



LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE AMPARO

y derechos humanos de junio de 2011

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
CARLOS M. PELAYO MOLLER
GUILLERMO E. ESTRADA ADÁN

Coordinadores

SERIE

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

44

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL, núm. 44

Dra. Nuria González Martín
Coordinadora de la serie

Lic. Mariana Ávalos Jiménez
Asistente de la serie

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Rosa María González Olivares
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Diseño de cubierta e interiores



LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE AMPARO

y derechos humanos de junio de 2011

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
CARLOS M. PELAYO MOLLER
GUILLERMO E. ESTRADA ADÁN

Coordinadores

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 17 de agosto de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

Contenido

9

Presentación

13

El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 para la criminología, crónica de un cambio de paradigma

23

El juicio de amparo como vía de protección del derecho humano a un medio ambiente sano

31

El impacto de la reforma de derechos humanos en el Poder Judicial de la Federación. Una lectura desde la antropología jurídica

39

El impacto de la inclusión en el texto constitucional del principio pro persona

45

Los olvidos de la reforma judicial 2021

53

El impacto de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos: los derechos vinculados al medio ambiente sano

61

La usura como forma de explotación del hombre por el hombre

69

Testigos colaboradores a la luz de la reforma constitucional

77

La herencia humanista del derecho internacional en la reforma de derechos humanos de 2011

85

El décimo aniversario de las reformas constitucionales de derechos humanos y de amparo de 2011: ¿algo que celebrar?

91

Enseñar derechos humanos y evitar ficciones. A propósito de los “derechohumaneros” y la reforma constitucional de derechos humanos

99

Armonización normativa civil en materia de reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

109

La interpretación amplia y progresiva del derecho humano al medio ambiente sano

117

Dignidad humana como concepto jurídico y filosófico de los derechos humanos

125

La enseñanza de la mediación en relación con los derechos humanos

135

La evasión fiscal parcial o total en el *outsourcing*, una violación de derechos humanos justificada

143

La reforma al Poder Judicial y sus efectos para la defensa del contribuyente

149

Un examen preliminar a la reparación del daño por violaciones a derechos humanos

159

El juicio de amparo recompuesto

169

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011: detonante para la utilización judicial del derecho internacional en México

175

Interpretación jurídica y la reforma constitucional del 10 de junio de 2011: el principio pro persona

183

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo de junio de 2011 en el cumplimiento y ampliación de los derechos indígenas

189

La efectividad de la reforma de derechos humanos de junio de 2011, una mirada a las prácticas institucionales y sociales

Presentación

Las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos de junio de 2011 cumplen este año diez años de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Si bien la Constitución mexicana es constantemente modificada, estas dos enmiendas resultan dignas de seguimiento por dos razones contrapuestas y a la vez complementarias: por una parte, el potencial transformador de la vida cotidiana de todas las personas que habitan en el país y, por otra, su implementación parcial e incompleta.

El potencial transformador de las reformas es, sin duda, la nota característica que no sólo invita, sino obliga a hacer una reflexión sobre los avances que se han suscitado en esta materia. La nota distintiva de las reformas es su apertura al derecho internacional de los derechos humanos como una fuente complementaria de derechos en consonancia con los derechos de origen nacional. En materia de derechos humanos, esta apertura fue declarada en toda su extensión por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010, asunto en el que se reconoció la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el rol de este tribunal como intérprete auténtico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el mismo sentido, las importantes modificaciones constitucionales, además de la promulgación de una nueva Ley de Amparo, llevaron a que se abriera la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, un periodo en el que muchos soñamos que se convertiría en la era de los derechos humanos. Esto no sucedió así.

Es necesario reconocer que la implementación de las reformas tal vez sea el punto más problemático de análisis, ya que si bien han existido avances en esta materia, es también cierto que el contar con el marco constitucional más garantista en la historia no nos ha ayudado a que las condiciones de vida de la población en general hayan podido mejorar significativamente. Es decir, lo dispuesto por la propia Constitución para una enorme mayoría de mexicanos no tiene en la práctica ninguna vigencia.

En una situación tan compleja como la que se expone, es imposible irse a los extremos con el fin de entender lo que sucede. Desde un punto de vista muy amplio, las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo de junio de 2011 han cambiado la forma en la que se estudian y se discute la interpretación de los derechos en México. También es cierto que las asignaturas pendientes son muchas.

Con el fin de hacer una reflexión preliminar de los avances y los pendientes de las reformas constitucionales comentadas, el Instituto de Investigaciones Jurídicas ha programado una ambiciosa agenda de eventos y publicaciones a diez años de haber sido publicadas. En esta ocasión, diversas personas ligadas a la academia realizan reflexiones breves, pero sustanciales, en el marco de la exitosa serie de Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional.

Este volumen, como los otros de esta colección, se encuentra dirigida a un público no necesariamente especializado, sino más bien interesado, ávido de encontrar explicaciones sencillas o reflexiones y análisis acuciosos de textos legales que tendrían que incidir de manera directa en los derechos de las personas; tiene una vocación informativa, pues sin ser un documento estrictamente doctrinal tampoco es solamente de divulgación.

La obra aborda una enorme diversidad de temas, que directa o indirectamente tienen relación con las reformas constitucionales de junio de 2011. Así, por ejemplo, Guillermo José Mañón Garibay destaca el rol del concepto de dignidad humana a partir de las reformas

constitucionales. María Elisa Franco Martín del Campo realiza una reflexión general sobre las reformas. En contribuciones individuales, Rodrigo Brito Melgarejo y Roxana Rosas Fregoso reflexionan sobre el principio pro persona y su importancia en el nuevo esquema interpretativo constitucional. Paralelamente, Juan Jesús Garza Onofre reflexiona sobre la enseñanza de los derechos humanos en este nuevo entorno normativo, y Patricia Eugenia Ortega Cubas, sobre la enseñanza de la mediación en relación con los derechos humanos.

Guillermo Estrada Adán destaca la herencia humanista del derecho internacional estampada en las reformas, mientras que Virdzhiniya Petrova Georgieva subraya los progresos y cuestiones por resolver en la utilización judicial del derecho internacional en México. Por su parte, Erika Bárcena Arévalo realiza una reflexión del impacto de la reforma de derechos humanos en el Poder Judicial de la Federación. A su vez, Daniel Tenorio Pérez habla sobre los posibles cambios en las prácticas institucionales y sociales que traen consigo estas reformas.

En contribuciones individuales, Marisol Anglés Hernández, María del Carmen Carmona Lara y Rosalía Ibarra Sarlat reflexionan, desde diversas perspectivas, sobre el derecho al medio ambiente sano: sus alcances, justiciabilidad e importancia en el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, Martha Singer Sochet reflexiona sobre la relevancia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, con el fin de avanzar hacia el ejercicio pleno de los derechos indígenas.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos tiene repercusiones importantes en todas las áreas del derecho, como en el derecho penal. Al respecto, María Teresa Ambrosio Morales nos relata sus implicaciones en la criminología, y Juan Espíndola, en relación con los testigos colaboradores.

En materia de derecho privado, Susana Dávalos Torres hace una reflexión sobre el concepto de “usura” y su significado a partir de lo dispuesto en el derecho internacional de los

derechos humanos, mientras que Nuria González Martín destaca la necesidad de impulsar una plena armonización normativa en relación con los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En el ámbito fiscal, Margarita Palomino, en dos contribuciones, destaca la importancia de los derechos humanos en relación con el *outsourcing* y los derechos de los contribuyentes. Mientras que Jaime Cárdenas Gracia despliega diversas preocupaciones en torno a la reciente reforma judicial de 2021, que se proyectan en una suerte de ecos de cuestiones, que de alguna forma no pudieron ser resueltas por las reformas constitucionales de junio de 2011.

En materia de reparaciones por violaciones a derechos humanos, Susana Pedroza de la Llave realiza una importante reflexión sobre el alcance de la Ley General de Víctimas. Finalmente, el tema de la reforma constitucional en materia de amparo es tratado de forma transversal a lo largo de diversos textos; adicionalmente a ellos, Carlos Pelayo Moller hace una crítica a al juicio de amparo, destacando la urgencia de que pueda ser recompuesto desde sus postulados fundamentales.

Quienes coordinamos la presente obra queremos agradecer a las personas que con sus contribuciones han hecho posible este volumen. Igualmente, deseamos hacer extensivo este agradecimiento al director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, doctor Pedro Salazar; a la secretaria académica, Issa Luna Plá, así como a Raúl Márquez, secretario técnico del Instituto. Asimismo, reconocemos la valiosa ayuda prestada por Guadalupe Martínez, Ana Sevilla y Daniel Tenorio en diversas tareas relacionadas con esta obra.

Nuria González Martín
Carlos M. Pelayo Moller
Guillermo E. Estrada Adán

El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 para la criminología, crónica de un cambio de paradigma*

Los derechos humanos para repensar a la criminología del siglo XXI

Crónica de un cambio de paradigma

La criminología "trata sobre el crimen y el comportamiento criminal",¹ pero desde sus orígenes tiene una amalgama indisoluble con la dignidad humana; por ello, la proyección de los derechos humanos en la criminología es innegable.

La reforma que propicia la moderna política criminal desborda el campo de lo jurídico. Por ejemplo, ya no se puede rehusar al afrontar la organización política, reflejo

* Elaborado por María Teresa Ambrosio Morales, doctora y licenciada en derecho por la UNAM; maestra en ciencias penales con especialización en criminología y maestra en victimología, ambas por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe); licenciada en psicología por la Universidad del Valle de México; técnica académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tesauro/termino/Criminolog%C3%ADa#result>, Tesauro, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 28 de marzo de 2021.

inevitable de la organización, económica; por tanto las grandes desigualdades económico-sociales que ellas engendra.²

En el desarrollo histórico, desde su origen, evolución y positivización de los derechos humanos,³ al igual que en la criminología, ambas materias muestran una construcción de paradigmas, que abonan a forjar alternativas de respuesta a temas como abuso de poder, violencia, criminalidad, delincuencia, y en el centro de la discusión se encuentran las personas y su vulnerabilidad ante el abuso de poder.

Desde la teoría del *homo delincuyente* lombrosiana de la escuela positivista, las anomalías del criminal y su correlación entre ciertas formas de perversidad delictiva y signos físicos exteriores, con apoyo en la ciencia y en la tecnología, tratan de explicar la conducta antisocial, la cual requiere de un eje que realice una perspectiva crítica que cuestione con base en los derechos humanos la criminalización de las personas.⁴

La presencia del binomio derechos humanos-criminología motiva un paradigma de nuestro sistema jurídico en México y cobra vigencia ante la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 (véase la línea de tiempo 1).

² Beristain, Antonio y Neuma, Elias, *Criminología y dignidad humana (diálogos)*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, pp. 122 y 123.

³ Rodríguez Moreno, Alonso, *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

⁴ Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 32a. ed., México, Porrúa, 2020; Garófalo, Rafael, *Criminología*, Buenos Aires, Valleta Ediciones, 2007, p. 64.

LÍNEA DE TIEMPO 1
EVOLUCIÓN DERECHOS HUMANOS 2011 Y CRIMINOLOGÍA EN MÉXICO

- 2021 Convocatoria para integrar la lista de personas que pueden fungir como perito ante los órganos del Poder Judicial de la Federación correspondiente al año 2021. Ubica a la criminología en la Rama 2 Ciencias Biológicas, Químicas y de la Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2020.
- 2020 Sustitución de las penas prevista en los artículos 81, 82 y 83 del Código Penal del Estado de Chihuahua. El juez de control o el tribunal de enjuiciamiento debe pronunciarse sin tomar en consideración los estudios de personalidad del sentenciado. Tesis XVII.2o.11 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 78, septiembre de 2020, t. II.
- 2014 Individualización de la pena tratándose de delito no culposo. El juzgador no debe tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculpado (legislación del Distrito Federal) [interrupción de la jurisprudencia 1a./J. 175/2007], Tesis 1a./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 376.
- 2014 Derecho penal del autor y derecho penal del acto. Rasgos caracterizadores y diferencias. 1a./J. 19/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 374.
- 2014 Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Asuntos que Involucren Hechos Constitutivos de Tortura y Malos Tratos, SCJN.
- 2012 Enero 24, publicación de la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia.

- 2011 Junio 10, reforma constitucional de derechos humanos.
- 2012 Enero 24, publicación de la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia.
- 2010 Noviembre 26, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Calificación jurídica, párrafo 133.
- 2008 Junio 18, reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (sistema acusatorio).
- 2007 Diciembre 10, Dictamen de las Comisiones Unidas de puntos Constitucionales y de Justicia enfatiza que los reclusos deben gozar y ejercer los derechos humanos que les consagra la Constitución, evitar que sentenciados por delitos del orden común o federal que no cumplan el perfil criminológico exigido para ser internado en un penal de máxima seguridad, sean victimizados por las autoridades administrativas y puedan cumplir sus condenas en penales de tratamiento adecuadas a su peligrosidad o perfil criminológico, en casos excepción en casos de delincuencia organizada.
- 2007 Culpabilidad. Para determinar su grado al individualizar las penas debe tomarse en consideración el estudio criminológico del inculpado, Tesis I.9o.P. J/8, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, octubre de 2007, p. 3009.

FUENTE: Elaboración propia.

En la línea de tiempo anterior se ven los cambios que van desde la relación del estudio y perfil criminológico para la individualización de la pena, y posteriormente en 2008 en la reforma constitucional, en el sistema acusatorio se reiteraba al perfil criminológico y a la peligrosidad como elementos presentes en su construcción, y es a partir del 10 de junio de 2011, con la reforma en materia de derechos humanos a nuestra carta magna, que se observa pasar del paradigma del derecho penal de autor al de acto en la búsqueda que va más allá de vigilar y castigar.⁵

La criminología en las últimas determinaciones encuentra una dualidad entre la perspectiva de los derechos humanos, género, infancia, adolescencia, prevención social de la violencia y la delincuencia, ante el endurecimiento de las acciones del Estado mediante la intervención en labores de seguridad pública por parte de la guardia nacional.

Importancia de la simbiosis entre los derechos humanos y la criminología en México

La violencia, la criminalidad y la delincuencia, en sus diversas tipologías (véase el esquema 1), representan una amenaza constante a la vida, a la seguridad y a los derechos de la población; reconoce que los derechos humanos se respetan en México, pero para conseguir tranquilidad está dispuesta a aceptar que se violen garantías en aras de conseguir orden y seguridad.⁶

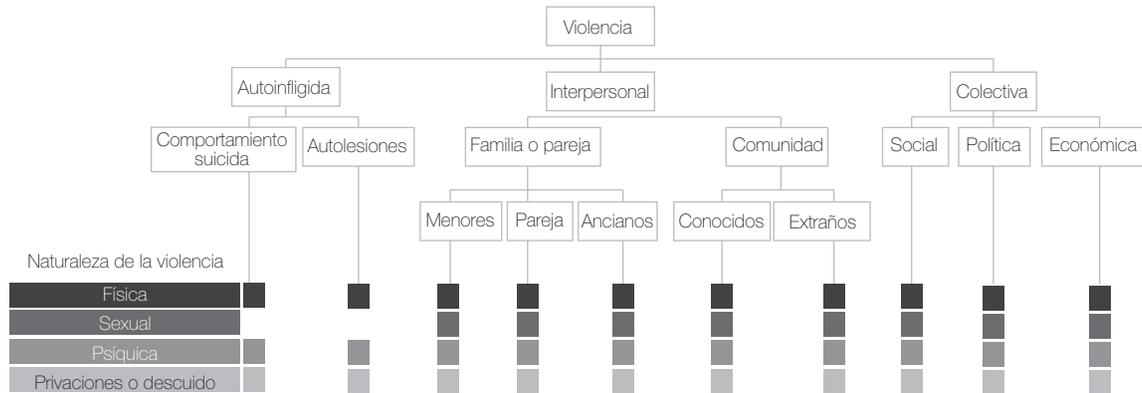
El miedo a la victimización y a la afectación de bienes jurídicos puede generar un ambiente en donde el gobierno y la autoridad pueden gobernar a través del delito y construir

⁵ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2003.

⁶ Barreda Solórzano, Luis de la, *La sociedad mexicana y los derechos humanos. Encuesta Nacional de Derechos Humanos, Discriminación y Grupos Vulnerables*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

una gobernanza que favorezca el control social formal del sistema penal,⁷ para convencer a la población de que acepte leyes duras y mano dura en su aplicación aun en detrimento de sus derechos humanos (véase el esquema y la estadística).

ESQUEMA
 TIPOLOGÍA DE LA VIOLENCIA⁸



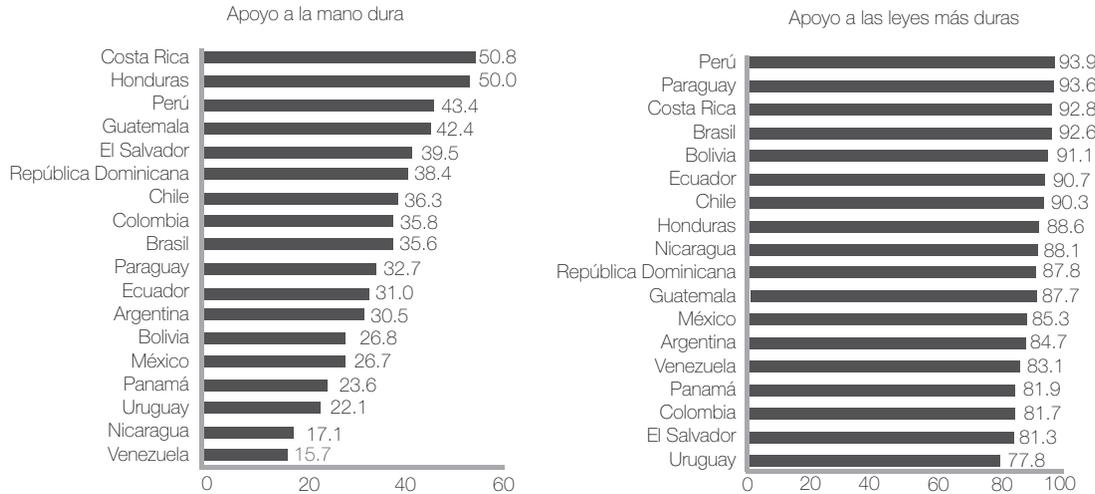
FUENTE: Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la violencia y la salud*.

⁷ Simon, Johnathan, *Gobernar a través de delito*, Barcelona, Gedisa, 2012.

⁸ Krug, Etienne G et al., *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, publicación Científica y Técnica 588, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud 525 Twenty-third St., NW Washington, D.C. 20037, 2003, p. 7.

ESTADÍSTICA

PORCENTAJE DE APOYO A LA MANO DURA Y APOYO A LEYES MÁS DURAS COMO MEJOR MEDIDA PARA ENFRENTAR LA DELINCUENCIA, AMÉRICA LATINA 2012

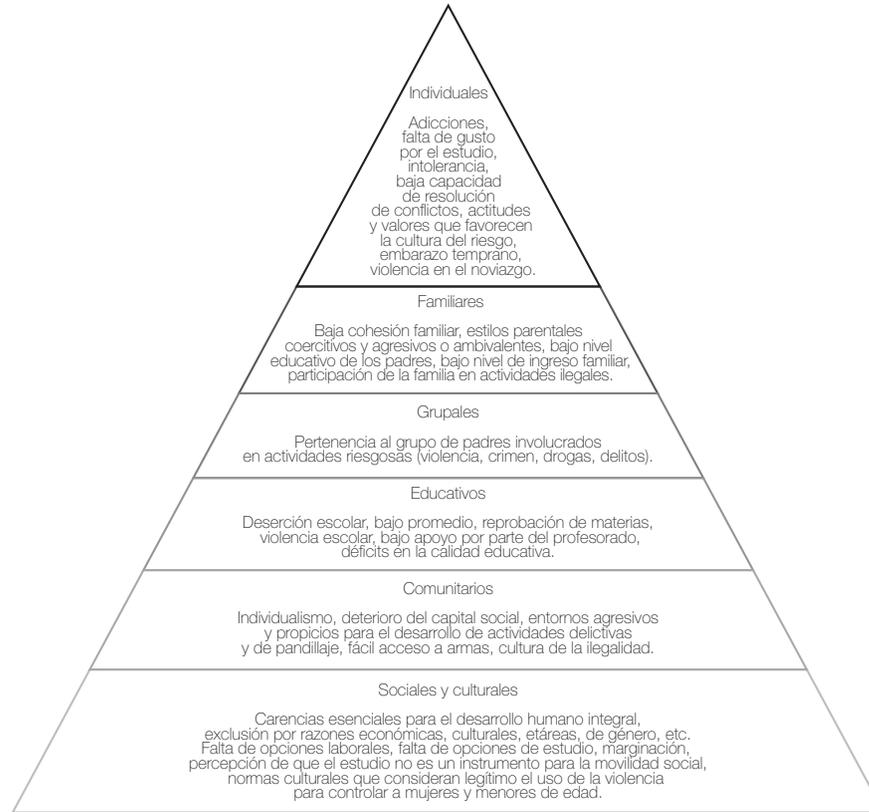


FUENTE: LAPOP-PNUD (2012).

El paradigma actual de la criminología construye puentes en los derechos humanos, la prevención social de la violencia y la delincuencia (véase la figura 1), con apoyo de los conocimientos científicos (neurociencias) y tecnológicos en beneficio de las personas para proteger en todo momento su dignidad, su seguridad y en la protección contra el abuso de poder por parte de las autoridades, que abone a una cuestión criminal que no permita la tortura, la corrupción, la impunidad y los crímenes de Estado.⁹

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

FIGURA
PREVENCIÓN



FUENTE: Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia 2014-2018, 30 de abril del 2014, *Diario Oficial de la Federación*, con base en el Plan Nacional de Prevención de la Violencia y de la Paz Social 2007-2012 & Hein 2004 y Hawkins J. David, Herrenkohl, Todd I, Farrington, "Predictors of Youth Violence", *Juvenile Justice Bulletin*, Office of Juvenile and Delinquency Prevention, 2010.

La aplicación de la reforma de 2011 en derechos humanos establece una aportación positiva a la criminología en México, con relación a la corrupción, impunidad y al abuso de poder; pero debemos evitar convertirla en un instrumento del poder que criminalice la protesta social —feminista o de la ciudadanía—, el servicio público o las empresas; por ello, a diez años de su entrada en vigor, es importante redimensionar su compromiso con la Agenda 2030 de Derechos Humanos en beneficio de las personas.

Propuestas

1. Fortalecer la reforma constitucional de 2011 con la Agenda 2030 de Derechos Humanos.
2. Consolidar la reforma de 2008-2016 con base en los derechos humanos, la perspectiva de la infancia, la adolescencia, el género y la protección a los grupos en situación de vulnerabilidad.
3. Redimensionar a la criminología desde los derechos humanos con una perspectiva de prevención social de violencia y delincuencia que se construya en la dignidad de las personas, la cohesión social y la cultura de la paz.
4. Formular una política criminológica integral en su dimensión política, social y humana en prevenir el abuso de poder, porque ello vulnera a los derechos humanos.

El juicio de amparo como vía de protección del derecho humano a un medio ambiente sano*

El derecho de acceso a la justicia es un derecho humano que consiste en la posibilidad de reclamar, por medio de los mecanismos institucionales estatales, la protección de un derecho legalmente reconocido, mediante procesos accesibles y ágiles que garanticen la obtención de una justicia pronta y expedita, en condiciones de igualdad para todas las personas. Ello impone a los Estados una serie de obligaciones, entre otras, asegurar los recursos judiciales para que sean accesibles a todas las personas, para lo cual se requiere remover los obstáculos normativos, sociales y/o económicos que impidan o limiten la posibilidad de acceder a la justicia.

Históricamente, los mecanismos jurisdiccionales estuvieron orientados en la tutela de los derechos individuales, respecto de los cuales se debía acreditar una afectación a la esfera jurídica de la persona; no obstante, la protección de los derechos colectivos y difusos, como lo es el derecho a un medio ambiente sano, se tornaba difícil, pues se trata de un derecho que pertenece a todas las personas físicas (Amparo Directo en Revisión 3193/2018), pues está orientado a garantizar la idoneidad de la composición cualitativa del ambiente, indispensable

* Elaborado por Marisol Anglés Hernández, investigadora por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; doctora en derecho ambiental; miembro de las líneas de investigación institucional “Energía” y “Derechos, conflictos socioambientales y política”, mangles@unam.mx.

para el desarrollo humano en condiciones de dignidad, por lo que su tutela jurisdiccional debería permitir que cualquiera de ellas pudiera accionar en su defensa.

El derecho a vivir en un medio ambiente sano es un auténtico derecho humano, reconocido constitucional y convencionalmente —mediante el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1988—, que entraña la facultad de toda persona, como parte de una colectividad, de exigir su protección efectiva (Tesis 1a. CCLXXXIX/2018); por tanto, puede reclamarse el amparo de la justicia federal por cualquier persona que se considere agraviada por la afectación a su derecho a un medio ambiente sano —quejoso—, si aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión de la autoridad, viola los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (Tesis 1a. CCXCI/2018), ello como parte del bloque de constitucionalidad incorporado mediante la reforma al artículo 1o. de la Constitución federal del 10 de junio de 2011, que busca brindar la protección más amplia a las personas.

Dado que el derecho humano a un medio ambiente sano está estrechamente ligado a múltiples derechos, como los relativos a la vida, a la salud, al agua y al desarrollo, por citar algunos, su realización, como un objetivo prioritario del Estado establecido en el artículo 4o. constitucional, exige incorporar el componente social y no meramente individual como parte del debido proceso, a fin de hacer efectivo el acceso a la justicia de las personas que vean lesionados sus derechos relativos al ambiente, que presentan en nuestras sociedades cada vez con mayor frecuencia y complejidad.

En este sentido, de conformidad con el artículo 8.3 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), la protección y garantía del derecho

a un medio ambiente sano requiere de un procedimiento con determinadas características: celeridad y economía procesal; amplias facultades para el juzgador (suplir errores y deficiencias del quejoso y aportar elementos de convicción); medidas cautelares flexibles, que permitan prevenir un daño mayor y, en su caso, limiten la actividad causante de la contaminación (principios de precaución y prevención, respectivamente); inversión de la carga de la prueba; efectos de la sentencia esencialmente preventivos y con alcance *erga omnes* (Tesis 1a. CCXCIV/2018) y, de ser el caso, reparación del daño *in natura*. Esta última es congruente con el principio de sustentabilidad, pues los daños ambientales, tanto por acción como por omisión, suelen ser de difícil y, en algunos casos, imposible reparación (Tesis I.7o.A.142 A/2016), y, en la misma medida, su cuantificación económica, ya que depende de pruebas científicas y técnicas que pueden ser inexactas o equívocas; por tanto, debe privilegiarse la restitución de los bienes y servicios ambientales afectados, en lugar de la indemnización económica, que suele ser insuficiente.

Bajo esta lógica, la reforma constitucional en materia de amparo, del 6 de junio de 2011, es digna de elogiarse, pues brinda la posibilidad de que el juicio de amparo, como medio de defensa excepcional, proteja y garantice el derecho humano a un medio ambiente sano.

Es importante advertir que el juicio de amparo siempre se tramita ante un órgano jurisdiccional de carácter federal, y tiene dos vertientes: *i*) amparo indirecto, tramitado ante un juzgado de distrito tratándose de la impugnación de la inconstitucionalidad de una ley federal o local; tratado internacional o reglamento; en los casos de invasión de esferas, o cuando se reclaman actos de autoridad, cuya ejecución tenga la característica de imposible reparación fuera de juicio o después de concluido éste, una vez agotados los recursos que en su caso procedan; es decir, cuando con dichos actos posiblemente se afecte, de manera cierta e inmediata, algún derecho sustantivo protegido por los derechos humanos del quejoso (artículo 107, Ley de Amparo), y *ii*) amparo directo, tramitado ante un tribunal colegiado de circuito contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de los

cuales no proceda recurso ordinario alguno por el que puedan ser modificadas o revocadas, ya sea que las violaciones se cometan en las resoluciones motivo de impugnación, o se hayan cometido durante el procedimiento correspondiente, a condición, en este último caso, de que afecten las defensas del quejoso y trasciendan al resultado del fallo (artículo 170, Ley de Amparo).

Trátase del juicio de amparo directo o indirecto, las partes que intervienen en estos procedimientos son las siguientes:

- a) *Quejoso*. Toda persona titular de un derecho o de un interés, quien considera que derivado de una acción u omisión ha sufrido una violación en sus derechos, a causa de un acto de autoridad.
- b) *Autoridad responsable*. Aquel ente que, facultado por el Estado, emite actos que repercuten en la vida de los gobernados, que tienen por consecuencia la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas para éstos. La Ley de Amparo prevé que los particulares podrán tener el carácter de autoridad responsable siempre que emitan actos con la naturaleza de los que emite en sí una autoridad. Asimismo, cabe la posibilidad de pluralidad de autoridades responsables.
- c) *Tercero interesado*. Es aquel que si bien considera que el acto de autoridad no ha violado sus derechos, el resultado último del juicio de amparo le va a generar consecuencias, independientemente de que éstas sean positivas o negativas. También puede haber pluralidad de terceros interesados.

Es de resaltar que la reforma que comentamos da paso a la figura del amparo colectivo, al incorporar la legitimación activa de grupos para accionar este tipo de juicio, pues se sustituyó el concepto de interés jurídico por el de interés legítimo; este último implica un interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede

traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio (Tesis 1a. XLIII/2013). Específicamente, en materia ambiental los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación extensa en relación con la legitimación activa, pues respecto de este derecho estamos ante responsabilidades colectivas, más que prerrogativas individuales (Tesis 1a. CCLXXXIX/2018); no obstante, quien acude al amparo debe acreditar ser beneficiario de los servicios ambientales que presta el ecosistema que se estima afectado (Tesis 1a. CCXC/2018).

Como resultado de la asimetría de poder que prevalece en los juicios mediante los cuales se reclama el derecho humano a un medio ambiente sano, en los que, por un lado, se encuentran los gobernados y, por el otro, la autoridad responsable, la capacidad económica y técnica para presentar las pruebas correspondientes y para contar personal especializado difiere de manera abismal; en consecuencia, el rol del juez debe evolucionar para adoptar medidas que corrijan esta disparidad.

Aunado a ello, debe realizarse una valoración preliminar sobre la existencia del riesgo de daño, que deberá regirse por los principios de precaución e *in dubio pro natura* (Tesis 1a. CCXCV/2018). El principio de precaución, incorporado en el artículo 3o. del Acuerdo de Escazú, refiere que cuando la experiencia empírica refleja que una actividad es riesgosa para el medio ambiente, resulta necesario adoptar todas las medidas indispensables para evitarla o mitigarla, aun cuando no exista certidumbre sobre el daño ambiental. Este principio demanda una actuación estatal ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa. En congruencia con lo anterior, una evaluación de riesgos ambientales es una condición necesaria para la implementación de cualquier proyecto susceptible de generar impactos ambientales graves y/o irreversibles, y, consecuentemente, su ausencia constituye, en sí misma, una vulneración a este principio (Tesis 1a. CCXCIII/2018). Y la exigencia de evidencias inequívocas sobre la alteración ambiental constituye una medida de desprotección del medio ambiente (Tesis 1a. CCXCV/2018).

Si se actualiza el riesgo de daño, entonces deben considerarse, entre otros aspectos, los siguientes: *i)* no exigir especificidad sobre el daño a prevenir ni la anotación de los elementos probatorios en los cuales se sustenta; *ii)* si se trata de un riesgo grave, entonces el estándar de aplicación es más riguroso, y viceversa; *iii)* la falta de certeza está circunscrita a un momento determinado, que justifica la aplicación del principio, lo cual implica la posibilidad de que aquélla desaparezca en el futuro, y *iv)* la ausencia de medios probatorios inequívocos sobre la afectación al ambiente no constituye justificación alguna para aplazar las medidas precautorias (Tesis III.6o.A.25 A).

