucional. Para una mejor comprensión pueden agruparse en estos términos:

- Autogobierno
- Autorregulación
- Autodeterminación académica
- Autogestión administrativa

Autogobierno.- Es la capacidad especial con que cuenta la universidad pública para establecer su propio esquema de gobierno, sin necesidad de aprobación por alguna autoridad o instancia externa. Esta misma atribución, le permite construir y determinar los procesos mediante los cuales serían electos o designados las autoridades y funcionarios universitarios.

Autorregulación.- Es la facultad con que cuenta la universidad pública para emitir por conducto de su órgano competente la normativa que regula sus fines, en concordancia plena con el orden jurídico nacional.

Autodeterminación académica.- Es la atribución que tiene la universidad pública para fijar libremente sus planes y programas de estudio, de investigación y de difusión de la cultura; igualmente es la potestad para definir los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico.



Autogestión administrativa.- Es la autoridad que tiene la universidad pública para administrar libremente la partida asignada por el poder legislativo, así como de los ingresos propios, observando en todo momento las disposiciones internas y externas de vigilancia, rendición de cuentas y transparencia aplicables.

Es evidente que la intención del legislador federal fue elevar a rango constitucional el principio de autonomía universitaria; acto que no debe confundirse con el material y formal que otorga la citada autonomía.

En efecto, en tanto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el principio de autonomía universitaria sólo atribuible a instituciones de educación superior, autónomas por ley, la legislación secundaria es precisamente la que otorga la autonomía, en un acto material y formal, contenido en el decreto que para tal efecto y de manera precisa se expida.

En este sentido, el Pleno del más alto tribunal del país al resolver la controversia constitucional 103/2003, el 4 de abril de 2005, por mayoría de ocho votos, sostuvo: “Como se advierte, la autonomía de las universidades quedó sujeta al principio de reserva de ley, motivo por el cual sólo puede establecerse a través de un acto formal y materialmente legislativo, similar a las leyes orgánicas expedidas por el Congreso de la Unión o las Legislaturas Estatales”.⁶

De igual manera y con anterioridad, la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis número 12/2000, entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el entonces Quinto Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Segundo en Materias Penal y Civil del propio circuito, el 8 de febrero de 2002, dijo: “...la autonomía de las universidades públicas es una atribución de autogobierno que tiene su origen en un acto formal y materialmente legislativo proveniente del Congreso de la Unión o de las Legislaturas Locales”.⁷

La tesis no constituye jurisprudencia ya que no resolvió el tema de la contradicción planteada.

Actualmente y en concordancia con la aparición de órganos diferentes a los tradicionales -legislativo, ejecutivo y judicial-, se habla constantemente de autonomía. De este modo, es relativamente fácil encontrar en la legislación y en la doctrina terminología como “órganos autónomos”, “organismos autónomos por ley”, “órganos constitucionales autónomos” u “órganos a los que su ley les otorgue autonomía”; ahora bien, la universidad pública, a la que su decreto de creación le ha otorgado autonomía es, por lo general, un organismo con autonomía especial.

Esta autonomía especial concedida a la universidad pública es en términos del principio constitucional y para los efectos consistentes en autogobierno, autorregulación,

6 AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SÓLO PUEDE ESTABLECERSE MEDIANTE UN ACTO FORMAL Y MATERIALMENTE LEGISLATIVO. Tesis P./J. 17/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, Constitucional, p. 913, r. 178527.

7 AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. ORIGEN Y ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DE AUTOGOBIERNO CONFERIDAS A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. Tesis 2a. XXXVI/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 576, r. 187311.



autodeterminación académica y autogestión administrativa, lo cual no significa, en modo alguno, que las universidades públicas sean órganos constitucionales autónomos, pues para reunir tales condiciones es necesario que estén contemplados con tal carácter en la constitución federal o en la local, según el caso, habida cuenta de que la autonomía de la que goza la universidad, es diferente a la autonomía de los organismos constitucionales autónomos.

En esta serie de ideas, la universidad pública es, por lo general, un organismo descentralizado del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con la autonomía especial que le otorgue su decreto de creación con sujeción al principio elevado a rango constitucional.