Como se advierte, el bloque de constitucionalidad que ha asumido el Estado mexicano a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 ha ampliado el espectro de protección de los derechos, al reconocer la garantía tanto de aquellos que están protegidos en la Constitución federal como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, siempre que incluyan derechos humanos, como lo es el derecho a un medio ambiente sano.

A su vez, las reformas constitucionales en materia de amparo han dado cabida a la defensa de derechos de solidaridad —colectivos y difusos—, como el derecho a un medio ambiente sano; ello se enmarca en la línea de protección del sistema interamericano de derechos humanos; sin embargo, existen aún algunos temas por resolver; entre ellos, la determinación de los efectos de las sentencias de amparo, pues al tratarse de un derecho colectivo, la protección de la justicia federal trasciende a la figura del quejoso y beneficia a otras personas, aun cuando éstas no hubieran acudido a la vía constitucional; por tanto, es necesario reinterpretar el principio de relatividad de la sentencias, con objeto de dotarlo de un contenido que permita la tutela efectiva del derecho a un medio ambiente sano, a partir del reconocimiento de su naturaleza colectiva y difusa.

A diez años de la puesta en marcha de ambas reformas, podemos señalar que se han obtenido grandes frutos; sin embargo, la situación medioambiental del país nos indica que aún hay que lograr transversalizar el contenido y alcance del derecho a un medio ambiente sano al interior del propio Estado, a fin de evitar que desde las instancias del Poder Ejecutivo se impulsen proyectos que atentan contra este derecho, no sólo para las generaciones presentes, sino, incluso, para las futuras (Amparo 613/2020).

El impacto de la reforma de derechos humanos en el Poder Judicial de la Federación.

Una lectura desde la antropología jurídica*

A ver, si quieres cambiar un criterio hay dos posibilidades, y ya depende también de cada ministro. O sea, nosotros por ejemplo si vamos en minoría, a nosotros nos pasa mucho ahora, ser la minoría en ciertos temas, entonces hay dos opciones: o haces el proyecto con la mayoría y ya lo pasas directamente diciéndole “vamos a votar en contra”, prácticamente para ya mejor... ya no me gasto mi tiempo en, ajá, mi energía, si ya lo perdí ¿no? Mejor ya lo hago y votamos en contra. Esa es una opción. Dos, es asumir que [la ministra(o)] va a [votar] en contra [del criterio mayoritario] y efectivamente [las demás ponencias] te van a dictaminar en contra, y muchas veces dependiendo del asunto lo amerita ¿no? O sea, sabiendo que te van a dictaminar en contra yo creo que muchas veces es como una postura política, ¿no? Temas de tortura para nosotros, temas así. Y, si bien de una ponencia que viene con un proyecto contrario [al criterio mayoritario] sí se dictamina en rojo, tienes que dictaminar en rojo diciendo “va en contra de la mayoría de precedentes, pero puede ser que... en una nueva interpretación estoy de acuerdo o no” ¿no? Otra cosa es que... o sea, pero de entrada el jefe tiene que saber que va en contra de precedente, y ya ponerla en la mesa a discusión si quiere, o sea si quiere sumarse a cambiar criterio ¿no? Pero, pero sí le tienes que dar cuenta de eso, eso seguro. Entrevista Secretaria(o) de Estudio y Cuenta SCJN, 20 de abril de 2017.

* Elaborado por Erika Bárcena Arévalo, investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La relación entre antropología y derecho tiene una larga tradición, que se remonta a los orígenes mismos de la primera, en la medida en que algunos de sus precursores fueron abogados, y la disciplina muy pronto comenzó a preguntarse por las formas jurídicas de las sociedades no occidentales, que constituyeron su principal objeto de estudio. Con el paso del tiempo, la antropología se ha interesado también por el derecho que es producido por los Estados (asumiendo al pluralismo jurídico como una realidad), y concretamente por cómo se construye este derecho en la práctica; esto es, cómo las personas interpretan, aplican o invocan la ley (por englobar en “ley” las distintas fuentes nacionales e internacionales del derecho), influenciadas por sus propios contextos sociales, culturales, políticos y económicos. En este sentido, la antropología, echando mano en buena medida de la sociología jurídica, ha estudiado las particularidades en los procesos (siempre contextuales) de interpretación, aplicación o invocación de la ley por parte tanto de profesionales como de profanos, en términos de Pierre Bourdieu (2000).

En este campo de estudio de la antropología jurídica, la investigación que he venido desarrollando se ha centrado en cómo construyen el derecho distintas funcionarias(os) del Poder Judicial de la Federación (PJF), principalmente oficiales, secretarías(os) y juezas(es), tanto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como en distintos tribunales y juzgados federales. Específicamente, me he preguntado por cómo estas funcionarias(os) entienden el derecho internacional de los derechos humanos y cómo lo aplican, interpretan y/o invocan en su trabajo cotidiano.

En estas investigaciones he entendido a las sentencias como el resultado final de un proceso que es principalmente social, cultural, en la medida en que se ponen en juego distintas culturas jurídicas, y marcado por relaciones de poder. Así, he puesto en contexto la división del trabajo al interior de los tribunales del PJF, y lo que social y jurídicamente significa el hecho de que las juezas(es), hoy por hoy, no son las únicas(os) que construyen la decisión final que recae a un asunto.

Puesto lo anterior en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, debo decir que además estas investigaciones se enmarcan en los estudios recientes de la antropología de los derechos humanos, cuya premisa inicial es también que la pregunta por el sentido de éstos es siempre contextual (Goodale, 2007: 6, 25 y 26), pues diversos actores les atribuyen en sus prácticas distintos sentidos a través de procesos que están condicionados por sus propios contextos de poder y significado. El objetivo es describir "...cómo los derechos humanos funcionan empíricamente, qué significan ...para diferentes actores sociales, y finalmente, cómo los derechos humanos se relacionan —...empíricamente, no conceptualmente— con otros ensambles transnacionales" (Goodale, 2006: 4, traducción propia).

Para lograrlo, estos estudios centran el foco de análisis etnográfico en las prácticas de derechos humanos, que según Mark Goodale comprenden "...las diferentes formas en las que distintos actores sociales ...defienden, critican, estudian, positivizan, vernacularizan, etcétera, la idea de los derechos humanos en sus diferentes formas" (Goodale, 2007: 24, traducción propia). Ello implica no desconocer "...ni la diversidad de formas y lugares en los que la idea de los derechos humanos ...emerge como práctica, [ni] el hecho de que la práctica de los derechos humanos siempre se da en relaciones preexistentes de significado y producción" (Goodale, 2007: 24, traducción propia).

Desde esta lectura antropológica, es posible concluir que la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 no significó en la cotidianidad de la SCJN y el PJJ una "revolución copernicana", como muchos autores la calificaron, aunque tampoco pasó completamente desapercibida. Lo que sucedió es que se insertó en dinámicas, esquemas de significado y culturas jurídicas preexistentes, modificándolas, pero no radicalmente.

La estampa que abre esta contribución es sólo un ejemplo de cómo las decisiones jurisdiccionales, en este caso el cambio de criterio en un precedente (ya sea de sala o de

Pleno) que la mayoría de las ministras(os) sostienen, no es una cuestión estrictamente jurídica, sino que está también mediada por una serie de cálculos respecto de otras cuestiones, como el tiempo o la posición que las ministras(os) quieran adoptar frente a sus pares y/o frente a la sociedad. Ello de ninguna manera implica (no necesariamente, al menos) que hablamos de acciones ilegales o de corrupción, sino de que un tribunal como la SCJN tiene una forma específica de funcionar, y en ese contexto es que se toman decisiones, incluidas las de derechos humanos.

Para ser más explícita, la colegiación no implica en la SCJN que las ministras(os) necesariamente acuerden o consensen las decisiones mientras discuten los asuntos. Por una parte, las ponencias se constituyen en un archipiélago, un conjunto de islas que forman parte de un conjunto, pero no necesariamente se vinculan entre sí. Institucionalmente, los canales de comunicación al momento de redactar el proyecto de sentencia o en el proceso de dictaminación previa a las sesiones (ambas labores realizadas por SEC y aprobadas por las ministras[os]), son prácticamente inexistentes entre las ponencias; incluso hay ministras(os) que explícitamente prohíben a su personal discutir los asuntos con personas externas.

Podemos encontrar razones para sustentar esta posición; por ejemplo, hay quien opina que daría lugar a que las(os) SEC cabildearan entre sí los asuntos, e incluso se pudiera generar corrupción. Independientemente de ello, la cuestión es que las ministras(os) llegan a las sesiones de discusión con una postura recomendada por sus SEC con base en los criterios de interpretación que han sostenido previamente, y por lo general la mantienen. Las decisiones se toman, pues, antes de las sesiones de discusión, y las(os) SEC realizan una labor importante.

Por otra parte, al depender la decisión final en un juicio de la suma y resta de posturas de las ministras(os) frente al proyecto de sentencia, las(os) SEC y en última instancia las ministras(os) eligen sus batallas. Si se considera que la mayoría de las ministras(os) involu-

cradas(os) en la decisión de los asuntos (sean de Pleno o de sala) puede apoyar un cambio de criterio, o como se esboza en la estampa si se considera que es importante presentar un proyecto en contra del criterio mayoritario por involucrar temas que se reconocen relevantes, como la tortura en este caso (por mencionar tan sólo dos escenarios), se intenta. De otra forma, puede llegar a darse el caso de que, aunque ministras(os) y SEC estén en contra, no se considera que existan las condiciones para cambiar el criterio, y no se asume esa batalla.

Podría pensarse que esto poco o nada tiene que ver con la reforma constitucional de derechos humanos, puesto que las funcionarias(os) judiciales, y en especial ministras, magistradas y juezas(es), tienen obligaciones específicas al respecto, máxime si consideramos que se trata de juezas(es) de control constitucional. Sin embargo, no existen interpretaciones universales y unívocas de estas obligaciones, e incluso los derechos humanos no necesariamente se entienden como algo transversal, por lo que su impacto está condicionado en buena medida por las rutinas, posturas, formas de pensar y de hacer preexistentes.

Como incluso se hace visible a través de las sentencias, sabemos que la reforma ha posibilitado que nuevos temas se pongan sobre la mesa, incluso nuevas retóricas. Sin embargo, una consecuencia de situaciones como la analizada a partir de la estampa inicial es que transformaciones como la que implica la reforma constitucional de derechos humanos tienen en la práctica distintas temporalidades. Para ser de otra forma, se requeriría una reingeniería institucional, y, más importante aún, un cambio cultural que la acompañe.

Lo anterior es quizá más visible en los tribunales federales. Por poner sólo un ejemplo, los mecanismos de evaluación centrados en la productividad y los efectos tan determinantes de sus resultados en la vida de las(os) titulares, aunado a la inmensa presión que el Consejo de la Judicatura ejerce sobre ellas(os) por esta vía, ha producido que las evaluaciones adquieran una centralidad inusitada en el quehacer cotidiano, y que las(os) titulares generen una serie de estrategias para cumplir con los estándares impuestos.

Particularmente quisiera llamar la atención sobre el número de asuntos revocados como un factor de evaluación. Especialmente, juezas(es) de distrito han reconocido, en entrevistas realizadas en mis investigaciones, que muchas veces sus decisiones están orientadas por los criterios de los tribunales del circuito al que pertenecen. Nuevamente tenemos el tema de elegir las batallas. Si yo como jueza sé que el criterio de los tribunales colegiados va en tal o cual sentido, pero yo disiento ¿cuándo me arriesgo a que me sobreesan y cuándo no? Esta decisión, insisto, puede estar mediada por la suma y resta de la estadística.

En toda esta ecuación, los derechos humanos no son necesariamente centrales ni el objetivo directo de las resoluciones y los procesos judiciales, sino que constituyen un elemento entre otros que muchas veces en el mejor de los casos se busca hacer compatible, compatible con criterios preexistentes, con formas de hacer, incluso con las cuestiones que sí adquieren relevancia en contextos específicos.

A manera de conclusión, diré que la evaluación del impacto de la reforma constitucional de derechos humanos implica mucho más que el propio texto o, en este caso, mucho más que las sentencias aisladas de su proceso de creación. Aquí he puesto el centro en dinámicas internas de los tribunales federales; pero ello se complejiza aún más si consideramos a todos los actores que participan en los juicios; esto es, cuando menos abogadas(os) y partes, quienes tienen sus propias formas de movilizar el derecho y de entenderlo. Incluso hace falta entender la complejidad de la justicia cotidiana, que puede tener un peso mayor al de la justicia constitucional en la vida de las personas agraviadas. Sin embargo, por abrumador que parezca el panorama no debe ser paralizante, y aquí la interdisciplinariedad juega un papel fundamental. En cuanto académicas insertas(os) en campos de estudio específicos, nuestra mirada es necesariamente parcial (no global), pero podemos poner en diálogo nuestras reflexiones y juntar así las piezas para completar el rompecabezas. Ello sin duda puede tener un gran valor como posible guía para lograr las transformaciones que se están esperando cuando menos desde 2011, en un país como México, con una grave crisis de derechos humanos.

Bibliografía

- BOURDIEU, P. (2000), "La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico", *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer.
- GOODALE, M. (2006), "Introduction to «Anthropology and Human Rights in a New Key»", *American Anthropologist*, 108(1).
- GOODALE, M. (2007), "Introduction. Locating Rights, Envisioning Law Between the Global and the Local", en M. GOODALE & S. E. MERRY (eds.), *The Practice of Human Rights. Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge University Press.

El impacto de la inclusión en el texto constitucional del principio pro persona*

La reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 supone un profundo cambio en la manera en que funciona el Estado mexicano, pues con ella se aspira a colocar a las personas en el centro de la transformación de nuestro sistema jurídico. Esta intención requiere, para consolidarse, de una serie de elementos que permitan traducir las disposiciones constitucionales en prácticas cotidianas a fin de lograr una eficaz protección de los derechos humanos, y, precisamente entre las herramientas con las que se pretende alcanzar este objetivo se encuentra el principio pro persona, cuya inclusión en el artículo 1o. de la Constitución se consideró necesaria para favorecer la defensa de los derechos.

A través de este criterio hermenéutico ha sido posible romper con algunos de los modelos de actuación más arraigados entre los operadores jurídicos que, partiendo de una visión anquilosada de la idea de supremacía constitucional, se habían presentado como una especie de darsena con la cual muchas veces, al intentar dar preferencia indefectiblemente al texto de la norma fundamental, se impedía la aplicación de normas que podrían ofrecer a las personas una mayor protección de sus derechos humanos.

* Elaborado por Rodrigo Brito Melgarejo, profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

El principio pro persona se incluyó en el segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución para que las autoridades, al interpretar y aplicar las normas relativas a derechos humanos, favorecieran en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Con esta adición al texto constitucional se confirmó la intención, expresada reiteradamente en el proceso de reforma, de lograr que cualquier persona pudiera hacer exigibles y justiciables de manera directa todos los derechos reconocidos en nuestro régimen jurídico sin importar si éstos se encontraban regulados en la Constitución o en alguno de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano era parte. El principio pro persona se convirtió así en una herramienta fundamental para resolver y superar los conflictos que eventualmente pudieran plantearse ante la pluralidad de fuentes que rigieran en esta materia.

Se integró así a nuestra norma fundamental un principio acuñado en el sistema interamericano desde hace varias décadas, a través del cual, como en su momento indicó el juez Rodolfo E. Piza en las opiniones separadas que acompañaron algunas resoluciones de la Corte de San José, se impone la obligación a los operadores jurídicos de interpretar extensivamente las normas que consagran o amplían derechos humanos, y restrictivamente las que los limitan o restringen, lo que favorece que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos sea la regla, y su condicionamiento, la excepción (véanse, por ejemplo, las opiniones consultivas OC-5/85 y OC-7/86). Esta idea confirma que la aplicación práctica del principio pro persona contribuye a superar el debate tradicional sobre la jerarquía normativa, pues al ponerse en el centro de nuestro sistema a la persona y la protección de sus derechos, lo verdaderamente importante no es la fuente a la que tendrá que recurrirse, sino la búsqueda de la norma o de la interpretación que mejor proteja los derechos humanos.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado de manera clara, al resolver el Amparo Directo en Revisión 2345/2012, que la interpretación pro persona se traduce en la obligación de realizar un análisis del contenido y alcance de los derechos humanos cuando existen dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa,

a fin de elegir cuál será la aplicable al caso concreto. Esto, por un lado, “permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos” y, por otro,

...otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues la existencia de varias posibles soluciones a un mismo problema, obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la manera más extensiva y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo, si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio.

La inclusión del principio pro persona en la norma constitucional ha contribuido también a potenciar distintos mandatos de favorabilidad, que inciden en la protección de los derechos humanos (por ejemplo, los expresados a través de las máximas *in dubio pro reo*, *favor libertatis* o *in dubio pro operario*), a afianzar conceptos (v. g. el de categorías sospechosas) o a reforzar principios (como el de interés superior de la niñez o el de interpretación conforme), que antes de la reforma constitucional de 2011 eran, hasta cierto punto, ajenos para quienes se dedicaban al estudio y aplicación del derecho.

Debe considerarse, por otra parte, que los diversos casos que han tenido que resolver los órganos jurisdiccionales exigieron que sus titulares determinaran, en diversos momentos, los alcances del principio pro persona. De hecho, si bien es cierto que, como ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver en revisión distintos juicios de amparo directo, de la reforma al artículo 1o. constitucional deriva la tesis que sostiene que los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, al ser normas supremas del ordenamiento mexicano, deben permear en todo el orden jurídico, obligar a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación, también es necesario considerar que del principio pro persona no deriva necesariamente que las cuestiones planteadas por los gobernados deban ser resueltas de manera favorable a sus pretensiones, ni siquiera bajo el pretexto de establecer la interpretación más amplia o extensiva

que se aduzca. Lo anterior porque de acuerdo con lo señalado por la Primera Sala de la Corte, este principio en modo alguno puede ser constitutivo de “derechos” alegados o dar cabida a las interpretaciones más favorables que sean aducidas, cuando tales interpretaciones no encuentran sustento en las reglas de derecho aplicables, ni pueden derivarse de éstas, porque, al final, es conforme a las últimas como deben ser resueltas las controversias correspondientes (véase, en este sentido, la Tesis 1a./J. 1104/2013 (10a.)).

La Suprema Corte ha señalado, además, que aplicar el principio pro persona no implica que al ejercerse la función jurisdiccional dejen de observarse los principios constitucionales y legales (v. g. legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia o cosa juzgada), o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que, de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función (Tesis 2a./J. 56/2014 [10a.]). Sobre este último punto las críticas no se han hecho esperar, pues un buen número de integrantes de la academia, del foro y de la judicatura consideran que con la determinación adoptada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011 se han dado pasos atrás en la protección de los derechos humanos, afectando la esencia y alcances del principio pro persona.

En la tesis P./J. 20/2014, derivada de la contradicción aludida, el Pleno de la Corte determinó que de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos; sin embargo, también señaló que derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Dicha interpretación provocó opiniones encontradas, incluso al interior de la Suprema Corte, pues algunos de sus integrantes no vieron con buenos ojos esta forma de entender los alcances de los contenidos constitucionales. De hecho, el ministro José Ramón Cossío, en

el voto particular que escribió sobre esta contradicción de tesis, indicó de manera clara que si bien la Constitución es jerárquicamente superior a un tratado internacional cuando éste se incorpora al orden jurídico mexicano porque en ella se prevén sus requisitos de validez, después de este primer momento el artículo 1o. da lugar a una operación normativa completamente diferenciada, que nada tiene que ver con cuestiones de jerarquía, pues los cambios derivados de la reforma constitucional de 2011 implican que las operaciones normativas deben hacerse a partir del principio pro persona tanto con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte como con aquellos reconocidos en la Constitución, sin establecer ninguna jerarquía entre ellos.

Por lo tanto, en opinión del ministro Cossío, la posición mayoritaria adoptada por el Pleno “genera una regla universal de interpretación por virtud de la cual el derecho convencional cede frente al derecho constitucional desplazando la posibilidad de resolver los problemas caso por caso aplicando efectivamente el principio pro persona”. Desgraciadamente, en diversos casos esta afirmación se ha cumplido, por lo que pareciera evidente que el reto para la Corte en los próximos años es consolidar el cambio de perspectiva que exigen las reformas constitucionales de junio de 2011 para hacer posible, con la adopción de una visión más garantista, un mayor desarrollo de los derechos humanos a través de prácticas jurisdiccionales que, más que tomar en cuenta de manera rígida la fuente en que éstos se regulan, busquen verdaderamente ofrecer a las personas la mayor protección de sus derechos y libertades.

Los olvidos de la reforma judicial 2021*

La reforma constitucional judicial recientemente publicada —*Diario Oficial de la Federación* del 11 de marzo de 2021 — se ocupó de materias como el cambio de la jurisprudencia por el sistema de precedentes, modificaciones a la organización del Poder Judicial Federal, reformas en materia del juicio de amparo, fortalecimiento de la carrera judicial, mecanismos de combate a la corrupción, vigorización de la defensoría pública, empoderamiento del Consejo de la Judicatura, entre otras. Todas ellas pueden ser consideradas importantes y de relevancia, y seguramente tendrán efectos positivos en la cultura jurídica nacional. Sin embargo, la reforma no atendió adecuadamente otros temas, que son fundamentales.

Entre esas materias soslayadas enumero ejemplificativamente los siguientes: la reforma no se preocupa por la legitimidad democrática de origen de los ministros y ministras, que hoy no la tienen; se omite la creación de un auténtico tribunal constitucional independiente al Poder Judicial Federal; no se abunda en la ampliación de las vías de acceso a la justicia, simplificando procedimientos y requisitos, y estimulando la conformación de un Poder Judicial proactivo; ni en sueños se plantea la posibilidad de revocación popular de las autoridades judiciales; no se alude a la incorporación de la sociedad en las deliberaciones judiciales mediante la atención obligatoria de los argumentos que se planteen en los *amicus curiae*; no existe

* Elaborado por Jaime Cárdenas Gracia, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

preocupación por revisar el interés legítimo y el amparo colectivo para proteger en mayor medida intereses difusos y hasta simples; no hay planteamiento respecto a la incorporación de las acciones populares de inconstitucionalidad promovidas por un ciudadano; no se prevé la discusión pública del sistema de precedentes para que la sociedad de manera abierta pudiera impugnarlos y modificarlos de manera vinculante; no se establece la procedencia del juicio de amparo y de los demás medios de control constitucional en contra de las reformas constitucionales; no se quieren disminuir las causales de improcedencia del amparo para estimular el acceso a la justicia.

A continuación, me ocupo de algunos de esos olvidos:

1. El Poder Judicial es un poder del Estado sin legitimidad democrática de origen. Sus titulares máximos no son electos por los ciudadanos; son designados por razones políticas o económicas, pero no democráticas. El nombramiento de los ministros, consejeros de la judicatura o magistrados electorales, obedece a esquemas de reparto de cuotas de poder entre el propio Poder Judicial, el titular del Ejecutivo y los principales partidos políticos representados en el Senado. Hoy en día en que el Poder Judicial adquiere más competencias, se requiere un Poder Judicial con legitimidad democrática para superar el argumento contramayoritario, y justificar de manera fuerte su poder mediante el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, para invalidar, derogar, abrogar o modificar leyes y decisiones de autoridades que han sido democráticamente electas. Los embates en contra del Poder Judicial Federal serán cada vez mayores, tanto de parte del poder formal como del fáctico; por eso el Poder Judicial debe estar pertrechado democráticamente para contar con la suficiente legitimidad de la que ahora carece. La discusión sobre los posibles métodos de elección de las y los ministros estará cada vez más presente, así como de los jueces y magistrados federales. Se requiere contar con métodos de nombramiento y de elección que estén más allá de toda sospecha, y que tengan el respaldo social que brinde la legitimidad a sus competencias.

2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no es un tribunal constitucional. No lo es porque sus funciones, en algunos casos y aunque sea de excepción, siguen atendiendo asuntos de legalidad, y no los de constitucionalidad y convencionalidad, y principalmente porque no ejerce un control de regularidad constitucional y convencional sobre las reformas constitucionales. El artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo, establece la improcedencia del juicio de amparo en contra de reformas constitucionales. Los gobernados no cuentan con un recurso constitucional para oponerse a las reformas a la Constitución que trastocuen las decisiones políticas fundamentales. En México es posible aprobar una reforma constitucional infringiendo el procedimiento de reforma constitucional, y también es viable aprobar modificaciones constitucionales aunque se vulneren contenidos materiales o sustantivos del núcleo duro de la carta magna, sin que las personas puedan realizar control de constitucionalidad alguno en esa materia, lo que viola el derecho fundamental al acceso a la justicia. Esto hace que no contemos con un Estado de derecho ni con una democracia, porque hay actos relativos al poder que no son susceptibles de controles y de límites. En México, necesitamos un tribunal constitucional diferente a la Corte, que pueda ejercer plenamente los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y que no tenga ámbitos o áreas vedadas, como ocurre ahora con las reformas constitucionales, sobre las que el Poder Judicial Federal no puede intervenir. Sostengo que en buena medida no conoce de las reformas constitucionales porque carece de legitimidad democrática de origen. Desde mi perspectiva, requerimos un tribunal constitucional independiente del Poder Judicial de la Federación, cuyos magistrados sean electos por los ciudadanos, que se ocupe exclusivamente de temas de constitucionalidad y convencionalidad, y que abandone las inercias y los lastres del Poder Judicial Federal ahora vigente.

3. Nuestro Poder Judicial Federal, en aras de modernizar sus criterios interpretativos y argumentativos, ha adoptado algunas de las tesis del neoconstitucionalismo sin tomar en cuenta, entre otras, teorías y doctrinas alternativas, como el constitucionalismo popular, el constitucionalismo crítico, las teorías críticas con el neoliberalismo, las teorías que cuestionan el neoconstitucionalismo, y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Las visiones

constitucionales del Poder Judicial Federal deben ensancharse y no concentrarse en alguna de las escuelas predominantes de nuestro tiempo. No debe olvidarse que algunas de esas escuelas surgen en centros de pensamiento que crean teorías para condiciones que no son trasladables automáticamente a nuestras realidades. Hoy en día el modelo teórico que dice sustentar la interpretación, aplicación, argumentación y creación del derecho infraconstitucional es el neoconstitucionalismo. Éste es un modelo que beneficia a la minoría formal y fáctica, en detrimento de las grandes mayorías. Es un modelo teórico eurocéntrico y hegemónico que favorece la pervivencia del *status quo* de privilegios. Existen otras corrientes teóricas contrahegemónicas, como las teorías feministas radicales o ecologistas no antropocéntricas, que son poco consideradas por las instancias de autoridad de nuestro país, principalmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es preciso que exista pluralidad de aproximaciones teóricas en el derecho constitucional mexicano, y que ninguna de esas escuelas sea dominante. Es necesario que todas esas concepciones deliberen y dialoguen entre sí para fortalecer las fronteras del derecho nacional.

4. El Poder Judicial Federal mexicano, con el objetivo de mantener su magro poder político, no ha hecho ningún esfuerzo para superar el centralismo judicial que proviene de la segunda mitad del siglo XIX, y que daña profundamente el federalismo mexicano. Para nadie es desconocida la evolución del juicio de amparo legalidad, que ha subordinado todo el sistema judicial del fuero común. Ciertamente, los tribunales de los estados carecen de independencia frente a gobernadores y caciques locales, pero ello no debe significar que estén condenados por toda la eternidad a la minoría de edad. Sería conveniente pensar las reformas judiciales desde la visión de los tribunales locales para ir desmontando paulatinamente el centralismo judicial mexicano nacido en el siglo XIX. Es importante que se recupere la dignidad de los tribunales locales para contar en las entidades federativas con un Estado constitucional de derecho. Se precisa una reforma constitucional para garantizar la independencia de los tribunales estatales de los poderes formales e informales. En esa reforma será necesario establecer métodos de designación de magistrados de los tribunales superiores de justicia

que no pase por la voluntad del gobernador ni por la voluntad de los partidos políticos de las entidades federativas. Se requiere de un modelo de elección democrática de magistrados a la par que la determinación en la Constitución de la República de un porcentaje fijo de recursos presupuestales que evite que los tribunales locales estén sometidos al chantaje de los partidos o del gobernador en los congresos locales. El amparo judicial debe limitarse de manera gradual y progresiva en las entidades federativas; por ejemplo, sólo permitiéndose en asuntos de cierta cuantía, a menos que en el caso estuvieran involucradas violaciones a los derechos humanos o a los principios democráticos. Lo mismo podemos decir respecto a la procedencia del amparo en contra de decisiones resultantes de la justicia constitucional local previstas en las Constituciones de las entidades federativas. Las finalidades de esa transformación deben ser: lograr la plena independencia del juez local y la recuperación del federalismo en materia judicial, cuestiones que no se han logrado realizar hasta ahora en el orden jurídico nacional. Es cuestionable que la Suprema Corte de Justicia de la Nación limite el análisis del parámetro de regularidad constitucional de los tribunales locales al llamado parámetro o bloque local de constitucionalidad. La Constitución de la República no distingue entre parámetros federal y locales, y es obvio que todas las autoridades de todos los órdenes de gobierno tienen facultad para apreciar los derechos humanos, como lo determina el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución de 1917. Esta distinción de parámetros es una nueva forma de centralismo constitucional de carácter judicial.

5. La reforma judicial huye de un tema espinoso y se aparta de la idea de dialogar el alcance y contenidos de los derechos humanos con la sociedad o hasta con el Congreso. No ha propuesto ningún mecanismo de diálogo sobre los derechos humanos. Las determinaciones en materia de declaración general de inconstitucionalidad, las controversias y acciones constitucionales, podrían deliberarse con todas y todos, y no ser parte del coto que le corresponde definir en exclusiva al Poder Judicial Federal. Los derechos deben ser deliberados ampliamente en la sociedad y no ser el producto impositivo de los tribunales. Una buena experiencia es tomar en cuenta las cláusulas *notwithstanding* y *override* del derecho canadiense,

para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tenga la última palabra en la definición de los derechos, sino que esa determinación se haga con el concurso del Congreso o de la propia sociedad. Se trata de propiciar una democracia deliberativa que hoy no tenemos. Este punto es tan importante como el método de elección popular de los ministros y magistrados. Hay que entender, como dice Dominique Rousseau, que la Constitución y los derechos humanos los crea el pueblo mediante una continua deliberación.

6. El Poder Judicial es un poder cerrado. Se debería reconocer legitimación procesal activa a cualquier ciudadano para promover acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales o para solicitar cambios en los precedentes. El derecho procesal constitucional debiera estar al alcance de cualquier ciudadano. Debemos trascender el interés jurídico y legítimo, y proponer en su lugar un interés simple. El acceso a la justicia constitucional debiera ser irrestricto, y sólo por excepción, cuando exista una justificación que haya pasado la prueba de la deliberación pública, podría sostenerse que exclusivamente ciertas instituciones o sujetos privilegiados pueden acudir a determinadas vías de control de constitucionalidad y convencionalidad. Pero ello debiera ser la excepción; la regla general debe ser la apertura de los mecanismos de control constitucional. El derecho y su alcance debe estar en manos de la sociedad, y no del Poder Judicial. La sociedad demanda que las controversias y acciones de inconstitucionalidad no estén controladas por las instituciones y actores políticos privilegiados. Necesitamos contar con acciones ciudadanas o populares de inconstitucionalidad, en donde un ciudadano pueda acudir a la Corte para controvertir normas generales

7. En cuanto al interés legítimo que se incorporó en materia de amparo en 2011 y 2013, ha sido insuficiente para garantizar el derecho de acceso a la justicia y para lograr la tutela judicial efectiva. Se requiere ampliar la extensión del interés legítimo al menos en los asuntos constitucionales, de derecho público, social y familiar. Lo anterior es así, porque la fuerza normativa de la Constitución, la regularidad constitucional y convencional, no pueden estar sujetas al regateo y discrecionalidad jurisdiccional. Si no se concede interés a cualquier

ciudadano para impugnar leyes contrarias al orden constitucional, los principios de supremacía constitucional, de jerarquía normativa y de validez quedan de lado, con merma para la existencia de una Constitución normativa y la construcción del Estado constitucional y democrático de derecho.

8. Un acto de corrupción inaceptable por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue haber permitido en 2013, que el amparo fuera improcedente en contra de las reformas constitucionales. Con ese instrumento se garantizó que la clase política apruebe cualquier reforma constitucional, aunque sea abiertamente regresiva con los derechos humanos y los principios democráticos. Cualquier reforma judicial en México debe comenzar modificando ese enorme acto de corrupción institucional.

Y, finalmente, la Suprema Corte o el futuro tribunal constitucional deben orientar la argumentación e interpretación constitucional y convencional, pero no deben tener la última palabra en esas funciones; ello es contrario a la soberanía y a la democracia deliberativa. La Constitución merece estar fundamentalmente en la esfera pública y no ser comprendida exclusivamente por once mentes esclarecidas.

El impacto de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos: los derechos vinculados al medio ambiente sano*

El derecho humano al ambiente sano es el objeto de la presente opinión técnica, que tiene una vocación informativa, para destacar la importancia de éste como el derecho al “bien estar” y a que todos los seres vivientes, incluso las generaciones venideras, disfruten del derecho a vivir bien en el planeta. Es importante recordar que los derechos humanos, incluyendo al derecho humano al medio ambiente sano, tienen un carácter atemporal, y que incluyen a generaciones futuras. Desde 1948 se proclamaba en el seno de las Naciones Unidas: “Nosotros, la gente de las Naciones Unidas, estamos decididos a proteger a las generaciones venideras del azote de la guerra, la cual dos veces en nuestra vida ha producido un sufrimiento incalculable a la humanidad”; desde entonces se han tenido que enfrentar múltiples flagelos, que causan tanto o más sufrimiento que la guerra: la desigualdad, el hambre, la pobreza, la contaminación o los efectos del cambio climático.

El evento que convirtió al medio ambiente en un tema de relevancia a nivel internacional fue la Conferencia de Estocolmo en 1972, que reunió tanto a países desarrollados como en desarrollo, y se emitió una Declaración de 26 principios y un plan de acción con 109

* Elaborado por María del Carmen Aurora Carmona Lara, investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

recomendaciones. La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano y sus Principios formaron el primer cuerpo de *soft law* como fuente de disposiciones internacionales relativas al medio ambiente, que se han convertido en un bloque de derechos constitucionales, en el ámbito nacional, que se combina con derechos asociados al derecho al medio ambiente sano, que va desde el reconocimiento de este derecho hasta la aceptación del derecho al “desarrollo sostenible”, que se ha hecho universal, e incluso ha sido consagrado en textos constitucionales en América Latina.¹

El desarrollo sustentable es “un modelo de crecimiento que satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.² Ésta es la idea básica que postuló el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (conocido como Informe Brundtland de 1987), creada por las Naciones Unidas para impulsar un programa de cambio global. Este Informe llevó a las Naciones Unidas a convocar una Conferencia sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (la llamada “Cumbre de la Tierra”), que se celebró en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, con la participación de 173 Estados (y la presencia física de 118 jefes de Estado y de gobierno). En esa Conferencia se aprobó una importante Declaración y un plan de acción a nivel mundial, que es conocido como la “Agenda 21”, que inicialmente operó bajo el lema, “piensa globalmente y actúa localmente”. El Plan de Acción de la Agenda 21 se basaba en que los Estados deberían llevar a cabo, en la primera década del siglo XXI, acciones tendentes y contundentes para transformar el modelo de desarrollo imperante, basado en la explotación de los recursos naturales como si fueran ilimitados, y en un acceso desigual a los beneficios derivados de ello, por el nuevo modelo, que denominaron “desarrollo sostenible”, desde los

¹ De catorce Constituciones de América Latina expedidas entre 1972 y 1994, ocho incorporaron ese derecho, bajo distintas formas (en orden alfabético, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Perú). Por su parte, una reforma de 1994 introdujo ese derecho a la Constitución de Costa Rica de 1949, y lo mismo ocurrió en México con una reforma de 1999.

² *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, 460 pp.

puntos de vista social, económico y ecológico (duradero en el tiempo, eficiente y racional en el uso de los recursos y equitativo en los beneficios).

Al inicio del siglo XXI se presentó en el seno de la ONU la Declaración del Milenio, 2000, que emitió “Los Objetivos del Milenio”, cuya fecha límite de consecución fue en 2015; éstos expresaban el deseo común de erradicar la pobreza extrema y el hambre, incrementar la salud, mejorar la educación de los niños y jóvenes, igualar las oportunidades de superación entre mujeres y hombres, lograr un crecimiento en armonía con el medio ambiente y fomentar la creación de una asociación mundial para el desarrollo. El 25 de septiembre de 2015, los líderes mundiales adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS), como un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible. Los dieciséis objetivos tienen metas específicas que deben alcanzarse en 2030. El informe 2020 de los ODS señala que el cambio climático continúa produciéndose a una velocidad mayor de lo previsto. El 2019 fue el segundo año más cálido del que se tenga constancia, y marcó el final de la década más cálida jamás registrada: 2010-2019. Al mismo tiempo, la acidificación de los océanos se acelera, la degradación del suelo continúa, hay especies masivas en riesgo de extinción y siguen predominando los patrones insostenibles de consumo y producción. Esta breve historia de la evolución del derecho al medio ambiente sano y al desarrollo sustentable en el ámbito internacional se enfrenta con nuevos desafíos, tal como lo señala António Guterres, secretario general de las Naciones Unidas:

Como Estados miembros reconocidos en la Cumbre de los ODS celebrada el pasado septiembre (2020), los esfuerzos mundiales llevados a cabo hasta la fecha han sido insuficientes para lograr el cambio que necesitamos, lo que pone en riesgo el compromiso de la Agenda con las generaciones actuales y futuras. Ahora, debido a la COVID-19, una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes amenaza vidas y medios de subsistencia, lo que dificulta aún más la consecución de los Objetivos.

Este grito de alerta debe ser considerado a la luz de las reformas constitucionales en el caso de México y al cambio de paradigma para dar paso a la interpretación y aplicación de los derechos humanos en México. A partir de esta reforma, los derechos humanos dejan de ser postulados programáticos para erigirse en derechos exigibles, tanto por las vías jurisdiccionales como no jurisdiccionales, a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional de junio de 2011, en la que se da lugar a la conformación del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos consagrados en el texto constitucional, como es el caso del derecho al ambiente sano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: *a)* los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal, y *b)* todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En consecuencia, las normas provenientes de ambas fuentes constituyen un único conjunto normativo, sin jerarquías. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, la elección de la norma aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios que favorezcan una mayor protección para la persona o que impliquen una menor restricción.³

En el caso de México, la consagración del derecho a un medio ambiente adecuado en 1999 en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos representó un trascendental avance en el país hacia la protección de los derechos sociales. El 8 de febrero de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional al artículo cuarto en su párrafo quinto y la adición del párrafo sexto. El texto vigente señala:

³ Cancino Miguel Ángel y Francisco Dorantes Díaz (coords.), *Sistematización de normas en materia ambiental*, Ciudad de México, Procuraduría Ambiental de Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, p. 866.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la Ley.

Del texto constitucional se desprende que la Constitución, en cuanto ley objetiva, reconoce un derecho subjetivo público, con el fin de que se contribuya al desarrollo de la persona y a su bienestar. Es decir, el desarrollo y bienestar de toda persona es a su vez una forma de salvaguardar a un bien público. Es necesario resaltar que la ubicación de este derecho en el texto constitucional se encuentra dentro del capítulo de derechos humanos. El derecho humano al medio ambiente sano ha sido constitucionalizado y se convierte a su vez en un principio rector de la política social y económica al señalar que “El Estado garantizará el respeto a este derecho”.

El derecho a un medio ambiente sano se complementa con el principio contenido en el artículo 25 de la Constitución federal, relativo al desarrollo sustentable, que nos puede llevar a considerar que estamos frente a un principio constitucional programático; no obstante, hay que aclarar que los principios rectores o programáticos no dan lugar al surgimiento de derechos subjetivos, por lo que para que el derecho a un medio ambiente adecuado pueda ser exigido ante tribunales requiere, para ser efectivo, activar lo señalado en el propio artículo 4o. y en el artículo 17 de la Constitución.

El artículo 4o., establece que “El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”. Atendiendo al mandato constitucional, el 7 de junio de 2013 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que

...regula la responsabilidad ambiental que nace de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños cuando sea

exigible a través de los procesos judiciales federales previstos por el artículo 17 constitucional, los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos administrativos y aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

La Ley también señala que

Los preceptos de este ordenamiento son reglamentarios del artículo 4o. Constitucional, de orden público e interés social y tienen por objeto la protección, la preservación y restauración del ambiente y el equilibrio ecológico, para garantizar los derechos humanos a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de toda persona, y a la responsabilidad generada por el daño y el deterioro ambiental.

De tal forma,

...el derecho al medio ambiente como una forma de expresión de la dignidad humana puede ser visto como una precondition necesaria para la realización de otros derechos en el futuro. En consecuencia, el derecho a vivir en un medio ambiente sano constituye, sin duda alguna, un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona, relacionado también con la calidad de vida.⁴

Por lo anterior, la definición, caracterización e interdependencia del derecho humano al medio ambiente sano debe analizarse y entenderse a la luz de otras categorías jurídicas igualmente valiosas, como lo son el derecho humano al agua y saneamiento; a la salud; a la alimentación; a la información, participación en asuntos públicos y consulta previa e informada, o en el caso de Constituciones locales, como en la Ciudad de México, el derecho a la ciudad, a una vivienda adecuada y a la movilidad.⁵

⁴ Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *International Environmental Law*, New York, Transnational Publishers, 1991, p. 22.

⁵ Cancino, Miguel Ángel y Dorantes Díaz, Francisco, *op. cit.*, p. 22.

A las reformas constitucionales señaladas debe considerarse la relativa a las acciones colectivas, consagradas en el artículo 17, por virtud de la cual se insta al Congreso de la Unión a legislar sobre las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Ello dio lugar a una serie de reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código Civil Federal y a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, así como a la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, cuya finalidad radica en tutelar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, como los relativos al medio ambiente. A tales efectos, las personas legitimadas para ejercitar dichas acciones son la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente; el representante común de una colectividad conformada por al menos treinta miembros; las asociaciones civiles sin fines de lucro, cuyos objetos sociales estén relacionados con la materia de que se trate, y el procurador general de la República.

Las reformas a la Constitución consagran los principios de acceso a la justicia ambiental en el artículo 17. Hay que reconocer que el ejercicio de acciones colectivas, y en su caso de acciones constitucionales, deben considerarse como métodos de excepción, en tanto remedios procesales de naturaleza eminentemente cautelar, que no pueden resolver todos los problemas que plantea el acceso a la justicia por conflictos ambientales o en violación del derecho humano al medio ambiente sano.

Las acciones judiciales son un mecanismo mediante el cual las personas pueden promover y exigir la protección del ambiente y los derechos humanos asociados al derecho al ambiente sano cuando las entidades competentes no cumplan sus funciones en materia ambiental o los mecanismos extrajudiciales de participación y control ambiental no den resultado. Sin embargo, falta mucho por construir para que se lleven a cabo las medidas con capacidad de contribuir a la garantía de los derechos humanos asociados al derecho al medio ambiente sano a través de la judicialización de los conflictos ambientales, que son además una oportunidad para reunir, organizar y articular a los actores del mismo, en torno a la garantía de los

derechos involucrados. En este sentido, el juez cumplirá una función articuladora en conflictos complejos en los que a las instituciones y actores involucrados se les dificulta unificar sus posiciones y tomar decisiones de fondo. Esto también será posible a través de la mediación y la generación de soluciones alternativas a los conflictos ambientales.

Es decir, se requiere de una serie de acciones tendentes a generar la defensa y garantía del derecho humano al medio ambiente sano a través de la aplicación efectiva de la legislación ambiental, el acceso a la justicia ambiental y a la reparación del daño causado, ya sea con medidas compensatorias o reparadoras; es decir, un nuevo derecho. Por otro lado, deben fortalecerse los instrumentos preventivos de gestión ambiental que involucren la participación ciudadana, la coordinación interinstitucional y la educación ambiental. Solo así “Tenemos el deber de la esperanza” (Barbara Ward, 1972) de hacer efectivo el derecho al medio ambiente sano.

La usura como forma de explotación del hombre por el hombre*

De acuerdo con el *Diccionario la lengua española*, la usura es el “[i]nterés excesivo en un préstamo” (RAE, 2021). El término del origen es discutido, pues según Guillermo Margadant proviene del latín *interusurium*, que consiste en la diferencia entre el valor nominal de la deuda y el valor actual de esa deuda (Margadant, 2020); mientras que Jorge Adame Goddard señala que proviene del latín *usurae*, que significa el “precio que el mutuuario paga por el uso del dinero, y de ahí que [los intereses] se denominen «usuras»” (Adame, 1998). Independientemente de esta discusión doctrinal, la usura está prohibida por el artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en los siguientes términos: “Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. Aunque México ratificó este tratado el 3 de febrero de 1981, no fue hasta la reforma de junio de 2011 cuando esta disposición se aplicó a casos concretos. Específicamente, mediante la sentencia del Amparo Directo 193/2012 del 12 de abril de 2012, el Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito resolvió que el artículo 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que permite pactar intereses sin límites en caso de mora en un título de crédito, contraviene la prohibición de usura de la Convención:

* Elaborado por Ma. Susana Dávalos Torres, investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesora de asignatura en la Facultad de Derecho de la UNAM.

INTERESES MORATORIOS EN UN TÍTULO DE CRÉDITO. EL ARTÍCULO 174 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, QUE PERMITE SU PACTO IRRESTRICTO TRANSGREDE EL DERECHO HUMANO DE PROHIBICIÓN LEGAL DE LA USURA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 21, NUMERAL 3, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La usura en su sentido gramatical se define como el interés excesivo en un préstamo. Por su parte, el artículo 78 del Código de Comercio consagra el principio *pacta sunt servanda*, esto es lo estipulado por las partes, en cualquier forma que se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Empero, esa libertad contractual tiene la limitante prevista en el numeral 77 de la codificación en cita, que se refiere a que tiene que versar sobre convenciones lícitas. En vista de ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —suscrita el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve en San José de Costa Rica, que entró en vigor el dieciocho de julio de mil novecientos setenta y ocho, de exigibilidad en México a partir del veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno— establece en su artículo 21, numeral 3, que la usura y cualquier otra forma de explotación humana por el hombre, deben ser motivo de prohibición legal; luego, dicha disposición se trata de un derecho fundamental, pues el artículo 1o. de la Carta Magna amplía el catálogo de éstos no sólo a los contenidos en el ordenamiento supremo del orden jurídico nacional, sino también en los tratados internacionales aprobados por el Estado Mexicano. En ese orden de ideas, se destaca que el artículo 174, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no fija límite para el pacto de intereses en caso de mora en un título de crédito, pues la voluntad de las partes rige —en principio— para dicho acuerdo, en correlación con el mencionado numeral 78 de la codificación mercantil, y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que proscribe la usura. De ello se colige que, si bien la legislación mercantil contempla la posibilidad de cobrar intereses por los préstamos, basada en el principio de libre contratación, en atención al contenido de los artículos 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1o. de la Constitución Federal, debe reconocerse la protección al deudor frente a los abusos y a la eventualidad en el cobro de intereses excesivos, por constituir usura. De este modo, permitir que

la voluntad de las partes esté sobre dicha disposición convencional sería solapar actos de comercio que conculquen derechos humanos. Así, el artículo 77 del Código de Comercio, es acorde con el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al regular que los pactos ilícitos no producen obligación ni acción; pero la aplicación del artículo 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el sentido de permitir el pacto irrestricto de intereses en caso de mora, es inconventional, pues tolera que los particulares se excedan en su cobro con la eventualidad de que éstos sean usurarios. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL TRIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 193/2012. Pedro Rodríguez Cisneros. 12 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Silverio Rodríguez Carrillo. Secretaria: Adriana Vázquez Godínez.

Registro digital: 200136, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tesis: XXX.1o.2 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, p. 1735.

Se trató de una resolución histórica, pues si bien en otras épocas ya se habían emitido criterios sobre la usura en materia penal, esta fue la primera vez que se emitió un criterio sobre la usura en el préstamo mercantil, aplicando un tratado internacional en materia de derechos humanos.

Antes de esta resolución, los asuntos de derecho privado eran resueltos con base en disposiciones de la misma naturaleza, como si la división de las áreas del derecho fuera abismal y no obedeciera a una cuestión didáctica y de técnica legislativa. Por esta razón, el único instrumento con el que contaba la parte afectada por el cobro de intereses excesivos en un préstamo era la lesión.

Recordemos que la lesión es un vicio de la voluntad regulada por el artículo 17 del Código Civil Federal, conforme al cual

Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

La lesión consiste en un desequilibrio, una desproporción en las prestaciones a que quedan obligadas las partes en un contrato como resultado de la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia y extrema miseria que una parte ejerce sobre la otra.

La jurisprudencia ha adoptado un sistema mixto en relación con los elementos que deben probarse en la lesión, a saber: 1) elemento objetivo, que consiste en la desproporción en las prestaciones, y 2) elemento subjetivo, que a su vez se subdivide en a) la mala fe, y b) la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria (Tesis Aislada, registro 217014).

La lesión con estos elementos es resultado del liberalismo del siglo XIX, en el que la libertad contractual o “soberanía de la voluntad” es la “ley entre las partes”, razón por la cual está diseñada de tal manera que difícilmente puede probarse cada uno de sus elementos para que proceda.

Cabe destacar que en materia mercantil, el artículo 385 del Código de Comercio establece una excepción en relación con la lesión, al disponer que “Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con fraude o malicia en el contrato o en su cumplimiento”. En relación con el préstamo, también es de destacar que el artículo 363 del Código de Comercio permite la capitalización de intereses, es decir, “la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados, para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores” (Jurisprudencia, registro 195329).

Recordemos, además, que como consecuencia de la crisis económica de 1994, se discutió el anatocismo como un exceso en el cobro de intereses en un préstamo, lo que culminó con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por la cual se concluyó que “Del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano... se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina” (Jurisprudencia, registro 195343), dejando claro, por otra parte, que si bien la capitalización de intereses está permitida en nuestro sistema jurídico (Jurisprudencia, 195329), el cobro de intereses sobre intereses está prohibido (Jurisprudencia, (registro 195343).

De ahí la importancia de la resolución del Amparo Directo 193/2012:

1. Reconoció la existencia de la usura, es decir, el cobro excesivo de intereses en nuestro sistema jurídico.
2. Reconoció que la usura es una práctica violatoria del derecho humano a la propiedad privada.
3. Ante las limitaciones en la materia en las leyes en materia de préstamos e intereses, así como en la Constitución, se emplearon las disposiciones de un tratado internacional.

Desafortunadamente, el contenido de esta resolución no prosperó. Dada la cantidad de casos que comenzaron a presentarse ante los tribunales, se emitieron otras resoluciones en sentido opuesto, como sucedió con la que resultó de la Contradicción de Tesis 204/2012, en la que se identificó a la usura con la lesión. La tensión sobre la usura culminó con la Contradicción de Tesis 350/2013, conforme a la cual

[E] artículo 174, párrafo segundo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que prevé que en el pagaré el rédito y los intereses que deban cubrirse se pactaran por las partes, y sólo ante la falta de tal pacto, operará el tipo legal, permite

una interpretación conforme con la Constitución General y, por ende, ese contenido normativo debe interpretarse en el sentido de que la permisón de acordar intereses tiene como límite que una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; destacando que la adecuación constitucional del precepto legal indicado, no sólo permite que los gobernados conserven la facultad de fijar los réditos e intereses que no sean usurarios al suscribir pagarés, sino que además, confiere al juzgador la facultad para que, al ocuparse de analizar la litis sobre el reclamo de intereses pactados en un pagaré y al determinar la condena conducente (en su caso), aplique de oficio el artículo 174 indicado acorde con el contenido constitucionalmente válido de ese precepto y a la luz de las condiciones particulares y elementos de convicción con que se cuente en cada caso, a fin de que el citado artículo no pueda servir de fundamento para dictar una condena al pago de intereses mediante la cual una parte obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de su contrario un interés excesivo derivado de un préstamo. Así, para el caso de que el interés pactado en el pagaré, genere convicción en el juzgador de que es notoriamente excesivo y usurario acorde con las circunstancias particulares del caso y las constancias de actuaciones, aquél debe proceder de oficio a inhibir esa condición usuraria apartándose del contenido del interés pactado, para fijar la condena respectiva sobre una tasa de interés reducida prudencialmente que no resulte excesiva, mediante la apreciación de oficio y de forma razonada y motivada de las mismas circunstancias particulares del caso y de las constancias de actuaciones que válidamente tenga a la vista el juzgador al momento de resolver.

Además, estableció criterios para que el juez evalúe “objetivamente el carácter notoriamente excesivo en una tasa de interés”, a saber:

- a) El tipo de relación existente entre las partes.
- b) Calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré y si es que la actividad del acreedor se encuentra regulada.

- c) Destino o finalidad del crédito.
- d) Plazo del crédito.
- e) Existencia de garantías para el pago del crédito.
- f) Tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a las que se analizan, cuya apreciación únicamente constituye un parámetro de referencia.
- g) La variación del índice inflacionario nacional durante la vida real del adeudo.
- h) Las condiciones del mercado.
- i) Otras cuestiones que generen convicción en el juzgador.

Así como un elemento subjetivo, que consiste en “la apreciación sobre la existencia o no, de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor”.

El interés tiene una función en el crédito, pero su abuso, sobre todo en el sector informal, es una realidad. Todavía hay mucho por hacer en esta materia, pero no hay duda de que la reforma de 2011 a la Constitución ha marcado un antes y un después en esta materia en beneficio de millones de personas que diariamente obtienen un crédito en el mercado formal e informal.

Testigos colaboradores a la luz de la reforma constitucional*

Las autoridades públicas en México han tomado medidas controvertidas en sus esfuerzos por detener el tráfico de drogas en el país. Entre ellas se cuenta el uso de testigos colaboradores: individuos acusados de pertenecer a organizaciones criminales que llegan a un acuerdo con las autoridades para compartir información sobre esas organizaciones y sus actividades a cambio de algún beneficio penal y de protección contra posibles represalias. Esta práctica suele ser objeto de crítica por distintas razones, entre otras por generar incentivos para la autoincriminación de posibles colaboradores o, en algunos casos, por erosionar el debido proceso (pues si un testigo colaborador ofrece bajo anonimato un testimonio incriminatorio, el imputado desconocerá la identidad de quien testifica en su contra). Esta opinión técnica, sin embargo, se centra en otra preocupación. Sostiene que el despliegue de los testigos colaboradores en México ha sido deficiente en términos éticos y en muchos sentidos opuesto a la protección a los derechos humanos de las personas que desempeñan ese papel. Es cierto que, dada la naturaleza de las organizaciones delictivas, el uso de testigos colaboradores puede ser necesario en las circunstancias actuales, y que conlleva riesgos inherentes. Estos riesgos no son en sí mismos una razón para oponerse a la práctica, pero esos riesgos deben regularse y restringirse de acuerdo con un paradigma de derechos humanos. Por distintas ra-

* Elaborado por Juan Espíndola, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

zones, ligadas a la baja institucionalidad del sistema de justicia criminal, ese no ha sido el caso en México. La reflexión sobre los testigos colaboradores es útil, pues, como un indicador del respeto a los derechos humanos en el contexto del combate al tráfico de drogas.

Los testigos colaboradores evocan la imagen de los famosos *pentiti* italianos, que recibieron inmunidad o rebajas penales en reconocimiento por su cooperación en los célebres *maxiprocessos* de Palermo, Italia, en la década de 1980, donde se condenó a cientos de miembros de la mafia. Pero el uso de testigos colaboradores se ha convertido en una práctica bastante común en muchos sistemas de justicia penal, sobre todo en los Estados Unidos, donde los llamados *plea-bargains* son una práctica muy usual. Las fiscalías (antes procuradurías) en México han recurrido de manera cada vez más asidua a testigos colaboradores para enfrentar el dramático aumento de la violencia relacionada con el tráfico de drogas. Su uso aumentó significativamente durante las administraciones de Vicente Fox (2000-2006) y Felipe Calderón (2006-2012), para declinar durante la presidencia de Enrique Peña Nieto (2012-2018), cuando el interés y los recursos asignados a ellos disminuyeron considerablemente. No está claro si los testigos colaboradores volverán a ganar relevancia durante el gobierno de Andrés Manuel López Obrador, aunque están presentes en algunos casos de alto perfil en la actual agenda de justicia penal, incluida la desaparición forzada de los cuarenta y tres normalistas de Ayotzinapa. En efecto, un testigo colaborador, Gildardo N., fue reclutado como tal tras ser vinculado a proceso por ese crimen para luego ser liberado por un juez bajo el argumento de que la evidencia en su contra había sido obtenida por métodos ilegales.

Los testigos colaboradores aparecen de manera formal en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996. Según su artículo 35, los miembros de la delincuencia organizada que presten “ayuda eficaz” para investigar y perseguir a otros de sus miembros —sobre todo, aunque no limitado, a aquellos “con funciones de administración, dirección y supervisión”— pueden recibir distintos beneficios penales, dependiendo de la etapa procesal en la que colaboren (si hay o no averiguación previa, si colaboran durante el proceso penal, si

ya han sido sentenciados). Los beneficios pueden ir desde no tomar en su contra las pruebas que se deriven de su colaboración hasta eliminar dos terceras partes “de la privativa de libertad impuesta”. Distintas disposiciones relativas a los testigos colaboradores han sido impugnadas en los tribunales a través del juicio de amparo para luego ser confirmadas por la Suprema Corte de Justicia en un par de ocasiones (en 2002 y 2013). Asimismo, la ratificación por parte de México de dos tratados internacionales (la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2003 y la Convención contra la Corrupción de 2004) afianzó la figura en el orden constitucional. Así, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional autoriza a los Estados parte a adoptar “medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados” a que aporten información sobre esos grupos, así como “ayuda efectiva y concreta” para privar a esos grupos “de sus recursos o del producto del delito”. Asimismo, la Convención también insta a los Estados que suscriben la Convención a considerar “la mitigación de la pena” o “la concesión de inmunidad judicial” a “las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento” respecto de delitos perpetrados por el crimen organizado.

No obstante la existencia de este entorno jurídico favorable al uso de testigos colaboradores, lo cierto es que los lineamientos para regular el uso de los testigos colaboradores, particularmente aquellos relativos a la protección de la integridad y la identidad de los testigos colaboradores, eran insuficientes, incluyendo los provistos por la ley de 1996. La ley no esclarecía, por ejemplo, las condiciones para reclutar testigos colaboradores, el tipo de protección que se les ofrecería ni el tipo de indemnización que recibirían. En reconocimiento de tales deficiencias, hacia el final de la administración de Calderón se promulgó la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, aprobada unánimemente por el Congreso en 2012. Esta ley regula la práctica con más detalle que la legislación de 1996. Entre otras consideraciones, ofrece una definición precisa del testigo colaborador; establece una agencia especial (Centro Federal de Protección de Personas), responsable ante la

(entonces) Procuraduría General de la República, encargada de la administración del programa de testigos protegidos, incluidos los testigos colaboradores; proporciona un mecanismo de rendición de cuentas, ya que la agencia tiene la obligación de escribir un informe anual para el Congreso, además de exigir un estudio técnico para determinar la idoneidad de los candidatos para testigos colaboradores, y ofrece a estos últimos asistencia económica, sanitaria y jurídica, e incluso una nueva identidad.

Con todo y lo avanzada que aparece en el papel, la nueva ley, según información pública, nunca se ha implementado por completo. El Centro ni siquiera entró en funciones, y sobra decir que no hay ningún informe sobre sus resultados o la idoneidad de los candidatos. Además, el uso de los testigos colaboradores nunca dejó de estar marcado por la corrupción y la discrecionalidad. Más importante aún para los propósitos de esta opinión técnica, no obstante el intento por institucionalizar y regular el uso de testigos colaboradores que entraña la ley, las garantías de seguridad para testigos colaboradores se implementaron deficientemente. Muchos de quienes se desempeñaron como tales quedaron sin protección después de proporcionar información, y algunos incluso fueron asesinados.

Tomemos como ejemplo el caso de “Venus”, una testigo colaboradora que inició su cooperación en 2010, dos años antes de la promulgación de la ley de 2012, y que fue colaboradora de bajo rango de la organización criminal los Zetas. Venus testificó contra los principales líderes de la organización y otras cuatrocientas personas. Según ella, fue dada de baja del programa de testigos colaboradores en 2015, pero citada a declarar el mismo año, sin protección. Algunos años más tarde, a pesar de que un juez federal ordenó a la Fiscalía General de la República ofrecerle protección, la Fiscalía se negó a hacerlo, ofreciendo un argumento legal obtuso para respaldar su negativa. En esa ocasión, Venus optó por no ofrecer testimonio alegando que había sido amenazada en varias ocasiones. Venus afirmó además que durante su participación en el programa de testigos colaboradores se le ofreció vivienda en condiciones de hacinamiento e insalubridad, en una casa custodiada por elementos de la Marina y

agentes federales. Allí vivió con otros trece testigos colaboradores y, en algunos casos, sus familias, en una propiedad que había pertenecido al narcotraficante Osiel Cárdenas, y que la administración de Calderón confiscó y reutilizó para este propósito. Este caso parece ser representativo de un patrón de casos en los que los perpetradores de bajo rango se encuentran a merced de un sistema de justicia penal ineficaz que no puede garantizar adecuadamente un nivel mínimo de bienestar y protección a cambio de su cooperación, pero los recluta para cooperar de todos modos.

Dinámicas similares tienen lugar a nivel local, donde hay alguna evidencia de sistemas informales de testigos colaboradores. Uno de estos programas fue implementado en el estado de Morelos por el Comisionado Estatal de Seguridad Pública. Comenzó en 2017-2018 con un acuerdo con un joven sicario, quien no sería procesado a cambio de su testimonio contra miembros de la organización criminal Guerreros Unidos. Para octubre de 2018, el programa contaba con doce de estos colaboradores. Una investigación periodística describe la precariedad de las condiciones de vida de los participantes y la baja protección recibida. Ante la falta de un espacio apropiado donde colocarlos, las autoridades alojaron a los colaboradores en un recinto contiguo a la cárcel que albergaba a los miembros del grupo delictivo contra el cual testificaban, en condiciones precarias. Este improvisado sistema informal de testigos colaboradores colapsó cuando el comisionado fue removido de Morelos y asignado a otro estado. Entonces todos los colaboradores escaparon por temor a ser encarcelados o sufrir las represalias del crimen organizado.

Ejemplos como los anteriores son representativos de una serie de casos donde los testigos colaboradores son ciudadanos de bajos recursos socioeconómicos y con un rango relativamente bajo dentro de las organizaciones a las que pertenecían. Pero hay testigos colaboradores con perfiles socioeconómicos y criminales enteramente distintos. Algunos de ellos tienen solvencia económica, asesoría jurídica y, en términos generales, una notable habilidad para sacar ventaja del sistema de justicia criminal. Muchos de ellos, además, tienen

una profunda complicidad con la organización criminal para la cual trabajaron y que ahora denuncian.