En síntesis, esa autonomía especial no convierte a la universidad en un ente constitucionalmente autónomo, ni tampoco le otorga facultades de inmunidad, extraterritorialidad o de entidad aislada, pues queda sujeta al orden jurídico nacional.

En este contexto, importa destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado dos tesis que resultan relevantes, pues en una de ellas, pronunciada el 3 de febrero de 2010 por la Primera Sala, refiere que del artículo 3 fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que las universidades públicas son organismos públicos descentralizados con autonomía especial, circunstancia que implica el contar con facultades de autoformación y autogobierno para lograr mayor eficacia en la prestación del servicio señalado por la legislación. Y agrega que la autonomía conferida, conlleva la facultad de autogobierno acotada constitucionalmente, esto es, autonomía especial.⁸

En la otra tesis, emitida igualmente por la Primera Sala el 30 de enero de 2002, dijo que las instituciones de educación superior, autónomas por ley, son organismos públicos descentralizados con autonomía especial, lo cual implica autonormación y autogobierno, en virtud de la necesidad de lograr la mayor eficacia posible en la prestación del servicio ordenado por la ley y sin que tales facultades y atribuciones se traduzcan en disgregación de la estructura estatal, esto es, en una entidad aislada o bien en un Estado dentro de otro Estado.⁹

V. PROCEDIMIENTOS DE INGRESO, PROMOCIÓN Y PERMANENCIA

La facultad y responsabilidad que la constitución otorga a la universidad pública para fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico tiene un propósito muy claro y definible con un solo vocablo: calidad. En efecto, se debe procurar contar y mantener un excelente nivel académico, por lo que debe considerarse que la persona más apta es la que debe ingresar a la institución y permanecer en ella para contribuir cabalmente a sus fines.

Los procedimientos referidos, pueden explicarse en estos términos:

8 UNIVERSIDADES PÚBLICAS. LA AUTONOMÍA DE LA QUE LEGALMENTE PUEDEN SER DOTADAS LES CONFIERE LA FACULTAD DE AUTOGOBIERNO. Tesis 1a./J. 18/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 919, r. 164875.

9 AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SU ALCANCE. Tesis: 1a. XI/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, p. 239, r. 184349.



Ingreso.- De conformidad con el sistema laboral mexicano, cuando en la fuente de trabajo existe sindicato y contrato colectivo, el ingreso, salvo los llamados empleados de confianza, es por conducto del sindicato, esto es, el sindicato de trabajadores es quien realiza la propuesta, pues es el titular del contrato colectivo de trabajo y, en consecuencia, de las plazas sindicales. A este proceso se le llama “cláusula de ingreso”, y así queda plasmado en el mismo pacto colectivo.

Ahora bien, el ingreso a la universidad pública es considerado como caso de excepción, en vista de que la educación requiere de un tratamiento especial y no subordinado a terceros. En armonía con lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal del Trabajo refiere expresamente en el artículo 353-S que los asuntos académicos competen exclusivamente a las universidades.

En tales condiciones, el ingreso a la universidad pública es regulado y autorizado por ella y puede ser por la vía interina, es decir, de carácter temporal o definitivo mediante concurso de oposición, previo cumplimiento del periodo de estabilidad y demás requisitos fijados por la legislación universitaria.

Promoción.- Este concepto significa la posibilidad de acceder a una categoría o nivel superior, en la medida que el académico se prepare y contribuya a la preparación de sus alumnos; para este efecto, se considera el mayor nivel de estudios y de especialización, cursos y conferencias tomadas o impartidas, publicaciones y todo aquella actividad que contribuya a fortalecer a la educación pública superior.

De lo ordenado por la constitución federal y la Ley Federal del Trabajo se advierte también que la promoción es ajena a la vida sindical o sea los llamados derechos preferenciales regulados por la ley laboral no tienen cabida en la vida académica, pues en ésta lo que se considera son criterios estrictamente académicos y no laborales, ni mucho menos sindicales, de ahí que la calificación de la promoción, al igual que el ingreso y permanencia, corresponda solamente a cuerpos colegiados instituidos y regulados por la propia universidad pública.