Ambas consideraciones (tanto su capacidad de obtener una situación ventajosa del sistema como su grado de complicidad con el crimen organizado) obligan a ofrecer un matiz sobre el caso de los testigos colaboradores, y sobre la justificación del Estado de colocarlos en una situación de riesgo, aunque siempre sin vulnerar sus derechos. En primer lugar, su situación de ventaja comparativa acarrea también un costo; puesto de manera cruda, quienes obtienen mayores ventajas del sistema deben también asumir mayores riesgos a la hora de cooperar. En segundo lugar, dada la mayor responsabilidad de estos testigos colaboradores en los delitos investigados (puede tratarse, por ejemplo, de los líderes de organizaciones criminales, o de colaboradores cercanos a ellos), el Estado tiene una mayor justificación moral para exponerlos a un grado mayor, si bien no excesivo, de riesgo. El filósofo del derecho Richard Lippke tiene razón al argumentar que de un miembro del crimen organizado puede esperarse razonablemente que haga mayores sacrificios para llevar a la justicia a sus co-perpetradores que cualquier otro testigo en virtud de su corresponsabilidad en los delitos en cuestión. En una frase, la tesis de Lippke es que si bien el Estado debe un mínimo de protección a todo testigo, dicha protección es siempre imperfecta, y cabe esperar que los corresponsables (ahora delatores) asuman el mayor grado posible de riesgo a la hora de colaborar.

Un ejemplo en este sentido es el del testigo colaborador Edgar Enrique Bayardo del Villar, alias *El Tigre*. Antes de convertirse en testigo colaborador, Bayardo ocupó varios cargos de alto rango en las fuerzas policiales federales y estatales, al mismo tiempo que cultivaba vínculos con organizaciones de narcotraficantes, como el cartel de Sinaloa, e incluso informaba a algunas de ellas durante veinte años. Bayardo proporcionó mucha inteligencia (no toda confiable) a las autoridades, hasta que fue ejecutado un año después de comenzar su colaboración. Este no es, desde luego, el desenlace que un Estado deba reservar para un testigo colaborador, y más todavía si es producto de un fallo de protección. Una investigación del asesinato

de Bayardo reveló que su ejecución fue posible en parte debido a fallas y deficiencias en el protocolo de seguridad: los encargados de su protección estaban poco calificados como guardaespaldas (eran agentes de bajo rango) y trabajaban turnos de 48 horas; de hecho, los guardaespaldas de Bayardo fueron encarcelados por su presunta negligencia. Poniendo estos fallos de lado, sin embargo, es cierto que dada su asociación pasada con una organización criminal, las autoridades estaban justificadas en exponer a Bayardo a un mayor nivel de riesgo que a Venus y otros como ella. El caso de Bayardo no es aislado.

En resumen, en las circunstancias actuales el uso de testigos colaboradores tiene como consecuencia la afectación de los derechos humanos de quienes asumen tal participación, entre ellos el derecho a no recibir un trato degradante, el derecho a la vida, incluso, como hemos visto, el derecho a la salud. Esto no quiere decir que los testigos colaboradores no tengan un importante papel que desempeñar en el sistema de justicia criminal del país, particularmente en investigaciones asociadas al tráfico de drogas. El punto es que su utilización debe regularse apropiadamente. Además, el uso de testigos colaboradores debe ser selectivo. La falta de capacidades institucionales del aparato de procuración de justicia del país no permite un despliegue sistemático de esta figura. Finalmente, la legislación en la materia debe estar en armonía con el resto de la arquitectura penal del sistema de justicia criminal. El giro punitivo adoptado por administraciones recientes ha tenido como consecuencia el endurecimiento de las sanciones penales. De suyo un problema, esta veta crecientemente punitiva tiene como consecuencia adicional el hecho de socavar los beneficios por colaboración, pues la reducción de sentencias sobre penas “infladas” puede ser insuficiente para incentivar la participación de posibles testigos colaboradores.

La herencia humanista del derecho internacional en la reforma de derechos humanos de 2011*

Entre otras modificaciones, una tradición reciente del derecho internacional, construida apenas después de la Segunda Guerra, quedó incorporada en junio de 2011 al texto constitucional mexicano. La protección jurídica de las personas físicas, de seres humanos, había adquirido un lugar privilegiado en muchas de las reglas jurídicas convencionales, universales y regionales, de la segunda mitad del siglo XX, y México, por consentir esas reglas internacionales, amplió el catálogo de los derechos reconocidos por las propias instituciones del Estado, a los incluidos en tales normas internacionales. Con la reforma a la Constitución mexicana, el horizonte de una mayor protección de derechos, aunque tardíamente, quizá, por fin llegaba a vislumbrarse con cierto éxito. Sin embargo, el resultado, diez años después, no es tan alentador como llegó a pensarse. En cualquier caso, haremos bien si nos detenemos a reflexionar sobre el impacto de las reglas de derecho y su capacidad para transformar realidades.

En este ensayo se destaca, primero, cómo el derecho internacional reciente ofreció y ofrece un elocuente discurso de derechos humanos que ubica al individuo en el centro de la protección. Segundo, se marca cómo la reforma de 2011 diseñó una puerta que abre y

* Elaborado por Guillermo E. Estrada Adán, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

mira con decisión al derecho internacional frente a la vetusta frase de la ley suprema de toda la Unión ubicada en el artículo 133. Esta nueva puerta ofrece una buena cantidad de desafíos todavía por hacer. Dejamos al final notas para incomodarnos lo suficiente, pues la reforma constitucional no ha acabado, quizá incluso ni disminuido, con las violaciones a los derechos en nuestro país. La interrogante por resolver es, entonces, si todavía “tocar” el texto constitucional sigue siendo el mejor camino para proteger nuestros derechos.

De Westfalia a Núremberg: el individuo en el centro del derecho internacional

En *Calle Este-Oeste*,¹ Philippe Sands, profesor de derecho internacional en University College London, al descubrir y desvelar los vínculos comunes de las historias de vida y académicas de quienes pugnaron por incluir tanto los crímenes de lesa humanidad como el genocidio en los juicios de Núremberg, señala que el derecho internacional hasta ese momento estaba asentado en una idea de soberanía traducida en el derecho de un Estado a hacer lo que le placiera, incluso si hubiera que matar a las personas que habitaban en sus territorios. Afirma Sands: “Soberanía significaba soberanía, total y absoluta”.²

Dicha situación obedecía a un modelo del derecho internacional moderno identificado con el generado desde la Paz de Westfalia, modelo que descansaba sobre los pilares de la soberanía estatal y la igualdad entre Estados. Puede sorprender, pero entrado el siglo XX no existían normas internacionales que prohibieran a los Estados matar a sus ciudadanos. Por vías distintas, con orígenes comunes, y habiendo compartido incluso algunos de sus profe-

¹ Sands, Philippe, *Calle Este-Oeste*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 2018, pp. 121, 213 y ss.

² *Ibidem*, p. 213.

sores mientras estudiaron derecho en Polonia, Lauterpacht y Lemkin enfatizaron la protección internacional del individuo y de los grupos, respectivamente, y con ello descargaban de la exclusiva regulación de derechos y deberes estatales a la regulación jurídica internacional. Sus propuestas no fueron consideradas y aceptadas en el mismo nivel: en Núremberg se juzgó por crímenes de lesa humanidad, que supone la violación sistemática, grave, de los derechos de las personas físicas, pero no por genocidio. En cambio, el 9 de diciembre de 1948, apenas un día después de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se firmaría la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que incorpora la noción de protección de grupo nacional, étnico, racial o religioso (en 2014, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema de crímenes de lesa humanidad en su plan de trabajo, con miras a una convención sobre la materia).

En ambos casos destaca una perspectiva humanista del derecho internacional, que a partir de ahí no sólo protegería los derechos de los Estados, sino los derechos de los individuos frente al Estado. El humanismo salmantino fue recuperado por Lauterpacht, en pleno siglo XX, y se incorporó al derecho internacional como una manera de vencer la irracionalidad del totalitarismo.³ Es esta idea la que se ubica detrás del derecho internacional de los derechos humanos y la que irradia las modificaciones constitucionales que incorporan no sólo el vocablo de derechos humanos, sino que apuestan por la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos. De ahí que no puede dejar de pensarse en esa tradición humanista cuando se lee “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos... en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. Las anteriores garantías individuales, si retomamos la clásica definición que Ignacio Burgoa ofrece, no descansan en un discurso sobre el humanismo producido por la segunda posguerra ni se alimenta de un esfuerzo por recuperar la dignidad humana (como afirmaría Roberto Kolb en una aproximación

³ Koskeniemi, Martti, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1890-1960*, Buenos Aires, Universidad Complutense-Ciudad Argentina, 2005, p. 342.

al pensamiento de Lauterpacht y los derechos humanos),⁴ sino en relaciones jurídicas de supra a subordinación.⁵

Este humanismo del derecho internacional de los derechos humanos consolida, como escribe Lauterpacht, la visión de que el bienestar del individuo es el objeto último de todo en el derecho. Fue esta revisión del derecho internacional la que permitió, en el otoño de 1943, también a Lauterpacht, escribir una Declaración Internacional de Derechos del Individuo, y luego a la Asamblea General de Naciones Unidas, una Declaración Universal de Derechos Humanos. La Constitución mexicana, cuando incorpora derechos humanos consagrados en tratados internacionales, se vuelve depositaria de una herencia, quizá la más importante en el siglo XX, de un derecho internacional que fundamenta en el humanismo su verdadera razón de existencia.

Cláusulas de apertura al derecho internacional: artículo 1o. versus artículo 133

La literatura jurídica mexicana del siglo XX, particularmente la jurisprudencial y la académica constitucional, dedicó esfuerzos, no menores, a organizar jerárquicamente el sistema jurídico y a definir la relación del derecho nacional con el derecho internacional a partir de teorías e interpretaciones originadas al inicio del siglo. Muchos de esos esfuerzos encontraron en el artículo 133 (cuyo origen debe encontrarse, por cierto, en la Constitución norteamericana) una fórmula gramatical idónea para la justificación de las posiciones monistas nacionalistas. La

⁴ Kolb, Robert, "Hersch Lauterpacht and Human Dignity", en Gattini, Andrea *et al.* (eds.), *Human Dignity and International Law*, Boston, Brill-Nijhoff, 2021, pp. 15 y ss.

⁵ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 155 y ss.; el propio Burgoa menciona las posiciones de Fix-Zamudio o de Noriega Cantú como distintas a la suya.

Constitución mexicana, por si acaso se presentaba en contradicción con normas internacionales, en específico las convencionales (el silencio sobre normas consuetudinarias o sentencias internacionales, como muchos silencios normativos, todavía resulta inquietante), tenía una preferencia absoluta. Nada ni nadie en contra de la Constitución, que adquirió el carácter de ley suprema de toda la unión. En estricto sentido, dicho principio de supremacía constitucional no ha cambiado, pero sí las normas que gozan de ese privilegio.

De acuerdo con ese artículo, los tratados internacionales solamente pueden subsistir si se encuentran de acuerdo con la Constitución; además de que el procedimiento de aprobación de tratados está definido en ella, lo que, por vía formal, automáticamente ubica a la Constitución como norma superior, y a los tratados, como normas inferiores. A pesar de ello, vientos de cambio comenzaron a sentirse con el inicio de siglo: por un lado, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional habían transitado al nuevo milenio con relativos éxitos institucionales y normativos; por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación superaba criterios de la Octava Época y, sobre todo, en votos disidentes de la minoría, se vislumbraba una correspondencia a lo hecho ya en Colombia o Argentina, por mencionar dos Estados que en la década de los noventa habían ubicado al derecho internacional de los derechos humanos en un lugar privilegiado. Este cambio se consolidó con el texto constitucional cuando abrió, en el artículo 1o., una nueva puerta de acceso al derecho internacional. Un nuevo diseño que contempla no sólo la extensión del catálogo de los derechos humanos, y que en sentido práctico une lo mejor del desarrollo nacional con lo mejor del desarrollo internacional, sino también una forma de asignar significado, de interpretar conforme el alcance de los términos usados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Así, por un lado, los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, y, por otro, la interpretación conforme a tratados de derechos humanos —la diferencia, aunque sutil, es de consecuencias enormes en la práctica— son nuevas claves para leer la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional. Ciertamente pueden construirse visio-

nes del artículo 1o. en relación con, en contra de, o sin el artículo 133 constitucional; pero no podría perderse de vista que conviven fórmulas gramaticales de dos siglos, de contextos diferentes y con alcances distintos. Son las del artículo 1o., referencias contemporáneas que miran a la persona física como el centro de la protección internacional, y no al Estado. Como ninguna otra reforma constitucional, la de 2011 ha marcado una ruta de mayor apertura al derecho internacional.

Diez años después... ¿y si la ruta era otra?

En el plano normativo se pueden decir muchas más cosas sobre el cambio que produjo y produce la reforma de 2011. Particularmente a los juristas estudiosos del derecho mexicano nos han movido algunas de las estructuras epistemológicas con las que se había aprendido y construido el derecho del siglo XX. Hay, sin embargo, una pista de reflexión más allá (o a través) de las modificaciones al texto constitucional, y que trata de revisar el impacto del texto reformado en la vida cotidiana; es decir, gozar de un derecho sin tener que recurrir a los tribunales para hacerlo valer. Se trata aquí, por tanto, de medir cómo la modificación al texto nos ubica en una mejor posición para la protección de los derechos. En el fondo de este planteamiento está, como se advertirá fácilmente, una cuestión toral en el discurso jurídico: la capacidad de una regla de derecho para transformar la realidad que pretende regular. Se modifica la Constitución porque suponemos que ese documento cuenta con la fuerza normativa, incluso espiritual, capaz de cambiar instituciones, sociedades, personas. A veces tal resultado no llega.

Una mirada a la desigualdad de nuestra sociedad, a los índices de pobreza, de violencia en distintos niveles y frente a distintos grupos —la mayoría en situación de vulnerabilidad: infancia, mujeres, indígenas, migrantes—, al aumento de las desapariciones forzadas,

entre otras tantas variables, parece indicar que no corresponde el afamado éxito de la incorporación a nivel constitucional de ciertas instituciones como la interpretación conforme, el principio pro persona, revisión y extensión del juicio de amparo, a la vivencia de los derechos en la vida cotidiana. Es más, pareciera que nos encontramos más lejos que nunca. Diez años después, pensemos: ¿y si la ruta no era modificar el texto constitucional?

Martti Koskeniemi, célebre profesor de derecho internacional en la Universidad de Helsinki, afirma en *La política del derecho internacional*, que “aunque la retórica de los derechos humanos ha tenido históricamente un efecto positivo y liberador en las sociedades, una vez que los derechos se institucionalizan como una parte central de la cultura política y administrativa pierden su efecto transformador y se petrifican en paradigmas legalistas que marginan valores e intereses...”,⁶ y quizá no le falte razón. Su propuesta argumentativa despierta de forma espontánea el deseo de contraargumentarlo. Para intentar elaborar un argumento que evidencie el error, bien podrían ofrecerse sentencias liberadoras de tribunales constitucionales, o demostrar cómo el uso del discurso de los derechos humanos se ha apropiado de la arena política o de las luchas de grupos históricamente desaventajados, de las disputas electorales, de las agendas docentes y de investigación. Me temo, sin embargo, que con todo lo positivo que pueda enunciarse, el éxito sigue sin ser el esperado; o falta mucho para que se logre completamente.

Una paradoja se presenta, entonces, en los siguientes términos: pecamos de optimismo si pensamos que una regla constitucional puede, ella sola, reorientar la conducta estatal; al mismo tiempo, haríamos mal si renunciamos a que el derecho, los textos legales, sean de uso frecuente, en espacios públicos, y no sólo el campo exclusivo de los foros judiciales, lejos del debate cotidiano. El derecho, con todo que sea un discurso de argumentos y contraargumentos, no puede ser residual en la sociedad.

⁶ Koskeniemi, Martti, *La política del derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2020, pp. 145 y ss.

Diez años después, vale la pena preguntarse si la ruta era la correcta, sobre todo para confirmar que sí, que el texto constitucional es de los pocos escalones que nos quedan para regular nuestras sociedades y, gracias a ello, apelar a los valores que ponemos ahí, en forma de reglas jurídicas, para conseguir mejores escenarios. Más bien, la pregunta confirma que el camino es largo, difícil, y que el discurso de los derechos es más un discurso de las personas que de las autoridades, si bien las obligadas son ellas. La perspectiva geológica del derecho internacional supone, además, que los pisos normativos que ponemos hoy constituyen las capas geológicas donde se asentarán las instituciones de mañana. Sands confirma que tanto Lauterpacht como Lemkin compartían una creencia optimista en el poder de la ley para hacer el bien, y que puede (y debe) cambiarse tantas veces como haga falta para conseguir el objetivo.

El décimo aniversario de las reformas constitucionales de derechos humanos y de amparo de 2011: ¿algo que celebrar?*

En junio de 2021 estaremos frente al décimo aniversario de dos reformas constitucionales de la mayor importancia para los derechos de todas las personas que vivimos o transitamos en este país. Me refiero a la de amparo (publicada en el *DOF* el 6 de junio de 2011) y a la de derechos humanos (publicada en el *DOF* el 10 de junio de 2011). Es tal la importancia de estas reformas, que incluso se considera que a partir de su publicación nos encontramos en un nuevo paradigma constitucional¹ para el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas que nos encontramos en México.

En este sentido, el décimo aniversario de estas reformas constitucionales es motivo de celebración por el significativo avance respecto a los alcances del reconocimiento constitucional de los derechos humanos y sus garantías, especialmente el amparo; pero también debe ser un llamado a la reflexión sobre lo que se ha logrado avanzar (o no) para que estas reformas se reflejen en el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos para todas las personas, particularmente a través del juicio de amparo, como la garantía por excelencia de

* Elaborado por María Elisa Franco Martín del Campo, investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Para profundizar sobre este tema se sugiere consultar Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

los derechos humanos. Estas dos ideas guiarán el desarrollo del texto, es decir, primero celebrar el décimo aniversario de tan importantes reformas constitucionales, así como plantear algunas reflexiones y preocupaciones respecto a los avances, desafíos y retrocesos a diez años de su publicación.

Las reformas constitucionales de junio de 2011 son una excelente noticia para todas las personas que habitamos este país: colocan nuestros derechos humanos en el centro de la Constitución, lo que implica que el respeto y garantía de los derechos humanos deben regir toda actuación estatal. La reforma constitucional en materia de derechos humanos es de una riqueza extraordinaria, ya que a través de la reforma a once artículos se construyó un sólido andamiaje constitucional en materia de derechos humanos. Considero que este andamiaje constitucional no puede ser dimensionado de manera completa sin pasar por la reforma en materia de amparo, que implica una “expansión” del juicio de amparo como garantía de los derechos humanos.

En este sentido, estoy convencida de que es necesaria una lectura conjunta de ambas reformas para entender este nuevo paradigma constitucional, en el que el juicio de amparo tiene un papel principal para que los derechos humanos sean una realidad para todas las personas. Es por esto que el análisis planteado en este texto se realiza a partir de la profunda y necesaria relación que guardan ambas reformas para la efectiva garantía de los derechos humanos.

Estas líneas no tienen la intención de profundizar sobre el alcance y contenido de las reformas constitucionales de junio de 2011, pero sí la de resaltar algunos de los avances que trajeron consigo, y que hoy, a diez años de su publicación, siguen siendo motivo de celebración.

Respecto a la reforma en materia de derechos humanos,² quiero enfatizar la trascendencia de la reforma al contenido del artículo primero constitucional, en el que encontramos el reconocimiento constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, el principio pro persona, la interpretación conforme, la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, así como la incorporación de las preferencias sexuales como motivo prohibido de discriminación.

De esta manera, encontramos una enorme riqueza y potencia en el artículo primero constitucional, aunque me queda claro que la mejor y mayor aspiración que podemos tener como país es la de traducir este artículo primero en una realidad para todas y todos, es decir, vivir en el México del artículo primero constitucional. En este breve análisis sobre la reforma en materia de derechos humanos considero conveniente precisar que si bien es cierto que las modificaciones al artículo primero son de gran trascendencia y nos dotan de importantes herramientas constitucionales para la garantía de nuestros derechos humanos, la reforma va más allá del contenido de este artículo.

En la reforma constitucional también encontramos el respeto a los derechos humanos como uno de los propósitos del derecho a la educación;³ el derecho a solicitar asilo y refugio;⁴ la prohibición de celebrar tratados que alteren los derechos humanos constitucional y convencionalmente reconocidos;⁵ el respeto a los derechos humanos como base del sistema penitenciario;⁶ los derechos humanos que no pueden restringirse ni suspenderse, así como los

² Para un análisis profundo y detallado sobre la reforma constitucional en materia de derechos humanos se sugiere consultar García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

³ Artículo 3o.

⁴ Artículo 11.

⁵ Artículo 15.

⁶ Artículo 18.

principios que deben regir la restricción o suspensión de derechos humanos y garantías;⁷ el reconocimiento de que las personas extranjeras gozarán de los derechos humanos y garantías constitucionalmente reconocidas, así como de una audiencia previa para que el Ejecutivo federal expulse del territorio nacional a personas extranjeras;⁸ el respeto, protección y promoción de los derechos humanos como un principio de la política exterior;⁹ así como el fortalecimiento de la Comisión Nacional y locales de Derechos Humanos.¹⁰

Este nuevo escenario constitucional en materia de derechos humanos requería indispensablemente contar con una mirada distinta, y por supuesto, más amplia del juicio de amparo, entendiendo que se trata de la más importante garantía para los derechos humanos en nuestro sistema jurídico, y que en palabras de nuestro recordado y admirado maestro Héctor Fix-Zamudio es “nuestra máxima institución procesal”.¹¹ La reforma en materia de amparo materializa esta mirada distinta y más amplia del juicio de amparo, para permitirle, desde el diseño normativo, ser una garantía efectiva para la amplia gama de derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

Algunos de los elementos más relevantes de la reforma en materia de amparo es la ampliación de la procedencia del juicio de amparo a normas generales y omisiones, así como establecer que a través del amparo se puede conocer de violaciones a derechos humanos

⁷ Artículo 29.

⁸ Artículo 33. Respecto al reconocimiento de la audiencia previa para la expulsión de personas extranjeras, si bien es cierto que representa un avance significativo frente a la redacción constitucional anterior, también lo es que una audiencia se encuentra lejos de ser debido proceso.

⁹ Artículo 89.

¹⁰ Artículos 102 y 105, así como el artículo 97, mediante el cual se suspende la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de investigar graves violaciones a derechos humanos, facultad que ahora corresponde a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

¹¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 1.

reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;¹² la incorporación del interés legítimo individual o colectivo, la declaratoria general de inconstitucionalidad y el amparo adhesivo.¹³ La reforma de amparo dio lugar a la publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el 2 de abril de 2013, de una “nueva” Ley de Amparo. Con estos elementos, el juicio de amparo se encontraría en posibilidad de responder, por lo menos desde el diseño normativo, a la nueva realidad constitucional en materia de derechos humanos.

Estos avances en nuestra norma fundamental que se han visto materializados en avances normativos e institucionales son los que me permiten responder a la pregunta planteada en el título de este texto con un sí hay algo que celebrar. Hay algo que celebrar en este décimo aniversario de las reformas constitucionales, y no es cualquier cosa; en México se reconocen constitucionalmente una amplia gama de derechos humanos y se dota de mecanismos para su garantía efectiva; un claro ejemplo de ello es el amparo. Es significativo celebrar los avances en el terreno del reconocimiento constitucional, porque quizá hoy más que hace diez años debemos repetirnos que la Constitución sí importa, y que la construcción de un Estado de derecho es más que una mera ilusión.

Ahora bien, también es necesario reconocer los límites, desafíos y los peligros que hoy enfrentan estas importantes reformas constitucionales. No es motivo de celebración, y sí de profunda preocupación, que a diez años de las reformas en materia de derechos humanos y amparo exista una brecha tan grande entre los derechos reconocidos y los efectivamente garantizados; una prueba de ello son los feminicidios, las desapariciones forzadas, la tortura, la impunidad y la pobreza, entre tantas otras violaciones a derechos humanos que dolorosamente se cometen todos los días en nuestro país, así como la desigualdad profunda y estructural que permea en México, y que la pandemia por Covid 19 ha evidenciado y agravado.

¹² Artículo 103.

¹³ Artículo 107.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en su último informe por país respecto de México, 2015, que vivimos una crisis grave en materia de derechos humanos. Basta revisar cualquier periódico nacional o local para corroborar estas dolorosas conclusiones. ¡Qué lejos nos encontramos de vivir en el país del artículo primero constitucional! Pero estoy convencida de que eso no significa que las reformas constitucionales hayan fracasado; por el contrario, están ahí, recordándonos lo que falta por hacer y construir para llegar a donde queremos: un país en el que los derechos humanos sean una realidad para todas las personas.

Además de los enormes desafíos, hoy los derechos humanos y sus garantías, como el amparo, enfrentan peligros. Resultan particularmente preocupantes los recientes intentos por limitar el ámbito de protección del juicio de amparo,¹⁴ y de esta manera afectar el mecanismo por excelencia que tenemos todas las personas que vivimos o transitamos por este país para defendernos de violaciones a nuestros derechos humanos.

En conclusión, considero que el décimo aniversario de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo representan un espacio propicio para celebrar los avances normativos e institucionales, reflexionar frente a los desafíos que hoy se tienen para su plena vigencia, tomar las medidas necesarias para que los derechos humanos constitucionalmente reconocidos pasen del papel a la práctica, y también para defender estos avances y no permitimos retroceder.

¹⁴ Como la propuesta presentada el 17 de marzo de 2021 en la Cámara de Diputados para adicionar el artículo 129 de la Ley de Amparo con objeto de “evitar que el juicio de amparo se utilice para obstaculizar los principios en materia de austeridad republicana, remuneraciones de servidores públicos y el funcionamiento de las empresas productivas del Estado”, es decir, para dejarnos sin medio de defensa frente a determinadas decisiones del Poder Ejecutivo que pueden ser violatorios de derechos humanos. La iniciativa puede consultarse en el siguiente enlace: <http://gaceta.diputados.gob.mx/> (consultada el 5 de abril de 2021).

Enseñar derechos humanos y evitar ficciones. A propósito de los “derechohumaneros” y la reforma constitucional de derechos humanos*

Hace tan sólo unos cuantos años, a principios de 2017 el centenario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) fue motivo de celebración nacional e internacional. Desde abstrusas y lúgubres publicaciones, una eclosión editorial de compilaciones y libros sobre la materia (*¡si eres constitucionalista y no escribes sobre el centenario de la Constitución, no eres constitucionalista!*), eventos más ornamentales que funcionales, múltiples congresos académicos, pasando por aburridos programas audiovisuales, torpes e inoperantes páginas de Internet, hasta cursos, exposiciones, concursos, rifas, conciertos, homenajes y demás extravagantes parafernalias, enmarcaron un festejo donde la solemnidad y el respeto fueron el común denominador que primó en torno al máximo ordenamiento del país.

En ese sentido, vale la pena cuestionarse qué se puede celebrar de un texto histórico que fue creado en 1917 y que hasta la fecha ha sido sujeto a más de setecientas reformas. Elogiamos su longevidad, como si ello fuera motivo de su efectividad. Celebramos estructuras

* Elaborado por Juan Jesús Garza Onofre, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

que alguna vez fueron todo, pero que hoy no son más que vestigios insondables cuya funcionalidad es endeble. Festejamos normas estáticas, que no los operadores que las acciones.

En cualquier caso, lo que sí se debe reconocer es que si bien la Constitución actual difiere en muchos aspectos de la que fue concebida por aquel poder constituyente hace ya más de cien años, sus cambios y mutaciones, más que una cuestión numérica, representan el reflejo de la evolución de nuestro país como una democracia constitucional. Aunque, de forma un tanto paradójica, las transformaciones políticas más trascendentales que ha vivido México no se han instituido por cambios legales, sino por la lucha para hacer valer el texto constitucional...

Una prueba de ello fue la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo de 2011, cuya gestación, impulso y promulgación ocurrió durante uno de los sexenios más convulsos en la historia contemporánea del México —en medio de una guerra abierta del gobierno de la República contra el narcotráfico y siendo liderada por un presidente que difícilmente se le puede reconocer como un convencido de la materia—. Y es que, en gran medida, dichas modificaciones ocurrieron por los amplios reclamos sociales ocasionados por una crisis de impunidad y violencia, por la insostenible situación de inseguridad e incertidumbre en un país con graves carencias en su sistema de justicia.

De ahí, precisamente, que si se sigue entendiendo a la Constitución a través de una única y exclusiva óptica magnánima, casi sacra, tan formalista como pomposa, encubierta tras los grandilocuentes relatos de la historia oficial, tendentes a su mistificación infinita, a todas luces resultará difícil alcanzar su efectiva operatividad. Por eso, una de las mejores formas de conmemorar el décimo aniversario de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo es desmitificando la Constitución, implicando su contraste con la realidad, desarrollando las normas secundarias que le dan soporte, analizando los factores económicos y financieros que la sustentan para, a partir de ahí, intentar comprenderla desde un punto de vista que se aleje de una estática tendencia acrítica.

Por eso resulta impostergable cuestionar y reflexionar sobre cómo celebrar el tema de la vigencia de la reforma en cuestión, sobre cómo repensar otras cuestiones más allá de las exclusivamente técnico-normativas que involucra este tema y sus respectivas consecuencias; no en aras de seguir glosando dicho texto, ni tampoco aspirando a corregir al ente Legislativo para minar sus vehementes ánimos reformadores, sino, por el contrario, con el fin de aterrizar la Constitución en un tema complicado como el de la efectividad de los derechos humanos que consagra.

Partiendo de la premisa de que la Constitución y los operadores jurídicos son productos concomitantes, que difícilmente se pueden disociar ambos fenómenos, la presente opinión técnica se focaliza en el rol de aquellos operadores jurídicos que día a día teorizan sobre la misma Constitución, sobre la urgente necesidad de desplegar alternativas y reflexiones respecto a otras maneras de pensar, enseñar y desplegar los derechos que ahí se enmarcan.

Y es que, en ese orden de ideas, si bien es cierto que las personas a quienes se dirige la Constitución son el fin último de la misma ley fundamental, también lo es que el rol de los operadores jurídicos resulta primordial e indispensable, pues éstos se encargan de dotar de sentido a lo que ahí se estipula; son quienes fungen a manera de puente entre hechos sociales y sistemas normativos, quienes hacen realidad el derecho y posibilitan tanto su persistencia como su transformación.

Ahora bien, aunque queda claro que legisladores, abogados y jueces, en mayor o menor medida, son responsables de un difuso y complejo sistema constitucional en México, que propulsa a sus ciudadanos a desentenderse del mismo, o en el peor de los casos a corromperlo, también habría que llamar la atención sobre el rol de aquellos operadores jurídicos que día a día explican y teorizan sobre la Constitución, es decir, los constitucionalistas (visualizados, muchas veces de manera errónea, como todólogos del derecho, analistas iluminados que se encuentran en la cúspide del saber jurídico, como científicos sociales cuya técnica

excede y relega la realidad), y es que si su trabajo sólo se limita a leer la Constitución, no cabe duda que esta actividad resultará bastante sencilla, pero si se toman en serio los derechos que ahí se configuran, queda claro que instruir sobre el documento que debe guiar los ejes rectores de nuestra política nacional resulta más difícil, que enseñar derecho constitucional en un entorno con altos índices de corrupción y de arbitrariedad, parecería un acto un tanto ingenuo, que difícilmente se puede llevar a la práctica lo nominado en dicho texto cuando sus constantes mutaciones y reformas excluyen sus eventuales posibilidades operativas.

De ahí que, en un país en el que el respeto por la Constitución parecería no ser una nota distintiva, hoy más que nunca resulta pertinente criticar los modelos tradicionales de enseñanza del derecho constitucional a partir de la reforma de 2011, para impulsar otras formas de educación jurídica constitucional de tintes críticos, empíricos y contextuales; que pueda desmitificar una idea de Constitución que antes que ficcionar derechos humanos se encargue de garantizarlos.

Es, precisamente, aquí donde las escuelas de derecho juegan un rol fundamental y donde han dejado mucho qué desear en enseñar los derechos humanos y sus garantías. En la actualidad, muchos de los cursos de derecho constitucional pocas veces ofrecen más que el “estudio orgánico” de la Constitución, y en cuanto a su “parte dogmática”, la enseñanza se limita a aprender la literalidad de los derechos, lo que en múltiples ocasiones permite entender el texto, pero no su vinculación con lo que efectivamente sucede con la vida de millones de personas.

Las universidades deben ser los espacios por excelencia donde se contraste lo que dice la Constitución sobre los derechos humanos con la realidad de los derechos humanos, donde se generen las discusiones entre lo que promete y lo que entrega la Constitución, ya que sólo así se podrá hablar de una educación seria en cuestiones constitucionales, y eventualmente, en una verdadera exigencia de este texto, pues resulta claro que México no mejorará por decreto ni reforma.

Sin embargo, como por arte de magia, inmediatamente después de la entrada en vigor de la reforma en materia de derechos humanos surgieron en múltiples escuelas de derecho una especie de profesores y constitucionalistas obnubilados por los derechos humanos, especialistas espontáneos de esta materia, cuya laxa base teórica y su difuso componente crítico, de forma irremediable, generaron dinámicas bastante dañinas para comprender las auténticas consecuencias e implicaciones de uno de los cambios constitucionales más importantes de nuestra democracia.

Así, en el ámbito académico surgieron los “derechohumaneros”, cuya definición podría ser la siguiente: personajes ajenos a la teoría constitucional, alérgicos a cualquier atisbo de nacionalismo, en su gran mayoría posmodernos (aunque ellos no lo sepan), intolerantes a la historia, pasionales y sentimentalistas...; son sólo algunos de los rasgos de un amplio grupo de juristas que exigiendo la internacionalización de la Constitución emergieron de la noche a la mañana para reclamar el lugar de los derechos humanos en la norma suprema. Generalmente jóvenes, formados en el extranjero, y profundamente influenciados por teóricos anglosajones, estos emergentes constitucionalistas exigen garantismo sin leer a Ferrajoli, invocan principios sin conocer a Alexy, y reconocen la inefabilidad, la Corte Interamericana. Herederos de una tradición de izquierda ilustrada, y deudores de un sinfín de luchas sociales inconclusas, los denominados derechohumaneros, o *humanrighteros*, no tienen inconveniente en denominarse activistas antes que juristas. Sin embargo, sus fervientes ánimos y alegres argumentos han generado una especie de fenómeno que raya en lo absurdo. Da igual el proceso, da igual lo construido, da igual la ideología, da igual la teoría, da igual todo, como si se tratara de la panacea jurídica; los derechos humanos vinieron a México para salvarnos del apocalipsis.

Habrá que decirlo de manera clara, en el campo jurídico-político no hay nada más errado que celebrar lo que todavía no ha nacido, o por lo menos madurado. Las ansias por ensalzar lo idílico, lo imposible, lo quimérico, no cuenta con ninguna posibilidad futura si se contempla a la inclusión de los derechos humanos en la Constitución como el triunfo definitivo

de los mismos, como un mero discurso de ficciones que difícilmente suelen ser aterrizadas en un país con todavía un sinfín de problemáticas, que no parecen ceder desde antes de 2011. La complejidad que acarrea esta modificación constitucional conllevará años de práctica, muchos errores y obstáculos, y, sobre todo, un cambio generacional que pueda dar cuenta de que los derechos humanos y sus garantías exigen necesariamente un desarrollo legislativo y el accionar de miles de operadores jurídicos en la práctica jurídica.

Hace más de veinte años, Martín Díaz y Díaz, al intentar delinear distintos postulados en relación con los usos doctrinarios dominantes respecto a la Constitución en México, mencionó que

...la falta de compromiso crítico por parte de los especialistas es una razón poderosa para que la Constitución queretana no se haya convertido hasta ahora en un desafío consciente para una sociedad como la mexicana, que vive ante la disyuntiva de asumir una opción democrática que propenda a su madurez política; o bien, de optar por una solución que permita seguir contemplando de manera pasiva la erosión paulatina de su andamiaje institucional.¹

Justamente, ése es el mismo riesgo que puede suceder si con el paso del tiempo la reforma en materia de derechos humanos y amparo sigue siendo conducida en su abordaje y estudio por los “derechohumaneros”, porque los métodos utilizados por este tipo de constitucionalistas para armonizar y responder a las coyunturas que se enfrentan en el día a día oscilan dentro de un espectro que invariablemente resulta tan contradictorio como paradójico.

Cualquier persona que hoy en día se pare frente a un grupo de futuros abogados a hablar sobre la CPEUM no puede ser un mero reproductor de ese texto, por más que esté

¹ Díaz y Díaz, Martín, “La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión”, *80 aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM-Senado de la Republica, LVI Legislatura, 1997, pp. 60 y 61.

reformulado bajo una lógica distinta. El derecho constitucional no se limita a la enseñanza de la Constitución; el rol de profesor para nada radica en enseñar el texto; su deber es presentar la Constitución, abrirla al diálogo bajo un perfil, sí, técnico, pero también práctico, que pueda orientar su estudio hacia la efectividad de los derechos humanos.

La enseñanza del derecho constitucional tiene el reto de retomar el fin último de la Constitución, ser la expresión de lo que nos define como nación, y ser la garantía de los derechos de la sociedad mexicana. Para ello, es necesario dejar de analizar la Constitución sólo como un texto formal y meramente jurídico, y comenzar a estudiar su conexión con la vida social. Otra manera de comprender a la Constitución es posible.

Entender la Constitución como parte de la vida diaria de la política de nuestro entorno, como una actividad dinámica y en constante contradicción con la realidad, puede llevarse a cabo si, y sólo si, en este proceso se despliegan ejercicios críticos y dialógicos, bajo el entendido de que el elemento conflictivo se encontrará presente de forma invariable. Las alternativas para volver a enseñar la Constitución a partir de los derechos humanos existen, y están a la vista de todos (análisis de sentencias, enseñanza clínica, preponderancias del derecho comparado y del derecho administrativo al explicar el derecho constitucional, debates, particular énfasis en los mecanismos de defensa de los derechos, contrastar y contextualizar textos y realidades...), dependerá de la voluntad de muchos profesores y directivos de las escuelas de derecho, de millones de operadores jurídicos que estén dispuestos a entender que una educación formalista no abona en absoluto para estructurar un mejor Estado de derecho.

Es necesario acercar la Constitución a la realidad y eliminar esa barrera de distancia que se crea no por una oposición o rechazo, sino por su desconocimiento y su falta de aplicación en la vida diaria. La propuesta aquí planteada es bastante sencilla: abordar el texto constitucional desde una óptica más política, sociológica y contextual.

Asimilar estas dinámicas que plantean una concepción distinta de Constitución en el contexto mexicano parecería resultar bastante complicado frente a tantos problemas de desigualdad que aquejan al país, la ascendiente desconfianza en las autoridades y el malestar general por la ley y las instituciones. Sin embargo, permanecer indiferentes ante la realidad que enfrentamos sería el peor de los escenarios posibles, y ver la Constitución bajo un dogma antiguo, mantener su texto dormido, es una de las más grandes manifestaciones de nuestra indiferencia. Que conmemorar los diez años de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo nos sirva para evaluar no sólo nuestra Constitución, sino también nuestra realidad.

Armonización normativa civil en materia de reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*

Premisas...

El objetivo de la presente contribución es exponer, de manera sencilla, un tema complejo, y que necesita una urgente llamada de atención, por decir lo menos. Me refiero a la armonización normativa en general y, en este caso particular, a la armonización normativa civil en materia de reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Partamos de las cuatro premisas siguientes, que derivan de la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos del 10 junio de 2011:

1. La armonización normativa es un deber inaplazable de México frente al mandato constitucional en materia de derechos humanos,¹ es decir, y por el tema que presentamos con este trabajo, la armonización normativa civil en materia de

* Elaborado por Nuria González Martín, investigadora titular C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigadora nacional, nivel III, Conacyt.

¹ González Pérez, Luis Raúl, en Corte Ríos, Ángeles, *Guía para la armonización normativa de los derechos humanos*, México, CNDH, 2019, p. 13.

reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es impro-rogable.

2. México ha iniciado un proceso profundo de incorporación y fortalecimiento de los derechos humanos, así como la recepción de sus parámetros universales e interamericanos. Muy particularmente, a raíz de esta reforma constitucional de 2011, en la que otorgó, de manera expresa en su artículo 1o., párrafo 1, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos; además, mandata la aplicación de los principios de interpretación conforme y pro persona, lo cual constituye una obligación de hacer efectivo el contenido de los tratados en cuestión.
3. Si no armonizamos las normas, estamos ante la forma más impune de la violación de los derechos humanos.
4. ¿Cuándo no violo los derechos humanos? Cuando, como Estado: 1. Los promuevo; 2. Los respeto; 3. Los protejo, y 4. Los garantizo.

Con el planteamiento de estas cuatro premisas, sin lugar a dudas, damos paso a la incorporación del denominado bloque constitucional (artículo 1.1, CPEUM) y el control convencional (artículo 1.2, CPEUM):²

² Nos referimos a lo planteado, bajo nuestra autoría, en González Martín, Nuria, *Derechos de las víctimas desde el bloque constitucional y el control convencional en el trabajo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2020, bloque constitucional, pp. 19-21, y control convencional, pp. 22 y 23. Además, como referencia imprescindible sobre la materia, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Marcial Pons, 2017, especialmente los capítulos XXVII y ss. Asimismo, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, las voces de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Control de convencionalidad (sede interna)", pp. 236 y ss., así como Manili, Pablo Luís, "Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad", pp. 122 y ss.

Bloque constitucional: interpretación conforme y el principio pro persona

i) Como decimos, a raíz de la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, el contenido de los tratados internacionales deja de ser ley suprema en los términos del artículo 133 constitucional, para formar parte de la Constitución misma. Se trata de una compleja transformación constitucional que coloca a los derechos humanos como centro de la actuación del Estado. De esta manera, el artículo 1o. de la CPEUM otorga rango constitucional a los instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos.

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.

Dentro de un enfoque constitucional tradicional, la Constitución es considerada como una norma cerrada, y cuyo contenido consiste exclusivamente en lo expresamente señalado en la norma. A partir de la transición de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho, se desarrolla el concepto de *bloque constitucional*.³ Lo anterior significa

³ “Aunque el bloque de constitucionalidad no tenga un significado preciso generalmente aceptado y se considere que tiene gran elasticidad semántica, en términos generales podemos sostener que se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”. Rodríguez Manzo, Graciela *et al.*, “Bloque de constitucionalidad en México”, México, SCJN-OACNUDH-CDHDF, 2013, pp. 17 y 18: http://www.pjhidalgo.gob.mx/tsj/unidad_genero/descargar/modulos_reforma/Reforma%20DH-Mod.2.%20Bloque%20de%20constitucionalidad.pdf (consultado el 1o. de abril de 2021).

la concepción de la Constitución ya no como un marco cerrado que contiene en sí todo lo normado, sino como un instrumento abierto, con una cláusula de apertura, que implica que la Constitución se transforma en una fuente de derecho.

De esta manera, la reforma constitucional de 2011 traslada la *jerarquía de norma constitucional a los tratados vinculantes para México y se constituye como parámetro de actuación de las autoridades*.

ii) Por otro lado, el artículo 1o., párrafo 2, de nuestra Constitución, determina que “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”.

Este párrafo 2o. resulta sumamente relevante al determinar la *interpretación conforme y el principio pro persona*, lo cual significa que la interpretación que se haga de los derechos humanos debe ser conforme al contenido de los tratados internacionales vinculantes para los Estados, en un *proceso de armonización* y en el que se debe aplicar la norma que tenga un mayor alcance protector a la persona, *pro-homine*.

Control convencional

El término “control convencional” se ha desarrollado principalmente dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos; pero no es exclusivo de él, ya que también se utiliza el término de manera análoga en otros sistemas de protección.

El documento central del sistema interamericano de protección de derechos humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho instrumento entró en

vigor el 18 de julio de 1978, fue ratificado por el Estado mexicano el 2 de febrero de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control convencional es: “Una herramienta que permite a los estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia”.

De esta manera, el control convencional tiene las siguientes características:

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Armonización normativa civil en materia de reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Con todo este orden de ideas, para poder abordar esta propuesta de evaluación de armonización normativa civil en materia de reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes iniciamos una investigación amplia y compleja, en donde analizamos el grado de armonización normativa civil en materia de reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y en donde tenemos que: 1) los criterios de evaluación parten de veinte principios, obligaciones y derechos de niñas, niños y adolescentes,⁴ derivados, por supuesto, del bloque constitucional, y 2) puestas en relación con un total de diez leyes en materia civil de cada una de las 32 entidades federativas y la legislación federal.⁵

La metodología se realizó a partir de un índice de armonización normativa, en donde se valoró si los veinte principios, obligaciones y/o derechos seleccionados (indicadores):

⁴ 1. Derecho a la vida, a la paz, a la supervivencia y al desarrollo; 2. Derecho de prioridad; 3. Derecho a la identidad; 4. Derecho a vivir en familia; 5. Derecho a la igualdad sustantiva; 6. Derecho a no ser discriminado; 7. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; 8. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; 9. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; 10. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; 11. Derecho a la educación; 12. Derecho al descanso y al esparcimiento; 13. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; 14. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; 15. Derecho de participación; 16. Derecho de asociación y reunión; 17. Derecho a la intimidad; 18. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; 19. Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y 20. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación.

⁵ Normativa de las 32 entidades federativas y la federal: 1. Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de los estados; 2. Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación; 3. Código Civil ; 4. Ley en materia de adopciones; 5. Ley de Protección a la Familia; 6. Ley sobre el Sistema de Desarrollo Integral de la Familia; 7. Ley de Integración Social y Productiva de Personas con Discapacidad; 8. Ley de Protección al Migrante; 9. Ley de Educación, y 10. Ley del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (el análisis de diez leyes en 33 contextos hace un aproximado de 330 búsquedas —recordemos que no todos los estados tienen normativa en materia de adopción o migración por poner un ejemplo—).

a) no están mencionados; b) parcialmente mencionados, o c) se contempla en la norma⁶ civil mexicana. En cada una de estas tres circunstancias se asignó un valor, si no estaban mencionados, un 0; si estaban parcialmente mencionados, un 1, y si se contemplaba en la norma, un 2. Así, al final, a través de un sistema de puntaje, fue posible obtener los porcentajes de cumplimiento en la armonización de los principios, derechos y obligaciones para con las niñas, niños y adolescentes en México.

Así las cosas, es posible reportar que en ninguna entidad federativa, ni en el ámbito federal, se obtuvo un puntaje del 100% de armonización normativa civil en materia de reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. De hecho, el promedio nacional de armonización normativa, que incluye a los 32 estados y la jurisdicción federal, es apenas del 38.5% de avance.

En términos más detallados, ninguna entidad analizada superó el 50% de armonización. En este sentido, cabe destacar que los estados de Oaxaca (48.8%), México (46.5%), Michoacán (46.3%), Tlaxcala (46.0%) y Baja California (45.8%) obtuvieron los índices más altos de armonización, mientras que Yucatán (27.8%), Puebla (30.5%), Morelos (31.3%), Campeche (32.5%) y Baja California Sur (33.8%) fueron los estados con el menor índice de armonización normativa civil en esta materia.

Cifras similares se observan si se analiza la información, ya no en el ámbito espacial, sino a partir de los veinte principios, obligaciones y derechos seleccionados como indicadores. En este caso, resulta que el derecho de las niñas, niños y adolescentes a no ser discriminado

⁶ En los artículos que se señalan de la normatividad analizada sólo se enuncian los derechos humanos previstos en esta disposición jurídica, omitiendo los recursos normativos necesarios para garantizar su aplicabilidad. Se trata de un primer paso, que requiere su continuación para lograr la efectiva observancia de esos derechos. Es decir, la norma debe garantizar un efecto útil en la promoción, respeto, protección y garantía de los diferentes derechos de niñas, niños y adolescentes, y con ello dar cumplimiento al mandato de armonizar la legislación a la luz de lo establecido en el bloque constitucional.

(45.8%); a la educación (45.8%); a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral (43.0%), y a una vida libre de violencia y a la integridad personal (43.0%) fueron los más armonizados a nivel nacional, mientras que, en el otro extremo, el derecho de asociación y reunión (30.0%); de acceso a las tecnologías de la información y comunicación (31.1%); a la intimidad (32.7%), y los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes (33.8%) fueron los menos reconocidos y armonizados en las legislaciones revisadas.

Finalmente, en cuanto al tipo de normatividad evaluada, se halló que en las 32 entidades federativas y a nivel federal existen leyes que tutelan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, lo que se vio reflejado en el porcentaje de armonización de 93.6% con respecto a los veinte indicadores seleccionados. Otro bloque de legislación a resaltar es el relacionado con la educación, que obtuvo un índice de armonización de 56.1% a nivel nacional, y muy de cerca, con 55.3% de armonización, se ubicaron las leyes de protección de los derechos de las personas con discapacidad que se analizaron. En contraposición, la legislación que regula los sistemas integrales de la familia o instituciones similares obtuvo un porcentaje de armonización de apenas 2.7%; mucho se debe a que hay pocas entidades que cuentan con este tipo de leyes, además de que esta clase de legislación sigue teniendo una perspectiva asistencialista, antes que de protección y garantía de derechos. Algo similar sucedió con la legislación en materia de adopción y de protección de la familia, donde pocas entidades contaban con regulaciones normativas, y que obtuvieron 18.8% y 11.6% de porcentaje de armonización, respectivamente.

Qué podemos ir concluyendo...

1. En los artículos que se señalan de la normatividad analizada, y que no hemos mostrado por razones de espacio, sólo se enuncian los derechos humanos previstos en cada uno de los veinte principios, obligaciones/derechos seleccionados,

omitiendo los recursos normativos necesarios para garantizar su aplicabilidad. Se trata de un primer paso, que requiere su continuación para lograr la efectiva observancia de esos derechos. Es decir, la norma debe garantizar un efecto útil en la promoción, respeto, protección y garantía de los diferentes derechos de niñas, niños y adolescentes, y con ello dar cumplimiento al mandato de armonizar la legislación a la luz de lo establecido en el bloque constitucional.

2. Como sabemos,

...no basta integrar los derechos humanos con un enfoque sumatorio externo y exclusivamente formal, un “copiar” “pegar”. La real incorporación de los derechos humanos exige conocer y usar el Sistema Universal y los Sistemas Regionales de protección, así como la transformación del propio orden jurídico y de la integración del bloque constitucional, además de contar con las competencias para aplicar sistemáticamente el nuevo paradigma de derechos humanos en el propio orden jurídico con carácter transversal en todo el trabajo parlamentario.⁷

3. Hacemos una llamada de atención, a diez años de la reforma en comento, por el bajo nivel de armonización normativa que ronda, a nivel nacional, si bien nos va, por el 38.5%.
4. En ningún caso pudo reportarse el 100% de armonización normativa en materia civil. Las entidades que alcanzaron mayores índices de armonización casi llegaron al 50%. Lo mismo sucede con el tipo de derechos que se encuentran armonizados a nivel nacional; ninguno llega al 50% de armonización. Pero donde más se refleja esta disparidad es en el tipo de leyes relacionadas con la materia civil que no contienen o contienen referencias muy limitadas al respecto; se trata principalmente de los códigos civiles, las leyes que protegen a las personas migrantes, las leyes

⁷ Guzar Jaidar, Laura, *op. cit.*, *supra*, p. 18.

de adopción, la legislación que protege a la familia y la normativa de los sistemas integrales de protección de la familia.

5. Como vemos, y conforme a la información que hemos podido analizar hasta diciembre/enero 2020-2021, la armonización normativa de los derechos humanos en México no es muy alentadora, y por ello es urgente e inaplazable que las y los legisladores, tanto en el orden federal como en el local, den cumplimiento a la armonización en comento, a partir de los contenidos normativos del marco de derechos humanos, conforme al bloque constitucional y el control convencional. Dar vigencia al respeto o la no violación de los derechos humanos comienza por su armonización legislativa, para, tal como expresamos en líneas anteriores, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos conforme lo mandata nuestra carta magna. Dicha armonización es condición de legitimidad y del carácter democrático de México,⁸ obligaciones del Estado en donde los criterios para la realización del derecho pasan por los de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, y siempre con principios de aplicación transversal, *v. gr.* igualdad y no discriminación, perspectiva de género, mecanismos de exigibilidad, entre otros.

⁸ González Pérez, Luis Raúl, *op. cit.*, *supra*, p. 13.

La interpretación amplia y progresiva del derecho humano al medio ambiente sano*

El derecho humano al medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de las personas, consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 4o., párrafo quinto, es un derecho de suma importancia, ya que es una proyección del derecho a la vida; es decir, se comprende como una extensión a su protección y salvaguarda. En este contexto, el ambiente, como bien jurídico protegido, es indispensable para la tutela de los demás derechos humanos reconocidos a nivel constitucional y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos; ello, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1o. constitucional, en virtud de la reforma del 10 de junio de 2011.

De ahí que los alcances que se le asignen al derecho humano al medio ambiente sano sean trascendentes, donde la reforma mencionada ha contribuido a su determinación y evolución en el ámbito nacional; ello, al establecer la obligatoriedad de incorporar parámetros internacionales para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, lo cual poco a poco comienza a reflejarse en la impartición de justicia en el ámbito nacional, en virtud de que

* Elaborado por Rosalía Ibarra Sarlat, investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

los jueces están añadiendo en sus sentencias, criterios derivados de la jurisprudencia internacional, especialmente de la interamericana, con la finalidad de otorgar la eficacia del derecho humano al medio ambiente sano mediante su protección más amplia.

Al respecto, resulta importante destacar el histórico pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de derechos humanos y ambiente, a través de la Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por Colombia, sobre las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida e integridad personal. En este caso, la Corte IDH hizo un análisis profundo del derecho humano a un medio ambiente sano; asimismo, se refirió de manera extendida a las obligaciones ambientales de los Estados que conforman el sistema interamericano de derechos humanos bajo la Convención Americana, y de la cual México es Estado parte.

En principio, la Corte reconoció la “inegable relación entre la protección del ambiente, el desarrollo sostenible y el goce efectivo de otros derechos humanos”. En este sentido, de acuerdo con los principios de interrelación, interdependencia e indivisibilidad, el derecho al medio ambiente sano interactúa con los otros derechos sin sustituirlos, más bien constituyendo una indispensable unidad.

Aunado a lo anterior, es importante que la Corte también reconoció de manera explícita “el impacto que sobre los derechos humanos tienen los efectos adversos del cambio climático”, pues como sabemos, este fenómeno, por causa antropogénica, se manifiesta como uno de los problemas ambientales globales con mayor trascendencia, que más allá de las consecuencias ambientales y económicas, representa un enorme reto social. Cabe apuntar que en los informes del panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático —IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change—, en los cuales ha evolucionado la comprensión científica de las causas, consecuencias y riesgos del cambio climático, cada vez se hacen más evidentes los efectos de éste sobre la vida, los medios de sustento y las

condiciones de vida de los humanos, por lo que, en efecto, resulta imprescindible atender las dimensiones sociales en materia de derechos humanos.

Siguiendo con la OC-23/17, destacamos que la Corte además señaló que los derechos deben ser entendidos de manera integral y sin jerarquías, de ahí que determinó la “existencia autónoma del derecho humano a un medio ambiente sano”, al señalar la posibilidad de que dicho derecho sea justiciable de manera directa en casos contenciosos; aunado a ello, la Corte estableció que este derecho reconocido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Protocolo de San Salvador) debe incluirse en el artículo 26 de la CADH, lo que encaminará a una examinación de su afectación de manera directa y sin conexidad,¹ así como reforzará la aplicación efectiva del principio de progresividad y no regresión. A su vez, contribuirá a la protección de los derechos de las futuras generaciones; ello, en concordancia con el principio de desarrollo sostenible, que está fuertemente vinculado con el derecho humano al medio ambiente sano.

Asimismo, la Corte destacó que “el derecho al medio ambiente como derecho autónomo tiene connotaciones individuales y colectivas”, por lo que ese derecho contempla un contenido ambiental distinto al que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal; y a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia de afectación o riesgo a personas individuales, sino más bien por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. Es decir, por su valor intrínseco tienen derecho a su propia protección, conservación y res-

¹ De conformidad con el Protocolo de San Salvador, la justiciabilidad directa está limitada a los derechos establecidos en los artículos 8o. y 13; las demás disposiciones, tal es el caso del artículo 11, están sujetos a los mecanismos de supervisión (observaciones y recomendaciones) establecidos en el artículo 19.7 de Protocolo.



tauración, lo que involucra una visión de protección ecocentrista más que antropocentrista y utilitarista.

La Corte, por lo tanto, refleja la tendencia a reconocer personería jurídica, y, por ende, derechos a la naturaleza, no sólo en sentencias judiciales, sino incluso en ordenamientos constitucionales (tal es el caso de Ecuador y Bolivia).

En lo tocante a este tema, coincidimos con Peña Chacón, quien señala que los derechos de la naturaleza representan una ruptura en el paradigma tradicional de la relación humano-naturaleza con efectos positivos en la conscientización del ser humano respecto al tratamiento y gestión de los ecosistemas, de los cuales deja de ser amo y señor, para convertirse en parte integral de los mismos; desde luego, ello en razón de las relaciones de interdependencia, por lo que su reconocimiento conllevaría a una revolución de la conciencia, lo que nos conduciría a una nueva ética ambiental más cercana al ecocentrismo, de solidaridad intergeneracional y cooperación, en complemento al derecho humano al medio ambiente sano, para robustecer su cumplimiento;² en ese sentido, consideramos que, más que la prerrogativa, se reforzaría el deber de protección del medio ambiente, obligación implícita que se desprende de este derecho tanto para ciudadanos como para autoridades. No obstante, la naturaleza, como destinataria directa de protección jurídica, impondría más límites a las actividades humanas y mayores deberes de cuidado, lo que además implicaría un replanteamiento de la estructura social, económica, jurídica y política derivada de un sistema antropocéntrico.

Vinculado a los deberes, la Corte precisó las obligaciones estatales para la protección ambiental, en donde se enfatizó la aplicación de tres principios fundamentales: el de prevención, el de precaución, y el 21 de la Declaración de Estocolmo, especialmente este último

² Peña Chacón, Mario, “La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza”, *Diario Ambiental*, núm. 200, 31 de mayo de 2018; Peña Chacón, Mario, “El camino hacia la efectividad del derecho ambiental”, *Innovare Revista de Ciencia y Tecnología*, vol. 5, núm. 1, 2016.

ante daños transfronterizos. La Corte también se pronunció sobre las obligaciones procesales, considerando que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, cuya información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo o específico.

En cuanto al derecho a la participación, argumentó que éste debe garantizarse desde las primeras etapas del proceso en la toma de decisiones y políticas que puedan afectar al medio ambiente, para lo cual previamente se debe garantizar el derecho a la información; sobre el derecho de acceso a la justicia, éste se determinó como una norma imperativa del derecho internacional.

Al respecto, cobra especial relevancia la reciente entrada en vigor del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como el Acuerdo de Escazú,³ y del cual México es Estado parte,⁴ pues la efectividad de estos derechos de acceso es primordial para una real protección del derecho humano al medio ambiente sano.

La interpretación de la Opinión Consultiva OC-23/17 es importante para todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, ya que a pesar de no ser una sentencia, en este pronunciamiento la Corte IDH señaló que los Estados deben tomarla en cuenta ante la obligación de ejercer el *control de convencionalidad* para la protección de todos los derechos humanos, mecanismo que se refiere a la verificación de congruencia entre la legislación interna y la CADH, que deberán realizar todos sus órganos, incluidos los pode-

³ Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018.

⁴ El principio pro persona estipulado en el artículo 1o. constitucional es muy importante ante la entrada en vigor de este Acuerdo, ya que este último favorece la interpretación más amplia de las disposiciones de implementación para hacer efectivos los derechos de acceso reconocidos en materia ambiental. Remítase al Decreto por el que se aprueba el Acuerdo de Escazú, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de diciembre de 2020.

res Judicial y Legislativo de los Estados parte de la Convención. En el caso de México, esto además se vincula al control de constitucionalidad, reconocido en el artículo 133, y al *bloqueo de constitucionalidad* derivado de las reformas al artículo 1o., lo que en conjunto fortalece el respeto, garantía y efectividad de los derechos humanos. Tal es el caso del derecho humano al medio ambiente sano.

En concordancia con lo anterior, en nuestro sistema jurídico, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó con amplitud el derecho humano al medio ambiente sano en la sentencia emitida el 14 de noviembre de 2018 sobre el Amparo en Revisión 307/2016, asunto en el que dos mujeres residentes en la ciudad de Tampico, Tamaulipas, interpusieron una demanda de amparo en la cual reclamaron una violación a su derecho a un medio ambiente sano, como consecuencia del daño a los manglares causado durante la construcción del Parque Temático Ecológico Centenario.

En este caso, la SCJN señaló con trascendencia que el “núcleo esencial de protección” del derecho humano al medio ambiente sano no sólo atiende al derecho de los seres humanos de vivir en un medio ambiente sano y digno, sino que también protege a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma, lo que refleja la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH (en su competencia consultiva) para reconocer a la naturaleza como un bien jurídico tutelado por sí mismo.⁵ En la misma línea, la Primera Sala advierte la autonomía del derecho humano al medio ambiente sano, como una evolución para su protección; aunado a ello, manifiesta que este derecho tiene una *doble dimensión*: la objetiva o ecologista y la subjetiva o antropocéntrica, y que la vulneración a cualquiera de estas dos dimensiones implica una violación al

⁵ En tribunales especializados en materia ambiental, países como Chile, Colombia, India y Nueva Zelanda han emitido resoluciones reconociendo la protección jurídica de ríos, lagos y montañas con base en el reconocimiento de su valor intrínseco. Por ejemplo, véase la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-622/16 del 10 de noviembre del 2016 sobre el río Atrato; sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia STC 4360-2018 del 5 de abril de 2018 sobre la Amazonia colombiana.



derecho humano al medio ambiente sano. Al respecto, se destaca la importancia del concepto de *servicios ambientales*, definidos como los beneficios que la sociedad obtiene de los ecosistemas, tanto directa como indirectamente, cuya protección mediante la aplicación de los principios de precaución e *in dubio pro natura* son fundamentales para garantizar el derecho humano al medio ambiente sano.

Asimismo, se subraya que la Primera Sala advierte que la justiciabilidad del derecho humano al medio ambiente no puede lograrse mediante modelos “clásicos” o “tradicionales”, debido a que la mayoría han resultado insuficientes o poco idóneos, por lo que en los medios judiciales debe evolucionar su protección, más aún si se está perfilando una tendencia hacia el mencionado cambio de paradigma en la relación hombre-naturaleza, lo que indudablemente implicará relevantes cambios legales, y por lo tanto judiciales.