Permanencia.- Es uno de los temas de mayor controversia en la universidad pública, pues su aplicación puede ocasionar conflictos que afecten la estabilidad de la institución, aunado a que con ella se pueden cometer abusos e injusticias.

La permanencia debe ser vista como la oportunidad para apoyar al académico con alguna deficiencia, mediante el plan de mejora, cursos, seminarios, talleres y cualquier otra actividad destinada a ese propósito; sin embargo, cuando a pesar de todo el apoyo brindado continua la deficiencia, la universidad pública no deberá permanecer pasiva, pues tiene una enorme responsabilidad ante la sociedad.

Uno de los mayores retos que tiene la universidad pública es la de conservar e incrementar su calidad académica, en beneficio de los alumnos y, en consecuencia, de la sociedad.

La universidad pública debe hacer frente y asumir la responsabilidad constitucional relacionada con la figura de la permanencia, por lo que debe regularla con absoluta claridad y aplicarla de la manera más transparente y objetiva posibles, pues no debe olvidarse del gran compromiso que adquiere todo aquél que labora para una universidad pública, deber que está presente y reflejado en todo universitario que se



precie de serlo y en toda institución que asuma cumplidamente su responsabilidad. En este contexto es propio y adecuado considerar en todo momento que:

- La primera obligación de una universidad, la esencial y, por ende, irrenunciable, es la formación de sus alumnos.
- El ser profesor de una universidad pública es un privilegio y, a la vez, una enorme responsabilidad.

Los procedimientos referidos constituyen una enorme responsabilidad y no obstante el mandato constitucional en cuanto a que son facultades y responsabilidades de la institución se advierte que han quedado y continúan quedando en manos de los sindicatos, pues en varias universidades del país son aquellos quienes determinan y regulan el ingreso, promoción y permanencia, llegando al extremo de disponer en el contrato colectivo de trabajo que en virtud de que la determinación de nivel del académico es facultad exclusiva de una comisión, queda estrictamente prohibido que funcionario alguno de la universidad la lleve a cabo. Excepcionalmente y por necesidades institucionales, lo hará el rector con la aprobación del sindicato.

Para concluir este apartado, es conveniente recordar las valiosas y sabias palabras del doctor Jorge Carpizo Macgregor:

La calidad y categoría de una universidad y de cómo cumple sus fines, se encuentra en una altísima parte basada en su personal académico y en la preparación y actualización de éste. Luego, las universidades deben tener la certeza de que quienes entran a laborar académicamente pueden hacerlo bien. En otras palabras, el ingreso, promoción y permanencia del personal académico no es sólo una cuestión laboral sino fundamentalmente académica. En esta forma se deja a la precisión de las universidades, a través de sus estatutos y reglamentos, esos aspectos para que se pueda garantizar un alto nivel del personal docente y de investigación.¹⁰

VI. DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN PÚBLICA UNIVERSITARIA DE CALIDAD

La universidad pública tiene fines que cumplir de conformidad con su decreto de creación y debe considerar en todo momento el principio de autonomía elevado a rango constitucional; es la razón de su existencia.

Si la universidad pública no rescata sus facultades y asume sus responsabilidades o deja en manos de terceros los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia, es incuestionable que renuncia a la impartición de educación de calidad, lo cual conlleva la vulneración de un derecho humano del estudiante.

La institución pública no debe olvidar que la sociedad tiene interés marcado en que cada entidad cumpla justamente sus funciones y que esa misma sociedad confía en la universidad pública.

No existe razón válida para continuar dejando en los contratos colectivos de trabajo las

10 CARPIZO, Jorge, *Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma*, Universidades, Editorial UDUAL, México, 2009, año LIX, Nueva Época, octubre-diciembre, número 43. p. 6.



reglas de los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia.