En este contexto, consideramos que la interpretación para la protección de los derechos humanos, en su sentido más amplio, y en especial del que venimos analizando, debe ser dinámica para ser acorde a las circunstancias y necesidades actuales, pues el derecho humano al medio ambiente sano está inmerso en una realidad cambiante; basta señalar la vulnerabilidad del mismo ante el más grande problema ambiental global que enfrenta la humanidad, como lo es el cambio climático antropogénico. No en vano la amplia cantidad de litigios climáticos interpuestos actualmente en diversas partes del mundo, en donde, en varios de ellos se ha apelado a la protección del derecho humano al medio ambiente sano, entre otros derechos, para exigir su efectiva garantía, pues desafortunadamente, al día de hoy, imperan más los intereses económicos o políticos, lo cual es reflejado en el Estado de derecho en materia ambiental y climática; de ahí su cada vez más constante exigencia ante los tribunales.

Sin duda, un reclamo social, que cada día crece ante la opacidad a la plena garantía de este derecho y la imperiosa necesidad de un sistema normativo e institucional eficaz para su protección. Por lo que, en el marco del artículo 1o. constitucional, resaltamos la relevancia

de las decisiones judiciales para favorecer la protección más amplia del derecho humano a un medio ambiente sano, mediante interpretaciones efectivas, pues en la medida en que los precedentes judiciales aumenten, se constituirá internamente un campo del derecho cada vez más preciso y especializado en la materia, lo que coadyuvará al cumplimiento de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Dignidad humana como concepto jurídico y filosófico de los derechos humanos*

El 10 de diciembre de 1948 se promulgó en las Naciones Unidas la Carta Universal de los Derechos Humanos. En ella se dice: "...considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana ...". Con esta declaración se introdujo el concepto de dignidad humana en el orden jurídico internacional como un "algo" inherente a la humanidad entera (y a cada ser humano), y que no depende de ninguna condición externa (*i. e.*, lugar de nacimiento, clase, raza, sexo, nacionalidad, etcétera). Correspondientemente, cuando el 10 de junio de 2011 se incorporaron los derechos humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se introdujo también el concepto de *dignidad humana* en el orden jurídico nacional, para convertirse en un valor inalienable, y que le confiere a todo mexicano el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, etcétera. Desde entonces, la dignidad humana ha sido entendida en el contexto jurídico mexicano como ese "algo" presente en cada individuo, no adquirido por alguna acción o condición especial (aparte del hecho de pertenecer al género humano), y que sirve de faro de orientación para toda legislación posterior y para el ejercicio del poder por parte del Estado frente a los ciudadanos (pero también de ellos entre sí).

* Elaborado por Guillermo José Mañón Garibay, investigador ordinario de carrera, titular A, T. C., en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

No puede negarse que la dignidad humana es un elemento extrajurídico (*i. e.*, filosófico) al orden constitucional (y al derecho en general). Por ello, vale preguntarse por la evolución y repercusiones de los elementos filosóficos en el ámbito jurídico (y así retomar el tema de la relación entre filosofía y derecho). El concepto de dignidad humana debería servir para establecer derechos mínimos, así como deberes y obligaciones. La tesis de este artículo es que, al fundamentar los derechos humanos en el concepto filosófico de *dignidad humana*, surge también la necesidad de fundamentar los deberes humanos; pero si se ignora el aporte filosófico (como es el caso), entonces no hay forma de tomarlos en cuenta.

Las raíces históricas de la dignidad humana

Dentro de la tradición judeocristiana se relaciona la dignidad humana con la creación del hombre a imagen y semejanza divina, como se dice en el Génesis 1, 26-28: “Entonces dijo Dios: hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señoree en los peces del mar, en las aves de los cielos, en las bestias, en toda la tierra y en todo animal que se arrastra sobre la tierra”. Con ello, se presenta la imagen del hombre como aquello que lo coloca en un lugar preponderante frente a todas las creaturas (aunque su creación haya tenido lugar el último día); porque, al ser *imagen de Dios*, es *corona de la creación*, representante de Dios en la tierra y *con poder de explotar y dominar sobre ella*.

Esta afirmación no difiere de otras de la antigüedad oriental (en Babilonia, Asiria y Persia, etcétera), donde el rey aparece descrito como imagen de Dios, con poder sobre los hombres y las cosas. Pero en el contexto del pueblo de Israel, la *imagen divina* se derrama sobre todos los hombres; se “democratiza” (por decirlo así), y eleva o diviniza a todo el pueblo, lo que implica dos cosas: por un lado, el que toda característica humana (puramente humana) quede fuera de lo que es digno de valor y reconocimiento (por su creador y creación), y, por otro lado, el que el hombre precise de una “coartada” (Georges Bernanos) para justificar su

dominio sobre el mundo. Por ello, el tener dignidad (o ser una imagen divina) conlleva para el pueblo judío no sólo la concesión de derechos (humanos), sino también de deberes o responsabilidades; en este caso, frente a Dios y la tierra. Tal vez por ello, en otro de los textos hebreos escritos después del exilio (Salmos 8, 4-7) se halle una alocución incesante sobre la magnificencia celestial, que contrasta con la insignificancia humana. En el versículo 5 se formula la pregunta: ¿qué es el hombre? Aquí la respuesta refiere no sólo a la esencia del hombre, sino también a su pequeñez y fragilidad, comparable a la de un crío. El salmo dice que Dios ha creado al hombre coronado con honor y esplendor, *pero inferior a él*. Esta inferioridad se traduce en un requerimiento de coartada y justificación: Dios no tiene por qué explicarse, ¡el hombre sí! El hombre tiene que justificarse y responder por sus actos; justificar su dominio sobre las otras creaturas. ¿Cómo? Cumpliendo con la voluntad del creador. Únicamente así Dios se complace en el hombre y lo ve con beneplácito.

Ciertamente, este concepto religioso de *dignidad humana* resulta inútil en contextos donde la religión no es *teo-crática* (como en la Grecia antigua), o donde la sociedad se funda en el contrato libre y voluntario de los hombres, y ni qué decir del contexto de una sociedad laica o incluso multicultural, donde no predomina la visión judeocristiana. Por tanto, se precisa de una visión histórica más amplia para rastrear la evolución de la dignidad humana hasta los tiempos actuales, de posguerra y laicidad.

Marco Tulio Cicerón

En la antigüedad helena, el concepto de dignidad humana fue prácticamente desconocido o solamente tangencialmente referido (ya sea en los presocráticos o en el mismo Platón y Aristóteles). Con Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.) aparece por primera vez en la antigüedad romana y formulado como *dignitas hominis*.

Desde su origen, dos términos lo componen: el de humanidad y el de dignidad. Gracias a su herencia estoica, Cicerón no hace referencia a una tribu, etnia o pueblo en particular, sino a la humanidad entera. Y gracias a su formación filosófica (*i. e.*, racional), Cicerón no hace referencia a una dignidad o cualidad mística, propia de las religiones místicas, sino principalmente a una cualidad inherente al hombre por el hecho de ser hombre: su racionalidad. Éste es principalmente (y desde entonces) el aporte de la filosofía al derecho (romano): una concepción racional del mundo (natural y humano).

Primeramente, *dignitas hominis* fue un concepto utilizado por Cicerón para distinguir al hombre del animal, y en un doble sentido, a saber: como depósito de derechos, pero también de obligaciones (voluntariamente asumidas). La dignidad es el reconocimiento de la sociedad a un individuo (o persona) gracias a su trabajo o esfuerzo para el bien de todos. Un hombre se hace digno cuando trabaja para el bien común. Su dignidad humana consiste en el derecho a reconocimiento (G. W. F. Hegel), conquistado mediante el esfuerzo; un merecimiento ganado por la fuerza de la voluntad al cumplir con sus obligaciones (y no simplemente por haber sido creado por Dios).

Esto es evidente en su obra *De los oficios* (concebida en el 44 a. C.), donde estudia el afán de supervivencia como el cumplimiento de una obligación ciudadana, y no como respuesta refleja del instinto. Por ello, en esa obra también habla del correcto comportamiento frente al placer corporal (o del deber del hombre para consigo mismo):

Con esto queda claro que el placer corporal no tiene ningún lugar preponderante y que, por ello, debe ser despreciado y rechazado. Pero cuando alguien pone valor en él, entonces debe atender a la medida en su disfrute. Por eso, el hombre debe cumplir con la alimentación y el cuidado del cuerpo, así como con la conservación de su salud y fortaleza, y no servir al placer por el placer mismo. ...Cuando ponemos atención en la excelencia y dignidad que hay en nuestra naturaleza, entendemos lo dañino que es entregarse a excesos y vivir en la pusilanimidad. Por el contrario, ser honesto significa llevar una vida frugal y de continencia.

Para Cicerón, la dignidad humana siempre poseerá una dimensión ética, entendida como un deber hacer y no como un simple ser o estar. El quehacer moral racional lo dignifica y hace merecedor de reconocimiento, a la vez que lo aleja del animal. Y otra vez sea dicho: si el hombre puede dilatar o disipar su dignidad es porque ella depende de su esfuerzo (del trabajo) y no de algo natural u obtenido por la gracia divina. Pero, aunque para Marco Tulio Cicerón el trabajo (social) confiere al hombre su dignidad (y no su creador), hay que aclarar que nunca practicó ateísmo alguno (el ateísmo no aparece hasta el siglo XVIII europeo). Antes bien, el pensamiento de Cicerón siempre tiene presente a Dios. En su obra *Disputaciones Tusculanas* (primer libro, 69 y 70) escribe: “Si contemplamos todos los campos y los mares subordinados a la utilidad del hombre... ¿podemos dudar que a éstas las preside un hacedor... o regidor de una obra y edificación tan grande?”.

Renacimiento

Aunque Cicerón fue el primero en introducir en la filosofía el concepto de dignidad humana, el primero en dedicarle un libro completo fue Pico della Mirandola (1463-1494). La dignidad humana consiste para él en su libertad o capacidad de autodeterminarse; por ello, no está petrificada o definida de una vez y para siempre, porque a través de su libertad se puede labrar otra distinta a la heredada. En su obra sobre la dignidad humana (*Oratio de hominis dignitate*) pone en labios del Creador:

Nosotros no te hemos dado ninguna residencia definitiva, Adán, ninguna apariencia propia ni ninguna gracia, con el fin de que tú elijas tu residencia y apariencia según tu deseo y determinación. La naturaleza del resto de las creaturas ha sido conferida de manera definitiva y es limitada por nosotros a través de las leyes. Tú tienes que determinarte sin limitaciones ni restricciones y según tu capacidad de ponderación que yo te he dado. Yo te he colocado en medio del mundo para que tú

puedas desde allí observar cómodamente lo que hay. Ni te hemos creado celestial ni terreno ni eterno ni mortal para que tú, escultor de ti mismo, seas con honestidad, decisión y creatividad señor de la forma de tu elección. Tú podrás denigrarte en un animal, pero también puedes engrandecerte y elevarte hasta renacer en algo divino, siempre y cuando tu alma así lo decida.

Si el Antiguo Testamento insistió en la semejanza del hombre con Dios para hablar de su dignidad frente a los animales y Cicerón lo hizo reparando en su capacidad de trabajo y esfuerzo por el bien común (incluso en menoscabo del personal), Pico della Mirandola continuó la reflexión dentro del cauce abierto por la tradición, pero subrayando la libertad y capacidad de autodeterminación.

Dignidad humana en la Ilustración alemana (Pufendorf, Kant, Schiller)

El pináculo conceptual de la dignidad humana tuvo lugar en el siglo XVIII, si bien desde los albores de la Ilustración el concepto prosperó gracias al iusnaturalista alemán Samuel von Pufendorf (1632-1694), quien vinculó la dignidad humana al entendimiento y su capacidad de libre determinación. Él consideró que el hombre posee una elevada dignidad debido a estar dotado de un alma esclarecida por el entendimiento, capaz de juicios morales y elecciones libres. Gracias a Pufendorf (*De iure naturae et gentium*), la dignidad humana será en adelante entendida casi exclusivamente como una cualidad moral, manifiesta en cada acción humana y responsable de su diferencia respecto a todo lo demás.

Immanuel Kant (1724-1804), en su escrito sobre la metafísica de las costumbres, dilucida y fundamenta la dignidad humana tal como se debió asumir en la carta de la ONU. Nuevamente la razón constituirá el núcleo de la dignidad, debido a su capacidad de autonomía (darse sus propias leyes) y de juzgar sobre el bien y el mal. La dignidad goza de un valor

práctico e intrínseco (valor en sí mismo), por lo que no puede ser comprada ni tampoco subordinada a un fin. Entonces, la dignidad pertenece al hombre por ser hombre, y no por algo ocasional o adventicio. Kant escribió: “hay, a saber, algo en nosotros que no podemos dejar de admirar cuando lo vemos y es lo que hace pensar en que la humanidad posee dignidad y no puede ser concebida a través de la simple experiencia sensorial”. Para Kant, el hombre no puede existir sin reglas de comportamiento, sean máximas o imperativos, estén supeditadas a una recompensa o a ninguna condición. Si el hombre se eleva sobre su género y decide ser moral, entonces la manera más egregia de serlo es asumiendo para su vida imperativos categóricos que tendrán como beneficio inmediato su libertad. El hombre digno será aquel que asuma su libertad a través del cumplimiento del deber, sin otro motivo consecutivo que el deber mismo.

Entre las *críticas* de Kant (la de la razón pura, la práctica y la crítica del juicio), sin lugar a duda la mayor es la que desemboca en su sistema moral. Posteriormente, el idealismo alemán no podrá desprenderse de la sombra de Kant, porque en toda reflexión estará presente alguna resonancia de su pensamiento. Ese el caso de Friedrich Schiller (1759-1805), quien concibe la libertad como aquello en que reside la dignidad humana y establece la diferencia entre hombres y animales. Por ello, la dignidad humana surge cuando el hombre se eleva sobre su instinto natural para ganar en dignidad y gracia (haciendo uso adecuado de su libertad). En su texto *Sobre gracia y dignidad (Über Anmut und Würde)*, escribió Schiller: “También la dignidad tiene sus matices y deviene noble allí donde se acerca a la gracia y belleza, pero allí donde raya en lo descomunal, entonces deviene elevación. El grado más alto de la gracia es la fascinación, y el de la dignidad la majestad”.

Como en el caso de Pufendorf y Kant, la dignidad es para Schiller algo unido a la voluntad y a su afán de llevar una vida moral; por ello, no es algo natural o una propiedad lograda con el nacimiento. Ciertamente, esto no es lo que sugiere la Carta Universal de los Derechos Humanos, porque allí aparece la dignidad como una propiedad innata, inherente a la humanidad de manera permanente y, por ello, inalienable. Consecuentemente, nunca se pier-

de; pero tampoco nunca se engrandece: se es ser humano de una única forma. Si los grados o matices (Schiller), el esfuerzo y empeño (Cicerón) o el uso aguzado de la racionalidad en la elección (Della Mirandola) incrementan la dignidad, entonces tiene sentido hablar de hombres dignos e indignos, así como de una obligación a acrecentar y mantener esta dignidad humana. El concepto filosófico de dignidad humana permite tanto hablar de derechos humanos como de obligaciones. Sin embargo, en la Carta de la ONU se echa de menos este requisito u obligación en su prurito de anclar perennemente la dignidad frente a las violaciones fascistas del nacionalsocialismo.

La enseñanza de la mediación en relación con los derechos humanos*

Durante muchos años he intentado enseñar qué es la mediación. He tenido la fortuna de enseñar lo que me encanta, lo que anhelo y eso ha sido un placer. La mediación es un mecanismo alternativo de solución de controversias, y como tal, su importancia y uso se prevé en la Constitución. Pero ¿alguien se ha preguntado cómo es que la mediación cumple con los derechos humanos? Estamos cumpliendo diez años desde que la reforma constitucional cambió el término de garantías individuales por un concepto mucho más amplio y que otorga poder a los habitantes de nuestro país. Cuando hablábamos de garantías individuales: “se consideran con vigencia y aplicación a partir del texto constitucional, sujetas al régimen de derecho positivo y, por lo tanto, otorgadas y no reconocidas”.¹

Es pertinente establecer que la denominación de “derechos humanos” tiene implícita una universalidad, que abarca a todos los países del mundo, a todas las personas que

* Elaborado por Patricia Eugenia Ortega Cubas, profesora titular, por oposición, de delitos en particular, Facultad de Derecho, UNAM. Mediadora por la provincia de Saskatchewan, Canadá y los QMed y QArb de ADRIIC (Alternative Dispute Resolution Institute of Canada).

¹ García Castillo, Tonatiuh, “La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 48, núm. 143, mayo-agosto de 2015, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000200005, consultado el 27 de abril de 2021.

puedan ser consideradas en el derecho internacional, y por tanto, “sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, ... (etc.)”.² Los derechos humanos llevan implícitos una tangente relativa a la cultura de paz, la igualdad, la no violencia, la justicia, pero principalmente al respeto que el ser humano sólo por su existencia tiene. La igualdad ante la ley es prioritaria a partir de la norma, e implica que los gobernados tienen derecho a recibir el mismo trato de aquellos en su misma situación.³ Pero creo que lo que se ha ignorado un tanto es que los derechos humanos reconocen la capacidad de los seres humanos en su actuar, no esperan a que el Estado omnipotente resuelva todo o lo garantice. Digamos que vuelve al iusnaturalismo y reconoce que la dignidad humana no requiere de una norma particular mexicana que la reconozca para existir, pues de forma expresa el artículo 1o. de la Constitución establece primero que todas las personas gozarán de los derechos humanos, y además, que “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”.

Es evidente que el primer encuentro con los medios alternos de solución de controversias en nuestro país fue en materia penal a raíz de la reforma al artículo 18 constitucional, y siguiendo una corriente también internacional, de primero buscar opciones legales ajenas al procedimiento y reconocimiento de los derechos de la víctima y posibilidad de opciones precisas y exactas a cada caso en particular. No en vano se habló en su momento de la

...adopción de otro nuevo paradigma para la administración de justicia en la materia penal... concentrarse en la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar

² *Idem.*

³ Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al.*, “Estándares sobre igualdad y no discriminación”, *Derechos Humanos en la Constitución, comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, t. I, p. 298, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%201.pdf>, consultado el 27 de abril de 2021.

a acuerdos con ayuda de un tercero... Cada entidad federativa ha producido un modelo distinto de MARC (mecanismo alternativo de resolución de controversias) en sede judicial, con su propio y personal sello.⁴

Pero ¿es adecuado el limitamos a sede judicial? ¿Es correcto el considerar que cuando se quiere desjudicializar, sea el Poder Judicial el que regule y dirija a los medios alternos? Mi conclusión es que no, y mejor aún, que los mecanismos alternos no necesitan siempre una regulación; de hecho, seguimos en espera de la ley correspondiente, y, no obstante ello, los mismos funcionan, evolucionan y día a día cobran relevancia. Mi razonamiento al respecto es que otorgan poder a las personas, les reconocen su derecho, su capacidad y, por tanto, la mediación no sólo es maleable, fácil de adaptar, apoyan los deseos y expectativas de las partes, y en consecuencia, con su resultado se respeta si el proceso se ejecutó de forma adecuada.

No obstante esas virtudes, el grave problema es que a veces en nuestro afán de aplicar los MASC, y concretamente la mediación, no la entendemos, y acabamos haciendo una mezcla en donde pretendemos resolver en lugar de entender. Omitimos considerar los intereses de las partes, y así como desgraciadamente ha sucedido anteriormente, preparamos de forma exprés, sin mayor cuidado y tiempo, a quienes las aplican. Pretendiendo que por ser cultura de paz, un mágico conjuro se aplicará cuando usamos la receta hechicera. Por eso quisiera hablar de lo que para mí ha sido su enseñanza.

Mi primer encuentro con la mediación fue fortuito, ¿no es así con todos? Entré a trabajar en el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México, y mi naturaleza inquieta,

⁴ Marquez Algara, Ma Guadalupe y Devilla Cortés, José Carlos, "Medios alternos de solución de conflictos", *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. II, p. 1601, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%202.pdf>, consultado el 27 de abril de 2021.

mis maravillosas amistades y mi curiosidad, motivaron que lograra que la embajada de Estados Unidos nos facilitara dos talleres maravillosos; uno para delitos leves y otro para delitos violentos, nada más y nada menos que con Mark Umbreit y Eddie Mendoza. Desde ese momento supe que mi llamada era la mediación. Así, en 2009, mi visión de la justicia, con tintes judiciales anteriormente, comenzaba a vislumbrar rumbos diferentes. La pregunta interminable que me hacía a mí, conocedora de las personas a quienes juzgaba y cómo podía valorar sus vidas, opciones y soluciones, encontraba al fin respuesta, y mi camino como estudiante eterna en la materia, abogada en mecanismos alternos y entrenadora, maestra, profesora, defensora, activista, propagadora y profesional de la mediación, justicia restaurativa, árbitro y ahora, coordinadora parental, comenzaba.

Al entrar al Centro de Justicia Alternativa, los mediadores fueron abiertos y pacientes conmigo (verdaderos mediadores) al permitirme participar en las sesiones de mediación, y comencé a mediar. Debo reconocer que el hecho de que me llamaran por mi nombre rompía mi estructura jerárquica. Había tenido cargos de directora general, y en mi esquema, el respeto comenzaba con el “usted” y la distancia física, emocional y profesionalismo; yo había escalado esa posición con mucho esfuerzo, y ahora no entendía este nuevo estilo, en donde todos estábamos en un piso igualitario, sin escalones o estructuras de poder. Pero el encanto de saber que las personas podían actuar responsablemente, resolviendo lo que les preocupaba, sin tener que actuar como niños y yo como su mamá, era una meta que se veía más que apetecible, y permitía que mi cerebro se abriera a diferentes opciones de trato.

Mi pasión por esta nueva forma de resolución de conflictos motivó que leyera interminablemente muchos libros, tradujera manuales, leyera tesis y viajara a Texas a conocer más sobre la justicia restaurativa; esto gracias al generoso apoyo de Eddie Mendoza y su familia. Terminé mi tesis en la maestría en la Universidad de Barcelona y di conferencias en prestigias instituciones, e incluso elaboré un manual de paz para primaria. Así regresaba a la academia.

Mi carrera académica había comenzado como adjunta en la Facultad, y por necesidad de la cátedra comencé a dar clases con grupo asignado antes de terminar la carrera. El profesor, cuyos alumnos ya estaban registrados, tenía otros compromisos, y canceló, dejando a los alumnos sin posibilidad de tener otra clase, así que dada mi experiencia en la materia auxiliando al entonces director, me pidieron que diera clases, y así lo hice. Posteriormente, durante mis estudios en Canadá, esta posición permitió que consiguiera un puesto como estudiante-investigadora en la Universidad de Ottawa. La academia fue algo que siempre me encantó, y aunque por cuestiones personales la abandoné un tiempo, era un refugio conocido, aunado a mi interminable deseo de cuestionar, aprender y leer. Mi posición en el Poder Judicial auxiliaba el constante conocimiento, discusión y estudio. Todo esto me mantenía activa, cercana a las tendencias y al aprendizaje.

Así que cuando se me otorgó la oportunidad de comenzar a enseñar mediación, comencé, y recuerdo cómo mis primeros alumnos “mediadores” eran ministerios públicos con toda una percepción del poder y dominio del control. Durante ese tiempo me tocó dar clases en una antigua capilla. Aclaro, era el aula magna, lugar especial que me habían otorgado para preparar a quienes serían sus nuevos expertos ¡Se imaginan, intentar hacer círculos con bancas de antiguas iglesias, en la oscuridad y con pequeños vitrales de ventanas! Para el resto del entrenamiento pedí cambio de aula, evidentemente. Porque debo aclarar que para mí, la mediación y la justicia restaurativa no tenían tanto que ver con la teoría, si ésta no se vinculaba a los hechos, y en el proceso de aprendizaje había entendido que ambas estaban relacionadas con la comunicación no violenta.

En esta primera clase utilicé la analogía de cómo la luz podía pasar por aquellas altas y pequeñas ventanas; así, la mediación, poco a poco iluminaría los espacios y la justicia, colocando a las personas en el reflector central. En ese primer acercamiento, recuerdo vívidamente cómo uno de los alumnos, quien ya fungía como “mediador”, me explicó que él comenzaba

dando golpes en la mesa para callar a los litigiosos⁵ (sí, tal cual). Imagínense el primer contacto de estas personas con lo que creían que era “una mediación”. En estos primeros intentos de enseñanza de mi nueva pasión me allegué de muchos libros, creé infinidad de *power-points*, traducciones, ejercicios, juegos, muchos juegos, cuanta cosa se pueden imaginar, para explicar la maleabilidad y apertura que como mediadores iban a requerir. En todas ellas comenzaba con mucha práctica, mucha reflexión personal y crítica de lo que se veía en el sistema tradicional.

Mi carrera académica volvía a tomar su camino cuando me pidieron que diera teoría del conflicto y bases de mediación para otra institución universitaria. El enseñar a universitarios es siempre un privilegio, y en esta ocasión mis alumnos no eran abogados, sino estudiantes de cultura de paz. Nuevamente tenía que darse un cambio interior en ellos que modificara su forma de interactuar y entender su entorno. Allí tuve el privilegio de acercarme a nuestras tradiciones indígenas, pues quizá por casualidad y más bien por interés, invité a una de mis alumnas a comenzar la ceremonia, y ella lo hizo de acuerdo con antiguos rituales. Mi entusiasmo fue tal que motivó que cuando dos de mis alumnas fueron ultrajadas en un ritual de euforia “nacional” por obtener un triunfo el equipo mexicano, ellas quisieron mediar con el único autor que fue detenido por el abuso sexual.

Recuerdo todavía con dolor cómo llegamos al juzgado y cómo el activo, por ser menor, estuvo todo el tiempo acompañado de su señora madre, y cómo mi alumna (con apenas dieciocho años cumplidos y como víctima), tenía que estar sola para conocer el proceso. Aquí, gracias a que el mediador era de mis antiguos subordinados, permitió mi presencia con ella, y sin mayor preámbulo y sin tener alguna jurisdicción, la jueza violentamente irrumpió intentando sacarme del *caucus* —no cabe duda de que como dijo Luis Miguel Díaz, el Borrego (Centro

⁵ Años después tuve el gran gusto de encontrarme con el referido profesional, quien había crecido inmensamente en el proceso de mediación y había comprendido la comunicación no violenta.

de Justicia Alternativa), nació en las fauces del dragón—. El tormento para mi alumna continuó, ahora con el hecho de que el actor no reconocía haber hecho nada malo, pese a haberla sujetado para que abusaran sexualmente de ella, y el Ministerio Público insistía en que mi alumna debía perdonarlo (¿no se debe pedir perdón para ser perdonado?), y decía: “este muchacho está siendo revictimizado”. Los conceptos de justicia restaurativa y mediación han sido tan mal entendidos o tan mal explicados, que se llega a conclusiones ilógicas, y se pierde el sentido de la lógica y la razón. Explico: la víctima en el proceso era mi alumna. El muchacho, víctima social quizá, víctima de su falta de responsabilidad, quizá tolerada por su familia, tal vez; pero eso no le tocaba valorarlo al Ministerio Público, quien sólo quería quitarse un asunto más de un sistema que no conocía. La jueza no tenía que decidir quién participaba en la mediación; eso era decisión del mediador. Ahora bien, ¿tenía alguna razón el entrevistarse con la víctima si el responsable no asumía ninguna culpa? La respuesta queda a su leal saber y entender.

En la preparación de quienes serían los nuevos operadores como mediadores, encontré muchas cuestiones a destacar: premura en la capacitación, falta de comprensión de los jefes y autoridades de lo que se pretende en la mediación, y qué es y cómo funciona la justicia restaurativa, la idea de que la justicia no se negocia,⁶ la idea de que lo importante es seguir la ley del Talión, la novedad y descubrimiento de nuevos expertos con falta de conocimiento de la realidad y sus consecuencias, y quizá la mayor evidencia de que la falta de estudio no implica que la persona no sea crítica de algo que desconoce. Todas estas cuestiones han motivado que se pretendan hacer mediaciones como por receta, sin que se utilicen los elementos adecuados, se dé el tiempo para la fermentación y se usen las herramientas idóneas. En esta preparación destaca el hecho de que en una completa ausencia de entendimiento de lo que

⁶ Implica la creencia de que la justicia no es justicia si no se impone por un juez, y de que las personas, por tanto son incapaces de poder actuar por sí mismas y llegar a un acuerdo idóneo a sus condiciones y necesidades. En palabras del ministro en retiro, Cossío Díaz, “Que lo importante, finalmente, radica en la legitimidad del objetivo y la adecuada instrumentación de los medios necesarios para lograrlos”.

el sistema de mecanismos alternos presenta, todas las instituciones académicas se volcaron a capacitar en juicios orales y se ignoró nuevamente a las personas sobre quienes teníamos que colocar los reflectores: los contrincantes, los litigiosos (que no los litigantes). Destaco al respecto la afirmación del ministro de la Corte en retiro, investigador del Colegio de México y miembro del Colegio Nacional, José Ramón Cossío Díaz: “Por amplios que sean los cauces de acceso e impartición de justicia, una gran cantidad de problemas humanos no tendrán solución judicial y, cuando la tengan, será imperfecta”.⁷

He continuado aprendiendo mediación, víctima-ofensor, justicia restaurativa, círculos de diálogo, coordinación parental, y también he continuado enseñando y, por tanto, he aprendido más. Ahora nuestra máxima casa de estudios implementó la materia de Medios Alternos de Solución de Controversias (MASC), y ésta, por demás ambiciosa, recoge la tendencia mundial⁸ de reconocer la negociación, la mediación, el arbitraje y todos los MASC presentes y futuros en un semestre. Sí, lo sé, un semestre, pero no podía abrirse una carrera para poder abarcarlos de forma adecuada. Así, me veo en el orgulloso papel de intentar enseñar MASC nuevamente. Pero el reto es mayor, pues la asignatura debe ser por plataforma a distancia ¡y pensar que creía que ya había superado todos los retos! Entonces me encuentro con la maravillosa oportunidad de volver a crear opciones en el aprendizaje. En este semestre me ha tocado reconocer el valor del parafraseo, cuando requiero que mis alumnos, o ¿cómo les llamé a los estudiantes de distancia?, repitan lo que les dije. Segundo, cuando necesito que

⁷ Cossío Díaz, José Ramón, “Mediación en derechos humanos”, *Hechos y Derechos*, México, publicado el 14 de abril de 2021, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15716/16640>, consultado el 27 de abril de 2021.

⁸ Baste señalar que Nuria González Martín ha afirmado que la mediación tiene un lugar preponderante en tratados internacionales y acuerdos, “La mediación en casos de sustracción internacional de menores por uno de los progenitores y los acuerdos voluntarios transfronterizos: el caso mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 141, p. 3, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4896/6247>, consultado el 27 de abril de 2021.

busquen más que lo que la plataforma les entrega, y tercero, y más importante, cuando antes de pretender que sepan para qué sirven los MASC, los entiendan y utilicen de manera práctica las herramientas que éstos requieren.

Lecciones aprendidas: la mediación se enseña como la cocina, se aprende haciendo, se quema con los ingredientes adecuados, se intenta hacer algo bueno, pero a veces no resulta. Pero, entonces, se vuelve a intentar. La mediación no es simplemente una receta que hay que seguir al pie de la letra, sino que requiere de un cocinero que tenga sazón. La mediación es tan maleable como son sus partícipes. La mediación no es bajo ninguna estructura una figura infalible ni monótona. Todos los abogados sabemos que un divorcio, un contrato, no es siempre igual, porque las condiciones no son todas iguales, porque los partícipes son diferentes, porque la materia del contrato, de la litis, es tan variable como la imaginación lo permite, y muchas veces, si lo sabremos nosotros. ¡La realidad sobrepasa a la imaginación en forma kafkiana! Por tanto, es patente que la mediación es tan diversa como la imaginación lo permite. Este semestre he recordado a nuestro querido maestro, don Cipriano Gómez Lara, y sus clínicas procesales. Cuánta sabiduría tenemos a veces a nuestro alcance a veces sin reconocerla. La práctica es lo más importante, y nada nos prepara más a la mediación que el ejecutarla, acercarnos a las necesidades de las personas y frenar nuestros juicios ¡Que lo sabré yo, que he convencido a muchos del efecto y resultado de la mediación! Cuando aplicamos una medida autocompositiva de forma adecuada, entendiendo los intereses, respetando los silencios, preguntando adecuadamente, que no por formato y conociendo el proceso, estamos otorgando una dignidad a las personas, reconocemos sus derechos humanos y evidenciamos que los principios que rigen a la mediación de imparcialidad, confidencialidad, voluntariedad y neutralidad están fundados en el respeto al ser humano y su capacidad de decisión, en términos que harían que nuestro constituyente se levantara a aplaudir.

La evasión fiscal parcial o total en el *outsourcing*, una violación de derechos humanos justificada*

Introducción

La figura del *outsourcing* adquiere una mayor relevancia cuando Joseph Stiglitz, premio Nobel de economía en 2001, bajo una dimensión crítica de la globalización y la integración económica y financiera, alerta sobre los riesgos que implica que las empresas externalicen sus actividades, porque pueden vulnerarse derechos de los trabajadores. Bajo este contexto, el 15 de junio de 2006 se emitió la Recomendación 198 de la OIT, con la finalidad de establecer una política nacional de protección a los trabajadores, insistiendo en la regulación para determinar la existencia de una relación de trabajo y generar los mecanismos de seguimiento y aplicación de la recomendación, por lo que en México el 30 de noviembre de 2012 se adicionaron a la Ley Federal del Trabajo los artículos 15-A a 15-D, con la finalidad de dar cumplimiento a la Recomendación 198, incluso se estableció en la propia LFT, en su numeral 1004-C, que usar el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa facultaría a la autoridad a imponer una multa por el equivalente de 250 a 5000 UMAs.

Sin embargo, el 12 de noviembre de 2020 el Ejecutivo presentó una iniciativa para prohibir la subcontratación, figura también conocida como *outsourcing*, por considerarla el me-

* Elaborado por Margarita Palomino Guerrero.

canismo a través del cual se violan derechos humanos de los trabajadores y se evade al fisco, por lo que partimos de establecer la distinción entre libertad de trabajo, libertad de contratación y la obligación del Estado de proteger los derechos humanos laborales, para posteriormente desmitificar la figura del *outsourcing*, que en ocasiones se utiliza para prácticas ilícitas, pero en muchas otras ha fomentado el desarrollo económico de la actividad empresarial, e incluso se constituye en un mecanismo para lograr la profesionalización y especialización del trabajo.

Lo anterior, para abordar el tema de la evasión del pago de ISR a partir de aumentar sus deducciones y pretendiendo considerar la subcontratación como un servicio personal independiente para generar el pago y acreditamiento del IVA. Sin embargo, trataremos de evidenciar que estas prácticas ya son reguladas y sancionadas por la ley, por lo que una reforma para prohibir el *outsourcing* o subcontratación en nada remediaría el problema; por el contrario, se afectaría a los trabajadores. Entonces, resulta indispensable que se aplique el marco normativo vigente, y no desaparecer la subcontratación, ya que en este momento novecientas empresas ofrecen servicios bajo este esquema, y sólo 337 se encuentran registradas ante la Secretaría del Trabajo; por ello, proponemos que la estrategia sea la fiscalización ordenada, ya que se estima que una quinta parte de las empresas en México laboran con esquemas de subcontratación.

La libertad de trabajo y la libertad en la contratación

Nuestra carta magna, en su capítulo primero, título primero, contempla la igualdad en derechos fundamentales, así se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”, estableciéndose el derecho humano al trabajo en sus dos sentidos: tener acceso a él y tener la libertad para elegir la actividad, oficio o tarea que prefiera la persona, siempre que sea lícito. Lo que hace necesario reconocer y reivindicar los derechos de los trabajadores y, por ende, a la seguridad social.

El Estado, por tanto, debe propiciar que se vigile el cumplimiento de los derechos humanos laborales a partir de lo que dispone el artículo 123 constitucional, y que va desde fomentar la generación de políticas públicas adecuadas que propicien la generación de empleos, pero respetando la dignidad humana, tarea nada fácil, ya que a nivel internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, contempla la libertad e igualdad en dignidad y derechos, lo cual podemos identificar y aplicar a la libertad de trabajo y la libertad en la contratación, incluso de igualdad para hombres y mujeres; en sus numerales 22 y 25 se reconoce el derecho a la seguridad social que garantice el bienestar de las personas, a un nivel de vida adecuado, derecho a la alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales, incluso el derecho al seguro de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y vejez.

En este orden de ideas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, en su numeral 6, que los Estados que son parte del pacto reconocen el derecho a trabajar, y que todos tengan la posibilidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente aceptado, y, por ende, se debe garantizar que los trabajadores gocen de condiciones equitativas y satisfactorias. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XIV, establece que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas. En este mismo sentido, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales establece, en su numeral 3, que todo trabajador tiene derecho a dedicarse a la actividad que le acomode y a cambiar de empleo.

Bajo este contexto, resulta importante referir que el preámbulo del protocolo de San Salvador señala la interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, en virtud de ser un todo indispensable, por lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede omitir el Protocolo de San Salvador, ya que la idea es incluir progresivamente otros derechos y libertades.

Así, el derecho al trabajo es un derecho fundamental que debe permitir condiciones equitativas y satisfactorias. En este sentido, en nuestro país, el 30 de marzo de 2021 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma y adición al artículo 90 de la Ley Federal del Trabajo, en la que se establece que el salario mínimo es la cantidad menor que debe recibir en efectivo la persona trabajadora por los servicios prestados en una jornada de trabajo, y que deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de una o un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para promover la educación obligatoria de las y los hijos.

Mitos y realidades del outsourcing

El 12 de noviembre de 2020, el Ejecutivo Federal presentó la iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Seguro Social, la Ley del Infonavit, el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Impuesto sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado,¹ con la cual se pretende evitar una serie de abusos que hoy algunas empresas realizan en el marco de la reforma a la Ley Federal del Trabajo promulgada el 30 de noviembre de 2012, en la que se reguló la prestación de obras y servicios especializados, a fin de que la empresa externalizara servicios, lo cual ha generado fuentes de empleo y trabajo especializado para reactivar la economía a partir de la eficiencia y desarrollo de habilidades natas del sector o industria, es decir, hacerla competitiva, y fue precisamente a través del *outsourcing*.

Sin embargo, a ocho años de su incorporación, con el concepto de subcontratación, esta figura ha generado evasión en el pago de impuestos y afectaciones a los derechos de seguridad social de los trabajadores, ya que más de 4,500 empresas subcontratan alrede-

¹ Cabe señalar que su discusión se pospuso y aún no es aprobada por el Congreso de la Unión.

dor de un millón de trabajadores,² de acuerdo con datos obtenidos por la inspección general del trabajo. Por lo que en principio debemos aclarar qué es el *outsourcing*, término que está integrado por las raíces *out*, igual o fuera, y *source*, fuente u origen, y que se traduce en persona despedida con causa y sin ella. En México, este concepto se ha equiparado a la subcontratación, término que toma relevancia al abordarse la figura del *outsourcing* por el economista y ganador del premio Nobel 2001, Joseph Stiglitz, quien cuestionó la creciente integración económica y financiera internacional, que hoy podemos identificar como globalización, y es que las empresas externalizan sus actividades empresariales a países menos desarrollados que en un primer momento sólo comprendían actividades con mínima generación de valor; sin embargo, las cosas cambiaron, y la discusión hoy forma parte incluso de la agenda del Foro Económico Mundial de Davos, ya que esta externalización comprende las tecnologías de la información, y hoy los países que han centrado sus esfuerzos en la educación han tenido beneficios al generar la formación de talentos, independientemente de su ubicación geográfica, dando como resultado posiciones laborales cualificadas, es decir, la subcontratación es una alternativa positiva para generar desarrollo.

Por todo lo referido, podemos afirmar que la iniciativa de reformas y adiciones a diversas disposiciones presentada el 12 de noviembre de 2020 no es necesaria, porque actualmente están establecidos los criterios con los que puede operar la subcontratación, incluso nuestros tribunales han reiterado que la subcontratación no puede comprender la totalidad de los trabajadores de la empresa, deben justificar el carácter especializado del servicio, y no pueden considerar actividades iguales o similares a las que se realizan por el resto de los trabajadores.

Así, la subcontratación tiene bondades; por ejemplo, en los servicios de mensajería representa un gran apoyo para llegar a los lugares más distantes del país, pero tampoco po-

² Romero Aranda, Carlos, *El outsourcing, tercerización o subcontratación laboral*, México, Thomson Reuters, 2021, p. IX.

demos negar que se han cometido abusos, porque el costo de contratar a personas físicas o morales para que les brinden servicios se traduce en que el monto del contrato sea deducible de impuestos, lo cual aminora la base tributaria y les genera incluso la posibilidad de acreditar el IVA.

La evasión fiscal a través del outsourcing

La evasión fiscal se define como el incumplimiento culpable de la obligación tributaria válidamente surgida de la relación del hecho imponible; es decir, cuando encuadra el actuar del sujeto en lo que dispone la norma, en ese momento nace la obligación de contribuir. Sin embargo, para evitar el pago del impuesto, algunos patrones no inscribían a los trabajadores en el Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo que actualmente el artículo 27 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que las deducciones autorizadas deberán, entre otros requisitos, cumplir en materia de retención y entero de impuestos a cargo de terceros, y se podrán deducir siempre que las erogaciones por concepto de remuneración consten en comprobantes fiscales por concepto de pago de salarios de los trabajadores que le prestaron el servicio subcontratado, al igual que los pagos hechos al Instituto Mexicano del Seguro Social.

Para efectos del IVA, nuestros legisladores ya establecieron un freno a los abusos, ya que podrán acreditar el IVA retenido contra el IVA derogado si demuestran que no podrán abarcar la totalidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo, el carácter especializado, y que acrediten que no son tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores. Por lo que en estos contratos, para poder acreditar el IVA que se trasladó en el CFDI por el servicio recibido se debe retener el 6% del monto de la contraprestación pagada por los servicios recibidos.³ Cabe señalar que ante el indebido acreditamiento del IVA y

³ Artículo 1 A, fracción IV, Ley del Impuesto al Valor Agregado, 2021.

retener y no enterar el ISR, el IMSS y el Infonavit pueden encuadrar estas conductas en un tipo penal como el de defraudación o equiparable a defraudación, y por no presentar la información que establece el artículo 32 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado se impondrá una multa de 11,580.00 a 23,160.00, y en caso de reincidencia la multa aumentará al 100% por cada nuevo incumplimiento.

Sin embargo, más de 7.6 millones de trabajadores a través de seis mil empresas evaden el pago de impuestos vía *outsourcing*, por lo que el penúltimo párrafo del artículo 14 de la LIVA establece claramente que no se considera prestación de servicios independientes la que se realiza de manera subordinada mediante el pago de una remuneración ni los servicios por los que se perciban ingresos que la Ley del ISR asimile a dicha remuneración

Conclusiones

1. La figura del *outsourcing* en México se recepciona con el término “subcontratación”, y está regulada en los artículos 15 A a 15 D de la Ley Federal del Trabajo, y 15 A de la Ley del Seguro Social, ordenamientos en los que se establecen las condiciones en que se permite que la empresa opere bajo este tipo de contratos, por lo que sostenemos que es necesaria una adecuada fiscalización, sobre todo si se estima que una quinta parte de las empresas en México operan con estos esquemas.
2. Respecto a la evasión del pago de ISR e IVA y aportaciones de seguridad social, ya se contempla la regulación para evitar prácticas irregulares con un esquema de infracciones y sanciones, por lo que es necesario que se fiscalice por medios electrónicos a las más de quinientas empresas que ofrecen servicios de subcontratación pero que no están registradas ante la Secretaría del Trabajo.

3. Prohibir la subcontratación sería una medida regresiva que frenaría el desarrollo empresarial y no evitaría prácticas de evasión fiscal, porque no podemos generalizar y afirmar que es la figura la que daña nuestra economía y a los trabajadores, cuando es evidente que es el uso indebido de la misma lo que propicia prácticas ilícitas.

La reforma al Poder Judicial y sus efectos para la defensa del contribuyente*

Introducción

El acceso a la justicia implica que el Estado garantice que todas las personas que así lo requieran puedan dirimir sus conflictos ante los tribunales, lo cual no sólo beneficia a las partes en contienda, sino también a la sociedad; sin embargo, los obstáculos que tienen que superar los justiciables son no sólo de carácter técnico, económico, geográfico y cultural, y es que no es suficiente con que existan tribunales a donde puedan acceder; además, es necesario que los gobernados conozcan sus derechos para hacerlos valer. Bajo este contexto, el 11 de marzo de 2021 se publicó el decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de nuestra carta magna en lo relativo al Poder Judicial de la Federación.

El objetivo de este trabajo es conocer en qué consiste la reforma e identificar sus efectos en los tribunales de justicia administrativa y, por ende, en los contribuyentes, ya que uno de los ejes fundamentales es que se termina con la sentencia por reiteración y se transita a un sistema de precedentes; es decir, una sola resolución bajo los requisitos que se establecen

* Elaborado por Margarita Palomino Guerrero.

se constituirá en criterio obligatorio, incluso para los órganos que realizan funciones materialmente jurisdiccionales, como los tribunales administrativos y, en particular, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y los tribunales de justicia administrativa de las entidades.

Por lo anterior, a partir de las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las salas por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

La interrogante que surge es ¿cuáles serán los efectos para los justiciables si la SCJN ya no emitirá jurisprudencia? Que hasta antes del 11 de marzo eran cinco precedentes ininterrumpidos en el mismo sentido, lo que permitía que su interpretación fuera obligatoria, sucediendo lo mismo con los fallos de las dos salas de la SCJN, siempre que hoy sean aprobadas por cuatro votos, por lo que no requerirán de reiteración, y dicho precedente será de obligado cumplimiento; esto sin duda es un avance para que a partir de la interpretación de la norma, que no es otra cosa que su vivificación, el contenido de las resoluciones sea eficiente y acorde con la realidad social; pero debemos ser muy cuidadosos, porque en materia fiscal, gracias a los precedentes se han logrado construir criterios y principios en la interpretación e integración de la norma a través de un proceso evolutivo de muchos años.

Hoy, sin duda, puede lograrse unificar y armonizar las resoluciones a partir de elementos facticos, pero entonces también cambiar radicalmente la tradición e interpretación del alcance y contenido de una institución jurídica; es decir, se podrán modificar radicalmente los criterios que nuestros tribunales mantenían respecto a figuras como la prescripción y la caducidad, e incluso para la devolución. Cabe señalar que la jurisprudencia de sentencias ininterrumpidas en un mismo sentido se mantendrá para los tribunales colegiados de circuito.

El interés excepcional en materia constitucional

Bajo este contexto, es importante referir que en materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, o bien que omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieran sido planteadas, siempre que a juicio de la SCJN el asunto revista un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos.

Por lo anterior, la materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras. Así, en contra del auto que deseche el recurso no procederá medio de impugnación alguno, lo que resulta preocupante, ya que no sabemos el alcance o bajo qué criterios se calificará que reviste interés excepcional.

También, en materia procesal, nos parece un acierto que la demanda de amparo directo se presente ante la autoridad responsable, que decidirá sobre la suspensión. En los demás casos, la demanda se presentará ante los juzgados de distrito o los tribunales colegiados de apelación, que resolverán sobre la suspensión, ante los tribunales de las entidades federativas en los casos en que la ley lo autorice. Esto último, porque los tribunales unitarios de circuito, que son los encargados de resolver apelaciones en juicios de carácter federal, cambiarán esa denominación por la de tribunales colegiados de apelación, y ahora se integrarán por tres magistrados (antes era por uno), lo que permitirá que la discusión colegiada enriquezca la sentencia, y se espera que sea de mayor calidad.¹

Es importante mencionar que los tribunales colegiados de apelación seguirán teniendo las mismas funciones que los actuales tribunales unitarios de circuito; es decir, resolverán

¹ Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativas al Poder Judicial de la Federación, 11 de marzo de 2021, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021.

las apelaciones de los juicios que se hayan tramitado en primera instancia en los juzgados de distrito, por lo que se constituyen en la segunda instancia, pero ahora resolverán de manera colegiada.

Sin duda, podemos afirmar que esta reforma marca un antes y un después en el Poder Judicial, ya que se impulsa la paridad de género, se logra la transformación del Instituto de la Judicatura Federal en la Escuela Federal de Formación Judicial, que estará encargada de capacitar a las y los defensores públicos y llevará a cabo los concursos de oposición, con lo cual se pretende lograr una impartición de justicia expedita, ya que se fortalecerá la formación y actualización de los operadores del derecho.

Cabe señalar que el servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal será proporcionado por el Consejo de la Judicatura, a través del Instituto Federal de la Defensoría Pública y será la propia Escuela Federal de Formación Judicial la encargada de llevar a cabo los concursos de oposición.

Por lo que, de conformidad con el artículo segundo transitorio del Decreto en comento, el Congreso de la Unión, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigor del Decreto, es decir, el 12 de marzo de 2021, deberá aprobar la legislación secundaria, como la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (recordemos que la actual data de 1995), y todo lo relativo a la carrera judicial será regulado en la ley específica, es decir, contaremos con la Ley de Carrera Judicial.

Reformas con y para el Poder Judicial

Bajo este contexto, nos parece muy importante el que desaparezcan los plenos de circuito y se creen los plenos regionales, que conocerán de la contradicción de tesis entre

tribunales colegiados de diferentes circuitos, por lo que ahora se abarcarán y establecerán criterios por región.

De igual forma, destaca en la reforma en comento, que el Consejo de la Judicatura Federal podrá concentrar en uno o más órganos jurisdiccionales el conocimiento de los asuntos vinculados con hechos que constituyan violaciones graves a derechos humanos; incluso, la decisión sobre la idoneidad de la concentración se tomará de acuerdo con el interés social y el orden público, lo cual se traduce en una excepción a las reglas de turno y competencia por razón de territorio. Consideramos que la esencia es dar una respuesta pronta a un problema de vulneración de derechos, ponderando la realidad y contexto social, lo que permitirá una mayor sensibilidad e identificación, incluso de una posible discriminación interseccional, por lo que lo calificamos como un acierto.

Deberemos estar atentos a las nuevas leyes o adiciones a las ya existentes, que esta reforma generará, ya que en la exposición de motivos se planteó que ante los problemas en la impartición de justicia, y al no lograrse aún el destierro de la corrupción, la endogamia y el amiguismo, en donde es frecuente que se intercambien favores o, peor aún, se pone precio a la justicia, se hace necesario un nuevo régimen de responsabilidades administrativas para combatir el nepotismo, el acoso sexual y los llamados “acuerdos cruzados”, es decir, que se ponen de acuerdo para favorecer a familiares o recomendados en un tribunal a cambio de recibir los mismos beneficios en otro tribunal.

Conclusiones

La reforma constitucional que entró en vigor el 12 de marzo de 2021 es un mecanismo para fortalecer la autonomía e independencia del Poder Judicial, lo que dará lugar a la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y a la transformación del Instituto de

la Judicatura Federal a una Escuela Federal de Formación Judicial, para la capacitación y profesionalización de los impartidores de justicia.

Se termina la jurisprudencia por reiteración, y transitaremos a un sistema de precedentes, es decir, las sentencias de Pleno de la SCJN, aprobadas por ocho votos, y en salas por cuatro, serán considerados precedentes obligatorios, lo que nos genera la inquietud de que entonces, en este nuevo esquema, se pueden cambiar de forma radical los criterios que por años aplicaron nuestros tribunales, y en materia fiscal esperemos que no sea bajo el principio *in dubio pro-fisco*.

Sin duda, este nuevo criterio hará que los gobernados podamos reclamar violaciones a nuestros derechos humanos considerando un solo criterio, sin necesidad de esperar la reiteración. Recordemos que la SCJN conoció la revisión de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Código Civil del Estado de Oaxaca; sin embargo, el criterio que lo calificó de inconstitucional no era obligatorio, hasta que se integraron cinco resoluciones en el mismo sentido, y se configuró jurisprudencia. Hoy, con la reforma aprobada, bastará con que ocho ministros la aprueben, para que ese precedente sea obligatorio para todos los tribunales.

Un examen preliminar a la reparación del daño por violaciones a derechos humanos*

La reparación del daño para las víctimas, en general, tiene sus antecedentes en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la detención ilegal, en agosto de 1974, del señor Rosendo Radilla Pacheco, caso emblemático que terminó siendo la fuente de información más ilustrativa en el sistema jurídico mexicano de protección de los derechos humanos para la reforma constitucional de 2011, la más importante de los últimos tiempos, especialmente en el tema de la reparación.

Con la reforma constitucional de 2011, en materia de derechos humanos, se da vida a un nuevo paradigma en la protección y la defensa de estos derechos, pero también surge una visión renovada, expansiva y cierta sobre la reparación del daño en favor de las víctimas.

Así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el tercer párrafo del artículo 1o., reconoce y garantiza los derechos de las víctimas de delitos y de violaciones a los derechos humanos, estableciendo que es obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresivi-

* Elaborado por Susana Thalía Pedroza de la Llave, investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

dad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

En este sentido, a partir de la reforma constitucional de 2011 el carácter progresivo de la protección de los derechos humanos se ve fortalecido con la idea del establecimiento de una legislación especial, para la reparación del daño a las víctimas de delitos y de violaciones a derechos humanos, esto es, la Ley General de Víctimas que, de acuerdo con su exposición de motivos, su objetivo es el de establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas en beneficio de las víctimas, que posibilite el goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la compensación y a las garantías de no repetición.

Diríamos que se trata, pues, de un instrumento que pretende afrontar la grave crisis de incertidumbre legal o jurídica que padecen la personas en situación de víctimas en nuestro país, de tal suerte que con esto se logre no sólo el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, sino que se hagan efectivos a través del establecimiento de mecanismos que garanticen a las víctimas el restablecimiento de sus derechos y la superación de su condición mediante una reparación integral.

Ahora bien, como repaso general, pero necesario, el análisis de nuestro tema nos lleva a considerar algunas ideas fundamentales para su entendimiento a la luz de la Ley General de Víctimas y su aplicación, en el siguiente sentido.

Siendo la víctima el centro de la legislación nacional, para efectos de la reparación del daño, es importante precisar que el concepto de víctima, de conformidad con el artículo 4o. de la Ley General de Víctimas (LGV), se establece a partir de una doble dimensión: como víctimas directas: aquellas personas físicas que han sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional o, en general, la puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o de violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que

el Estado mexicano sea parte, y como víctimas indirectas, los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Conforme al artículo 2o. de la LGV, el objeto de esta Ley, entre otros, consiste en reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia, y todos los demás derechos consagrados en ésta, en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, y demás instrumentos de derechos humanos.

Por su parte, el artículo 5o. la referida LGV previene los mecanismos, las medidas y los procedimientos que serán diseñados, implementados y evaluados aplicando diversos principios, dentro de los que destacan: el de debida diligencia, buena fe, complementariedad, enfoque diferencial y especializado, máxima protección, progresividad y no regresividad, y el de victimización secundaria. De tal forma que con éstos se exige al Estado realizar todas las actuaciones necesarias dentro de un tiempo razonable; brindar los servicios de ayuda, atención y asistencia desde el momento en que la víctima lo requiera, respondiendo a sus particularidades y grado de vulnerabilidad, y a no establecer requisitos que obstaculicen e impidan el ejercicio de los derechos de las víctimas.

De esta forma, la LGV de mérito precisa que la reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas deberá ser implementada en favor de la víctima “teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho victimizante cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante”, destacándose que las normas que protejan a las víctimas en las leyes expedidas por el Congreso se aplicarán siempre las que más favorezcan a la persona.

Desde una óptica de derecho constitucional, podemos decir que el principio *pro persona* es retomado en los artículos 3o. y 7o. de la LGV, que prevén, respectivamente, que la ley se interpretará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de los derechos de las personas, y que los derechos de las víctimas que prevé tal ordenamiento legal son de carácter enunciativo, y deberán ser interpretados favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de sus derechos.

Como se advierte de lo anterior, las normas jurídicas previstas en la referida ley, así como los derechos de las víctimas, no pueden ser interpretados de manera restrictiva, sino que deben realizarse a la luz del parámetro de regularidad constitucional, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de los derechos de las personas.

Entre esos derechos de las víctimas se encuentran reconocidos los relativos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces. Así, las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y compensación.

En este sentido, las medidas de restitución buscan regresar a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos humanos; la rehabilitación es para facilitarle a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por dicha causa; la compensación ha de otorgarse a la víctima de manera proporcional a la gravedad de la violación de derechos humanos sufrida; además, se deben tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, es decir, cómo es que se llevó a cabo la violación y los efectos causados en la víctima, de tal manera que esta compensación se otorgue por todos los perjuicios, los sufrimientos y las pérdidas económicas

evaluables que sean consecuencia de la violación de derechos humanos; por su parte, la satisfacción tiene como objetivo reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas; finalmente, las medidas de no repetición tienen como fin que la violación a derechos humanos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir.

Así, destaca la compensación como medida comprendida dentro de la reparación integral del daño, que debe otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. De acuerdo con la LGV, la compensación se otorgará “por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables” que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos. Dichos perjuicios, sufrimientos y pérdidas incluirán, entre otros, como mínimo, lo siguiente:

- La reparación del daño sufrido en la integridad física de la víctima.
- La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación integral, entendiendo por éste, aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados en términos monetarios. El daño moral comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y toda perturbación que no sea susceptible de medición pecuniaria.
- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados o lucro cesante, incluyendo el pago de los salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.
- La pérdida de oportunidades, en particular las de educación y las prestaciones sociales.
- Los daños patrimoniales generados como consecuencia de delitos o violaciones a derechos humanos.

- El pago de los gastos y costas judiciales del asesor jurídico cuando éste sea privado.
- El pago de los tratamientos médicos o terapéuticos que, como consecuencia del delito o de la violación a los derechos humanos, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima, y
- Los gastos comprobables de transporte, alojamiento, comunicación o alimentación que le ocasione trasladarse al lugar del juicio o para asistir a su tratamiento, esto siempre y cuando la víctima resida en un municipio o alcaldía distintos al del enjuiciamiento o donde recibe la atención (artículo 64 de la LGV).

En este sentido, es dable reconocer los avances en la aplicación de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y la reparación del daño a las víctimas de violaciones a estos derechos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resaltado la necesidad de entender que una violación a derechos humanos debe considerarse a partir del principio de indivisibilidad de éstos, toda vez que para entender la magnitud del hecho victimizante no debe revisarse únicamente la gravedad del daño, sino el impacto que éste pudo tener respecto de otros derechos; así ha quedado precisado en la tesis con rubro:

REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. TOPES MÍNIMOS Y MÁXIMOS DE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES, SU INCONSTITUCIONALIDAD. Al analizar la reparación integral del daño en casos que impliquen violaciones a derechos humanos, no se pone énfasis en el repudio de una conducta individual considerada antijurídica sino en el impacto multidimensional de un hecho lesivo, incluyendo tanto el sufrimiento de la víctima como la cadena de impactos negativos desatada por un hecho. Así, resulta necesario precisar que una violación a derechos humanos debe entenderse a partir del principio constitucional de indivisibilidad de los derechos, pues para comprender la magnitud del hecho victimizante no debe revisarse únicamente la gravedad del daño, sino el impacto que éste pudo tener respecto de otros derechos... (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis 1a. CXC/2018 (10a.),

publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro sesenta y uno, diciembre 2018, tomo I, página 402, registro: 2018806).

El derecho a una reparación para las víctimas de violaciones a derechos humanos se encuentra plenamente tutelado y reconocido en nuestra Constitución, así como en instrumentos internacionales, e implica, por una parte, la obligación del Estado a reparar el daño y, por la otra, el derecho de la víctima a recibir una reparación integral.

En este sentido, la reparación integral debe reparar todo el daño causado, procurando regresar a la víctima a la situación anterior como si el daño no se hubiera generado, o bien, cuando esto no es posible, otorgarle una indemnización que compense los daños sufridos, sin que implique un enriquecimiento o empobrecimiento a la víctima, pero sí que repare todos los daños materiales e inmateriales sufridos.

Los avances en la implementación de la LGV, como mecanismo para el acceso a una reparación integral de daño, no han quedado exentos de vicisitudes o cambios de toda índole, incluso, en el plano institucional por la conformación de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, organismo encargado de la debida aplicación de los recursos técnicos, económicos y humanos para beneficio de las víctimas. Recientemente, el 6 de noviembre de 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones de la LGV, y que, como parte de dicha reforma, se modificaron diversos de sus artículos que señalan el otorgamiento de la reparación integral. No obstante, es importante señalar que la modificación únicamente fue a efecto de que existiera una congruencia entre dicha reforma y la que posteriormente se realizaría el 30 de noviembre de 2020; es decir, ambas reformas tuvieron por objeto establecer que los recursos otorgados serían administrados directamente por la citada Comisión Ejecutiva, por lo que desaparece la mención al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral (antes Fideicomiso). En ese sentido, los recursos deberán ser administrados observando en todo momento los criterios de transparencia, oportuni-

dad, eficiencia y rendición de cuentas, proveyendo a las víctimas que corresponda y conforme a los ordenamientos institucionales y procedimientos institucionales del caso.

Así, en cuanto al procedimiento para acceder a la reparación integral, éste se encuentra vinculado directamente con el reconocimiento de la calidad de víctima, cuyo efecto, entre otros, es el acceso a los derechos, las garantías, las acciones, los mecanismos y los procedimientos, en términos de la LGV y disposiciones reglamentarias, toda vez que al reconocerse la calidad de víctima, podrá accederse a la reparación integral. A ese respecto, el acceso a esta reparación se realizará a petición de parte con escrito simple, y cuyo formato publica la propia Comisión Ejecutiva sin mayores formalidades. El artículo 65 de la LGV establece:

Todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos serán compensadas, en los términos y montos que determine la resolución que emita en su caso: *a) Un órgano jurisdiccional nacional; b) Un órgano jurisdiccional internacional o reconocido por los Tratados Internacionales ratificados por México; c) Un organismo público de protección de los derechos humanos (CNDH u homólogos en los Estados); entre otros.* Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que los mismos hechos pudieran implicar y conforme lo dispuesto por la presente Ley.

De esa manera, para la compensación a víctimas de violaciones a los derechos humanos se requerirá de una resolución del órgano jurisdiccional nacional o internacional reconocido por los tratados ratificados por nuestro país; u organismo público o internacional de protección de los derechos humanos, en la que fijarán los términos y montos de la compensación, y cuando no existan montos en cuanto a la compensación la Comisión Ejecutiva determinará el monto de la compensación.

Finalmente, hay que considerar que en la compensación por violaciones a derechos humanos no existe un límite establecido para efectuar la reparación económica, mientras que

en la compensación subsidiaria existe una peculiaridad, y es que se tiene como límite hasta quinientas unidades de medida y actualización mensuales; sin embargo, el análisis de este último tipo de medida subsidiaria es muy amplio, por lo que los objetivos son meramente ilustrativos en este breve ensayo sobre la reparación del daño tratándose de violaciones a derechos humanos.

De esta manera, igualmente importante —especialmente para los operadores jurídicos litigantes o postulantes— es el considerar que la Comisión Ejecutiva podrá cubrir la compensación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas por parte de autoridades federales o, de aquellos casos a que se refieren los artículos 88 y 88 bis de la LGV, cuando la víctima cuente con resolución definitiva emitida por la persona titular de dicha Comisión Ejecutiva, y cuyas resoluciones de procedencia, respecto a cualquier tipo de pago, tendrán el carácter de resoluciones administrativas definitivas, por lo que, contra las mismas, procederá, en su caso, el juicio de amparo indirecto, en términos del artículo 144 de la LGV.