Las universidades deben cubrir los espacios relativos a su autonomía e incluir en su normativa las reglas de los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia dejando de aplicar las disposiciones contractuales. No estaría de más que las legislaturas correspondientes abordaran el tema y decretaran, en cada ley orgánica universitaria, la nulidad de cualquier pacto en contrario, colectivo o individual, a las facultades y responsabilidades que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone para la universidad pública autónoma.

Afortunadamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación va dejando cada vez más claro el panorama académico en las instituciones de educación superior, autónomas por ley, al señalar que la universidad debe garantizar a la sociedad que el personal académico que ingresa a la institución es el más apto.¹¹

En consecuencia, la universidad tiene la obligación de impartir educación de calidad y el estudiante tiene derecho a recibirla.

Es evidente que el cumplimiento de la autodeterminación académica contribuye a la educación de calidad y es irrefutable que en la medida que la universidad aplique con absoluta responsabilidad, por medio de sus cuerpos colegiados, los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia, estará presente el respeto al derecho humano de recibir educación de calidad.

VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Conclusiones:

- La universidad pública autónoma tiene la facultad y responsabilidad de la autodeterminación académica; por tanto, le compete de manera exclusiva la aplicación de los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia.
- El estudiante tiene derecho a recibir educación pública universitaria de calidad.

Propuestas:

- La universidad, en cumplimiento de sus fines, debe aplicar con absoluta responsabilidad los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia.
- Establecer en las leyes orgánicas universitarias la nulidad de cualquier pacto en contrario, colectivo o individual, a las facultades y responsabilidades que la

11 TRABAJADORES ACADÉMICOS. EL ARTÍCULO 353-L, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO NO VULNERA EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. Tesis 2ª.III/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, enero de 2014, p. 1596, r. 2005362. TRABAJADORES ACADÉMICOS. EL ARTÍCULO 353-L, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO NO VULNERA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO. Tesis 2ª.II/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, enero de 2014, p. 1597, r. 2005363.



Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone para la universidad pública autónoma.

BIBLIOGRAFÍA

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. ORIGEN Y ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DE AUTOGOBIERNO CONFERIDAS A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. Tesis 2a. XXXVI/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 576, r. 187311.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SÓLO PUEDE ESTABLECERSE MEDIANTE UN ACTO FORMAL Y MATERIALMENTE LEGISLATIVO. Tesis P./J. 17/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, Constitucional, p. 913, r. 178527.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SU ALCANCE. Tesis: 1a. XI/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, p. 239, r. 184349. CARPIZO, Jorge, *Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma*, Universidades, Editorial UDUAL, México, 2009, año LIX, Nueva Época, octubre-diciembre, número 43. p. 6.

GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *Autonomía universitaria y universidad pública*, Editorial UNAM, México, 2009. p. 17.

SIERRA MÉNDEZ, Justo, *Contestación a Enrique M. de los Ríos*, en PINTO MAZAL Jorge (comp) *La autonomía universitaria, Antología*, Editorial UNAM, México, 1974, p. 33.

SIERRA MÉNDEZ, Justo, discurso pronunciado en la inauguración de la Universidad Nacional de México el 22 de septiembre de 1910. <http://www.100.unam.mx/pdf/discursos-sierra.pdf>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN e INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Decisiones relevantes, Autonomía universitaria*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 18.

TRABAJADORES ACADÉMICOS. EL ARTÍCULO 353-L, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO NO VULNERA EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. Tesis 2ª.III/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, enero de 2014, p. 1596, r. 2005362.

TRABAJADORES ACADÉMICOS. EL ARTÍCULO 353-L, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO NO VULNERA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO. Tesis 2ª.II/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, enero de 2014, p. 1597, r. 2005363.

UNIVERSIDADES PÚBLICAS. LA AUTONOMÍA DE LA QUE LEGALMENTE PUEDEN SER DOTADAS LES CONFIERE LA FACULTAD DE AUTOGOBIERNO. Tesis 1a./J. 18/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 919, r. 164875.

VALADÉS, Diego, *Panorama del derecho mexicano, Derecho de la educación*, UNAM y McGraw-Hill, México, 1999, p 43.



Oficina del Abogado General
2014