Fuentes de consulta

Acuerdo por el que se Emiten los Lineamientos para el Otorgamiento de Recursos de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral (RAARI) a Personas en Situación de Víctima, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2021.

PINACHO ESPINOSA, Jacqueline Sinay, *El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis 1a. CXCV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro sesenta y uno, diciembre de 2018, t. I, registro: 2018806.

ZALDIVAR, Arturo, ADR 5826/2015, *Desarrollo del criterio de reparación integral y su impacto*, portal electrónico, disponible en: <https://arturozaldivar.com/sentencias/adr-5826-2015-desarrollo-del-criterio-de-reparacion-integral-y-su-impacto/>, consultada el 26 de marzo de 2021.

El juicio de amparo recompuesto*

Introducción

El juicio de amparo es probablemente la institución más representativa del constitucionalismo mexicano. Este estatus lo ha ayudado a perdurar y a servir de modelo para otras jurisdicciones. Sin embargo, esta circunstancia en última instancia ha llevado a que su modelo institucional y su lógica fundante no haya sufrido grandes modificaciones desde su creación.

En el presente escrito se hará un somero análisis a este fenómeno, que raya en una suerte de sacralización. Posteriormente, se mencionarán cuáles son en general sus grandes defectos o taras, y cómo éstas han ido siendo identificadas tanto a nivel nacional como internacional. En una última sección se hace una propuesta, que consiste más que en un *aggiornamento*, en la misma recomposición del juicio de amparo desde sus raíces como la única solución posible a sus problemas.

* Elaborado por Carlos María Pelayo Moller, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; LL.M. en derecho internacional de los derechos humanos por la Universidad de Notre Dame (EE.UU.), y licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa; miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

De la sacralización del juicio de amparo a la herejía de la crítica destructiva

Uno de los mitos fundacionales del constitucionalismo mexicano es la devoción que el gremio jurídico profesa al juicio de amparo.

Esta adoración similar a la que se profesa por una divinidad ha sido producto de años de enseñanza acrítica del derecho y de la preservación del *statu quo* a través de un sistema eficaz para una minoría que lo puede pagar. En este panorama, la percepción del gremio jurídico es particularmente singular y divergente a la de una parte importante de la opinión pública, ya que para muchas personas el amparo funciona como "una forma de evitar la cárcel",¹ entendida como una carta de impunidad para quien puede pagar lo suficiente, idea también falsa y exagerada propagada por diversos medios de comunicación. Es decir, el juicio de amparo es un santo o un demonio; ambas percepciones son en sí mismas erradas.

El juicio de amparo es sin duda la institución jurídica que mayor notoriedad sigue teniendo en nuestro constitucionalismo. La edificación de ese mito se ha dado gracias al institucionalismo posrevolucionario, en donde los apóstoles de dicha doctrina jurídica propagaron, con intención o sin ella, los beneficios de este instrumento, mas no sus fallas, su limitado ámbito de aplicación, sus trampas formales y su incapacidad de dotarle de vigencia a toda la Constitución.

La enseñanza del derecho de forma acrítica a través de manuales y libros falazmente atemporales (editados en su primera edición en los años cuarenta del siglo XX), si bien se encuentra en franca extinción, aún tiene en la mentalidad de muchos abogados, varios jueces y magistrados, y diversos ministros de la Suprema Corte, sus frutos amargos y estériles.

¹ Fix-Fierro, Héctor Felipe *et al.*, *Entre un buen arreglo y un mal pleito. Encuesta Nacional de Justicia. Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales*, México, UNAM, 2015, p. 115.

Por tanto, expresarse en estos términos del juicio de amparo es una herejía. No obstante, debemos aceptar que la única forma de salvar al amparo es destruyéndolo. En términos freudianos como juristas, voluntariamente exiliados del rito en el que en algún momento fuimos formados y al cual en nuestro subconsciente tememos y respetamos, es nuestro deber realizar una crítica no constructiva, sino lo más destructiva que sea posible.

Las taras del juicio de amparo y sus intentos de reconstrucción

El paso del tiempo ha puesto a prueba la vigencia del juicio de amparo. Los primeros signos de agotamiento sin duda empezaron a perfilarse ya desde las últimas décadas del siglo XX. A partir de estas preocupaciones, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación formó la “Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo”. En este proyecto colaboraron personajes clave de la academia, como Héctor Fix-Zamudio, y de la judicatura, como Juan Silva Meza. Sobre todo, resultaba por demás significativa la participación de dos jóvenes juristas que eventualmente cambiarían, desde la misma Suprema Corte, el panorama del derecho en México: José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, actual presidente de la Suprema Corte.

La naturaleza compleja y altamente técnica del juicio de amparo aun en sus aspectos más sencillos, ha hecho que la materia se vuelva nicho de pocos litigantes versados, quienes facturan sus honorarios en consonancia con la poca oferta de servicios profesionales de calidad y la enorme demanda. El amparo es tan complejo e intrincado en su tramitación, que incluso explicar exitosamente con brevedad sus reglas, excepciones y principios es una tarea sumamente difícil.

Algunas de sus taras más notables a partir de su diseño institucional hacen que el amparo desde su concepción resulte:

- Poco accesible y complejo.
- Lento y no definitivo.
- Ineficaz para hacer valer todos los derechos justiciables.
- Cerrado a las acciones populares o la impugnación de leyes en abstracto.
- Excesivo en sus causales de improcedencia.
- Excesivo en su formalismo durante su tramitación y cumplimiento.
- Carente de un esquema amplio de reparaciones.
- Con muy poco alcance debido al efecto de relatividad de las sentencias de amparo (conocido como la “fórmula Otero”).
- Sin oficiosidad en la búsqueda de la verdad.
- Limitado en su alcance en contra de particulares, y
- Carente de una noción amplia de responsabilidad estatal.

En adición a lo anterior, la falta de un modelo eficiente de constitucionalidad ha terminado por minar las posibilidades de ejercer un adecuado control de convencionalidad vía amparo, es decir, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Y tal vez por esta razón ha sido justamente que el derecho internacional de los derechos humanos haya resultado ser la rama del derecho que haya terminado por poner en evidencia con mayor solvencia estas carencias para el gremio en general.

Así, el proceso de desacralización del amparo ha sido principalmente impulsado desde el derecho internacional de los derechos humanos. Esto también a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y el rol preponderante que ha tomado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo a partir de lo resuelto en el expediente Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011.

Así, por ejemplo, en el caso *Castañeda* la limitación del amparo para conocer asuntos de materia político-electoral derivó en la ausencia de un recurso judicial efectivo para aquellos que invocaban la vulneración de sus derechos constitucionales ante la Suprema Corte e incluso ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En los casos *Rosendo Radilla* y *Alvarado Espinoza* se demostró la ineficacia del juicio de amparo para atender casos de desaparición forzada. Igualmente, en el caso *Radilla*, así como en los casos *Inés Fernández*, *Valentina Rosendo* y *Montiel y Cabrera*, se comprobó que el juicio de amparo era inefectivo con el fin de cuestionar la competencia del fuero militar en casos en donde un civil había sido víctima de una presunta vulneración a sus derechos por parte de elementos del ejército.

El juicio de amparo desde entonces se ha adaptado con el fin de dar respuesta puntual a estos cuestionamientos. Tal vez la puesta al día más importante haya sido justamente la reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011, que eventualmente dio origen a lo que fue la décima época del *Semanario* del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, estas adiciones o enmiendas, si bien han resuelto las particulares situaciones que se han presentado, por sí mismas no son suficientes para cambiarle la cara al anquilosado modelo original.

El derecho internacional de los derechos humanos no será lo que termine por componer el amparo; no obstante, los cuestionamientos que vienen desde él han permitido demostrar que la institución misma no es una obra divina de sus padres fundadores, sino solamente un instrumento que tiene fallas, una obra de hombres y mujeres mortales que es necesario revisar y poner al día.

El juicio de amparo recompuesto

Entre 1716 y 1717 el compositor italiano Antonio Vivaldi compuso la que es considerada por muchos su obra más conocida: *Las cuatro estaciones*. La partitura de la obra fue publicada en Ámsterdam en 1725. Desde entonces, *Las cuatro estaciones* se ha convertido en una obra que ha sido modificada, interpretada y reinterpretada por distintos compositores y artistas. En la época moderna, en medio del predominio de la cultura pop en materia musical, *Las cuatro estaciones* ha sido trivializada a tal punto que resulta imposible escucharla sin sentirse, literalmente, en un pasillo de supermercado.

A principios del siglo XXI, el compositor Max Richter se propuso “recomponer” *Las cuatro estaciones*, obra que en sus propias palabras “había dejado de amar”. Richter, no sin dificultades, logró recomponer la obra en un tono minimalista utilizando menos de la mitad de la partitura de Vivaldi. El resultado: una obra maestra de la música clásica contemporánea aclamada por la crítica especializada y amada por el público.²

Al igual que *Las cuatro estaciones* de Vivaldi, el juicio de amparo en México, con la evolución de nuestra sociedad democrática, dejó de ser tan bueno como era antes. Este proceso histórico ha llevado a que el amparo se haya rezagado a los tiempos en los que se viven. De ahí que para que pueda funcionar en el mundo contemporáneo, el amparo debería reconstruirse a partir de estos principios básicos:

² Max Richter menciona “Como niño, me enamore de la obra, ...después, al tiempo en que me convertía en una persona musicalmente conocedora —por medio de la lectura y el escuchar mucha música— encontré difícil amar las Cuatro Estaciones. Las escuchaba en todas partes... están en todas partes. Para mí, el disco y el proyecto intentan reclamar la pieza, para enamorarse de la obra de nuevo”. National Public Radio, Max Richter Recomposes “The Four Seasons”, 21 de noviembre de 2012, disponible en: <https://www.npr.org/sections/deceptivecadence/2012/11/21/165659291/max-richter-recomposes-the-four-seasons>. *Las cuatro estaciones* recompuestas pueden escucharse en casi cualquier plataforma de streaming: Richter, Max y Vivaldi, Antonio, *Recomposed by Max Richter: Vivaldi - The Four Seasons* (audio en diversos formatos), Berlín, Deutsche Grammophon, 2012, 59 min.



- La accesibilidad y sencillez en sus normas procesales y tramitación.
- Rapidez y definitividad en su resolución.
- La posibilidad de contemplar como justiciables todos los derechos tanto de fuente constitucional como internacional, a excepción de los derechos que se encuentren ya protegidos por otro tipo de garantías judiciales similares (por ejemplo: el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano).
- La posibilidad de incluir acciones populares (en adición al interés jurídico y legítimo).
- La posibilidad de impugnar leyes en abstracto aun antes de su entrada en vigor.
- La supresión de sus causales de improcedencia.
- El privilegiar el fondo del asunto sobre la forma.
- La posibilidad de otorgar reparaciones de forma integral y estructural, según lo amerite el caso.
- Contemplar efectos *erga omnes*.
- Oficiosidad en la búsqueda de la verdad con amplias posibilidades de obtener pruebas en cualquier etapa procesal antes de que sea dictada la sentencia definitiva.
- El que el juicio de amparo no entorpezca a la justicia ordinaria.
- El que sea posible el amparo contra particulares de forma amplia, y
- El establecimiento de responsabilidad a autoridades específicas y para el Estado en su conjunto.

Dicho de otra forma, la legislación presente en la Ley de Amparo con el fin de lograr estos cometidos no debe ser incrementada ni complejizada más de lo que ya se encuentra. Por el contrario, un amparo con una legislación mínima que se pudiera fundar en estos princi-

pios desarrollados a partir de una Suprema Corte de Justicia o de un eventual tribunal constitucional con juristas capaces e independientes podría venir a cambiar la cara de los derechos en México.

Las preocupaciones expresadas en torno al juicio de amparo han cambiado muy poco desde principios del siglo XXI, señal de que las reformas que se han realizado, a pesar de que han ayudado a mejorar, siguen resultando insuficientes. En otras palabras, las reformas a la Ley de Amparo han sido el equivalente a la parábola bíblica de echar vinos nuevos a odres viejos. Al final, sin una recomposición total, es imposible que el amparo pueda funcionar conforme a los más altos estándares de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, una apuesta con aspiraciones tan altas conlleva riesgos. Una reconstrucción del amparo llevada a cabo sin inteligencia, con torpeza y en un mal momento político podría tener el efecto opuesto del que se busca y ser sumamente difícil revertirla. Al final, el futuro del amparo en gran medida seguirá estando en la clase política y en la sociedad que la elige, la cuestiona y la limita.

Podemos estar seguros de que la recomposición del amparo no sucederá en los próximos años. El problema de este escenario radica en que probablemente la inacción nos lleve a un entorno dramático e insostenible. En esos tiempos futuros e inciertos, haber hecho la tarea de reflexión sobre qué tipo de juicio de amparo necesitamos y merecemos podría ser crucial, con el doble fin de hacer avanzar la agenda de los derechos y a la vez ser capaces de defender los avances institucionales y democráticos que hemos alcanzado.

Conclusión

La idea de recomponer el amparo es contraria a la propuesta derivada del realismo mágico de Jorge Luis Borges cuando relata la ocasión en que el poeta francés Pierre Menard

reescribió *El Quijote*. *El Quijote* de Menard coincide palabra por palabra y línea por línea con las de Miguel de Cervantes; sin embargo, “el fragmentario *Quijote* de Menard [resultaba] más sutil que el de Cervantes”.

La intención no es reescribir el juicio de amparo en los mismos términos en los que se encuentra actualmente, y que sustancialmente no han variado mucho desde su creación. Tampoco es posible reparar el juicio de amparo; lo hemos intentado y no hemos tenido éxito; el único camino es la refundación. La recomposición del amparo tendría que pasar por un deliberado esfuerzo para lograr una mejora profunda, adecuada a los tiempos modernos y conforme a los estándares más altos en materia de derechos humanos, lo cual debe abarcar aspectos sustanciales y, sobre todo, formales.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011: detonante para la utilización judicial del derecho internacional en México*

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 constituyó un parteaguas para la apertura del ordenamiento jurídico mexicano hacia el derecho internacional.

Dicha reforma modificó el contenido del artículo 1o. de la Constitución de 1917 en los siguientes términos:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y 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...

Desde el punto de vista de la relación entre el derecho internacional y el derecho mexicano, la reforma tuvo por efecto elevar a los derechos humanos, reconocidos en tratados

* Elaborado por Virdzhiniya Petrova Georgieva, investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

internacionales, a un rango constitucional. Adicionalmente, la nueva redacción del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció la obligación de los órganos judiciales internos de interpretar las normas protectoras de derechos humanos, tanto internas como internacionales, de conformidad con un principio hermenéutico del derecho internacional: el principio pro persona.

Ambos cambios sirvieron de detonante para la utilización judicial del derecho internacional en México.¹

En primer lugar, después de la reforma de 2011 los tribunales mexicanos comenzaron a utilizar el derecho internacional como base legal directa para la resolución de un litigio. Así, por ejemplo, en el caso *Florence Cassez*,² la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una controversia con aplicación directa de una disposición de derecho internacional —el artículo 36-2 b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en lo relativo al derecho a la información acerca de la asistencia consular—, sin que haya sido necesario recurrir a fuentes complementarias de derecho mexicano.

En segundo lugar, después de la reforma constitucional de 2011, los tribunales mexicanos comenzaron a utilizar al derecho internacional para invalidar disposiciones contrarias de derecho interno a través del control de convencionalidad. Dicho control volvió a los jueces mexicanos garantes directos de la eficacia del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. Si el derecho internacional pudiera ser violado por el derecho interno, el primero no tendría razón de ser, y se pondría en tela de juicio su propia existencia y su capacidad de ser parte de la legalidad interna. Como lo señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1925: “existe un principio evidente, según el cual, si el Estado ha contratado obligaciones

¹ Para más detalles, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Tribunales mexicanos y tribunales internacionales: ¿complementariedad o competencia?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

² Caso *Cassez*, Amparo Directo 517/2011, 23 de enero de 2013.

internacionales válidas, éste tiene la obligación de realizar, en su legislación interna, todas las modificaciones que sean necesarias para salvaguardar su cumplimiento”.³ De igual modo, de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En el derecho mexicano, el artículo 133 de la Constitución de 1917 establece que “...Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

No obstante, antes de la reforma constitucional de 2011 los tribunales mexicanos no ejercían control de convencionalidad. Esta situación cambió radicalmente después de la reforma, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que

Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1 en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior.⁴

En tercer lugar, la reforma de derechos humanos de 2011 promovió la utilización interpretativa del derecho internacional en la jurisprudencia de los tribunales mexicanos. Aunque la base legal directa para la adopción de sus sentencias se encuentre, en la mayoría de los casos, en el derecho interno, a través de los mecanismos interpretativos, el derecho internacional influye indirectamente en el criterio de los jueces, porque aclara el significado que debe atribuirse a las disposiciones internas.

³ CPJI, *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion (ser. B) núm. 10, at 20, 21 de febrero de 1925.

⁴ Expediente Varios 912/2010.

Además de seguir utilizando los métodos establecidos en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar normas de derecho internacional, a partir de la reforma constitucional de 2011 los tribunales mexicanos comenzaron a recurrir a la “interpretación conforme”: una técnica antigua, desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desde el famoso caso *Charming Betsey* de 1804, para asegurar que las normas de derecho interno no contradigan los compromisos asumidos por los Estados en virtud del derecho internacional. Dicho mecanismo permite armonizar, en forma indirecta, las disposiciones de derecho interno con las de derecho internacional, y constituye así una alternativa, o inclusive un sustituto del control de convencionalidad. En algunos conjuntos normativos especializados del derecho internacional, por ejemplo, en el derecho de la Unión Europea, la “interpretación conforme” se ha convertido en una obligación para los jueces internos.

Lo mismo ocurrió en México gracias a la reforma constitucional de 2011. En efecto, en el mismo año, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que

...los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.⁵

A partir de estudios empíricos⁶ se puede comprobar que, por la naturaleza y los alcances de la reforma constitucional de 2011, los tres mecanismos de utilización judicial del derecho internacional antes referidos se han limitado a la interpretación y aplicación casi exclusiva de tratados de derechos humanos.

⁵ SCJN, Pleno, *Varios 912/2010*, 14 de julio de 2011, disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/RADILLA%20VARIOS%20912-2010.pdf.

⁶ Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *op. cit.*, nota 1.

Los tratados internacionales son definitivamente una fuente importante del derecho internacional y el mecanismo predilecto para la creación de derechos y obligaciones a cargo de sus sujetos primarios: los Estados soberanos; no obstante, es difícil sostener su preeminencia respecto a las demás fuentes del ordenamiento jurídico internacional.⁷ El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera otras dos fuentes formales del derecho internacional: la costumbre y los principios generales del derecho. Adicionalmente, existen varias manifestaciones contemporáneas de la normatividad internacional: actos unilaterales de los Estados, actos unilaterales de las organizaciones internacionales, sentencias de los tribunales internacionales, normas de *ius cogens* o normas de *soft law*, entre otras. Por ende, sería deseable que los mecanismos de utilización judicial del derecho internacional en México se basen en fuentes de derecho internacional distintas de los tratados internacionales. Ya existen importantes avances en este sentido. Así, por ejemplo, en sus sentencias recientes, los tribunales mexicanos han aplicado costumbre internacional,⁸ normas de *ius cogens*,⁹ e inclusive normas de *soft law*.¹⁰

Además, todavía permanecen varias áreas de oportunidad para extender el alcance material de la utilización judicial del derecho internacional en México. El derecho internacional de los derechos humanos es sólo una de las múltiples ramas especializadas del derecho internacional. El ordenamiento jurídico internacional reconoce, en la actualidad, tanto derechos

⁷ Petrova Georgieva, Virdzhiniya, "Problemas actuales del estudio analítico de las fuentes del derecho internacional y su interrelación dinámica: la preeminencia de los tratados internacionales", en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos (coord.), *Estudio interactivo de los tratados internacionales en México. Problemática, negociación y técnicas de aplicación en la sociedad internacional*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2017.

⁸ Controversia Constitucional 5/2001.

⁹ Tesis 1a. CCV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, mayo de 2014, t. I, número de registro 2006482, p. 56.

¹⁰ Amparo en Revisión 215/2014 del 16 de octubre de 2014.

como obligaciones en el patrimonio jurídico de las personas privadas (individuos y empresas). En virtud de las normas del derecho internacional penal, los individuos tienen la obligación de no cometer crímenes internacionales, bajo la pena de comprometer su responsabilidad penal internacional. Los tribunales internos de los Estados que, como México, han ratificado el Estatuto de Roma, ejercen una función complementaria a la Corte Penal Internacional para juzgar a los autores de crímenes de esta índole; adicionalmente, según el principio de “jurisdicción universal”, los tribunales internos de cualquier Estado miembro de la comunidad internacional son competentes para enjuiciar a individuos por la comisión de crímenes internacionales, sin importar la nacionalidad del autor del delito o el lugar donde se cometió. Los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo establecen derechos individuales en materia laboral y expresan principios generales del derecho laboral y de la protección social, que complementan y a veces corrigen las disposiciones del derecho interno de los Estados. Existen normas de derecho internacional de las inversiones, normas y principios de derecho ambiental internacional, e inclusive normas y principios de derecho diplomático y derecho consular que, bajo ciertas condiciones, podrían hacerse valer por personas privadas ante los órganos judiciales mexicanos.

Estas posibilidades de extender los mecanismos de utilización judicial del derecho internacional en México son sólo algunos ejemplos no limitativos de la riqueza que podrían ofrecer las fuentes del derecho internacional y de sus múltiples ramas especializadas para el quehacer de los tribunales mexicanos en su tarea fundamental de impartir justicia a los sujetos del ordenamiento jurídico interno. Todo el “efecto útil” del derecho internacional para los miembros de la sociedad mexicana depende, en última instancia, de su mayor instrumentación por parte de los jueces mexicanos.

Interpretación jurídica y la reforma constitucional del 10 de junio de 2011: el principio pro persona*

Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, introdujo herramientas hermenéuticas o de interpretación jurídicas, que han representado cambios trascendentales en la aplicación de los derechos humanos en México.

Esta reforma constitucionalizó nuevos criterios de interpretación, que tienen origen en el derecho internacional de los derechos humanos. Estos novedosos contenidos jurídicos marcaron un parangón en la interpretación jurídica desde el ámbito del derecho constitucional.

En este trabajo nos centraremos en los desarrollos y avances del principio pro persona en nuestro país, y de su utilidad como una herramienta para la interpretación normativa en materia de derechos humanos, a partir de que fue introducido en el artículo primero del texto constitucional.

* Elaborado por Roxana Rosas Fregoso, doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigadora asociada de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-ILJ/ENID; profesora de asignatura de derecho internacional privado y derecho constitucional en la Facultad de Derecho Tijuana, de la Universidad Autónoma de Baja California, roxana.rosas@unam.mx.

En este sentido, tras los cambios en los sistemas de interpretación jurídica de los derechos humanos en México y las demás modificaciones a la Constitución realizadas con motivo de la reforma multicitada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vio en la imperiosa necesidad de generar una nueva época jurisprudencial, la décima, del *Semanario Judicial de la Federación*. Desde entonces, se ha presentado un desarrollo jurisprudencial importante en materia de derechos humanos, lo que incluye al principio pro persona.

Con estas premisas, creemos importante abordar esta temática presentando como punto de partida una aproximación al principio pro persona como un mecanismo de interpretación jurídica formulado desde el prisma del derecho internacional de los derechos humanos, para después analizar, tras diez años de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, cuáles son los retos y desafíos del principio pro persona a partir de su reconocimiento explícito en el texto constitucional mexicano.

Una aproximación al principio pro persona como herramienta para la interpretación jurídica en materia de derechos humanos

Como expresamos, derivado de la reforma constitucional mencionada, se incorporó formalmente en el artículo primero del texto el principio pro persona. El segundo párrafo de dicho artículo 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*”.

Lo primero que debemos apuntar de la lectura del texto constitucional es que se trata de un principio jurídico que se aplica a las normas de derechos humanos exclusivamente; en segundo lugar, su función es interpretativa, abre la posibilidad de expandir normas o restrin-

gírlas según el ejercicio de cognición que realicen las juezas y los jueces nacionales; es decir, su aplicación está supeditada a si dichas normas resultan más o menos favorables a la persona en cada caso concreto, lo que coloca al ser humano en este escenario en el centro del accionar y contenido de las leyes; es evidente a todas luces que la protección de la persona nunca había sido tan contundente.

Es verdad que el principio pro persona tiene un nexo importante con otra figura jurídica relevante para la interpretación jurídica. Nos referimos al sistema de interpretación conforme, que excede los objetivos y la extensión de este trabajo, puesto que la interpretación conforme constituye por sí misma un canon de interpretación, que implica una serie de técnicas y una metodología para su aplicación, como ha sido señalado desde el ámbito de la interpretación jurídica.

Por su parte, el principio pro persona que nos ocupa es una institución jurídica de este hemisferio, pues tiene origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, este tribunal arribó a este concepto al resolver una consulta presentada por el gobierno de Costa Rica respecto del alcance del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Más allá del sentido de la decisión de la Corte Interamericana en cuanto al alcance de este derecho, la esencia de la consulta trataba sobre la vinculación entre los derechos humanos y las obligaciones estatales, a la luz de la exigibilidad directa de los primeros.¹

En la Opinión Consultiva 5/85, el juez Rodolfo Piza Escalante sostuvo que corresponde a la importancia de utilizar criterios de interpretación que respondan a la naturaleza particular de los derechos humanos; asimismo, precisó que “Los derechos humanos no son sólo

¹ Medellín Urquiaga, Ximena, *Reforma DH: metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, principio pro persona*, 1, México, CDHDF-SCJN-ONU, 2013, pp. 22-25.

derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento jurídico, sino que también constituyen el sustento y la finalidad de toda la estructura estatal”.²

De esta forma, cuando se trate de argumentar sobre derechos humanos, el contenido de las normas deberá interpretarse de forma extensa o expansiva, pues en su efectividad va aparejada la propia legitimidad del ejercicio del poder y de la propia Constitución.

Por su parte, Nestor Sagüés considera que el principio pro persona tiene una doble vertiente o dimensiones específicas:

En primer lugar, lo interpreta como un principio de preferencia interpretativa, según el cual, al determinar el contenido de los derechos, se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice, y cuando se trate de entender una limitación a un derecho, se deberá optar por la interpretación que más restrinja su alcance. En segundo término, lo identifica como un principio interpretado de preferencia normativa, donde en caso de controversia, las juezas y los jueces tendrán que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico.³

Es importante resaltar que la Corte Interamericana ha sustentado los contenidos del principio pro persona en el artículo 29 de la Convención Americana, que ha sido considerado como la base normativa de los principios específicos de interpretación de todos los derechos reconocidos en este tratado, y que precisamente se refiere al sentido de no limitar o suprimir el goce de los derechos humanos contenidos en la propia Convención Americana cuando éstos se interpreten.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5.

³ Sagüés, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a German J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 29-34.

El principio pro persona busca responder a la naturaleza jurídica especial de las normas de derechos humanos, y cuya interpretación siempre debe ser para la protección de las personas; en este sentido, las reglas de interpretación de los tratados (desde donde se desprende el origen de este principio jurídico) enfatizan aspectos clásicos, como la importancia de atender al objeto y fin del tratado específico para aplicar y hacer efectiva su dimensión teleológica.⁴

Hacia diez años de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, retos y desafíos del principio pro persona

Estos nuevos criterios interpretativos al interior de la Constitución mexicana han puesto de relieve el importante papel que ha desempeñado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en diez años de evolución y generación de jurisprudencia sobre derechos humanos ha establecido un bloque de constitucionalidad conformado por los derechos humanos de fuente nacional e internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en conjunto conforman el denominado parámetro de regularidad de todo el orden jurídico. Además, ha determinado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para todos las juezas y jueces del país, lo que la integra a este bloque constitucional.

El bloque constitucional favorece entonces la adaptación histórica de las Constituciones a nuevas realidades sociales y políticas, como un instrumento integrador que provee de un escenario fértil para la interpretación en un sentido amplio y protector de las normas de derechos humanos, y en esa medida esto es importante no sólo para las juezas y los jueces nacionales, sino también para las demás personas operadoras jurídicas y para las ciudadanas y ciudadanos en general, toda vez que pueden hacer uso de las normas incorporadas en el

⁴ *Supra* nota 2.

bloque constitucional como argumentos sólidos en la lucha por el reconocimiento de nuevos derechos, de la mano de la interpretación de estos derechos de forma expansiva y mayormente proteccionista, como hemos referido, a partir de la implementación del principio pro persona.

Lo anterior nos invita a repensar las formas de aplicar e interpretar el derecho a partir de criterios amplios y al mismo tiempo integradores; las personas operadoras jurídicas, de acuerdo con Brito Melgarejo, deben cambiar la idea anquilosada de jerarquía normativa por integración jurídica y de su armonización a fin de favorecer, bajo cualquier circunstancia, la protección de los derechos humanos de las personas.⁵

Conclusiones

La reforma, materia del presente trabajo, constitucionalizó nuevos criterios de interpretación, que tienen origen en el derecho internacional de los derechos humanos. Estos novedosos contenidos jurídicos marcaron, sin duda, un cambio de paradigma en la interpretación jurídica desde el ámbito del derecho constitucional, particularmente por lo que hace al principio pro persona, como una herramienta de interpretación jurídica, que se aplica a las normas de derechos humanos exclusivamente, y que coloca al ser humano en el centro del contenido de las leyes y de su protección.

Esta contribución ha puntualizado que los derechos humanos en México deben aplicarse e interpretarse a partir de criterios expansivos y al mismo tiempo integradores; como sostiene Brito Melgarejo, debemos transitar de la idea decimonónica de la jerarquía normativa

⁵ Brito Melgarejo, Rodrigo, "El principio pro persona y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXV, núm. 264, julio-diciembre de 2015, pp. 284 y 285.

hacia la integración jurídica, a fin de favorecer la protección de los derechos humanos de las personas.

México es un país con una profunda tradición que teoriza al derecho desde una perspectiva de jerarquías normativas; sin embargo, a diez años de la multicitada reforma reconocemos que hace falta difundir la metodología de ésta y otras herramientas constitucionales de interpretación jurídica, y conocer a profundidad la instrumentación y práctica de estos contenidos que son sumamente valiosos en la teoría y en la legislación, pero que se requiere de su aplicación para que sean verdaderamente efectivos y contundentes. Cuando se trata de derechos humanos, la búsqueda por su optimización es un tema ineludible e impostergable.

Fuentes

Libros

- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, “El principio pro persona y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXV, núm. 264, julio-diciembre de 2015.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Reforma DH: metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, principio pro persona*, 1, México, CDHDF-SCJN-ONU, 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en PALOMINO, José y REMOTTI, José Carlos (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a German J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

Documentos legales

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5.

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo de junio de 2011 en el cumplimiento y ampliación de los derechos indígenas*

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y amparo en México tienen como antecedente la exigencia social del reconocimiento y protección de los derechos humanos, que en el país comenzó a tener visibilidad desde los años ochenta a través de las demandas levantadas por organizaciones sociales y acciones colectivas que, cabe recordar, tuvieron como centro la exigencia del derecho a la diferencia (tal es el caso de las luchas de las mujeres, los pueblos indígenas, los grupos de diversidad sexual y de diversidad de género, migrantes, de discapacitados, etcétera). A la vez, estas reformas respondieron a la necesidad de armonizar nuestro texto constitucional con el conjunto de compromisos que, en el orden jurídico internacional, fueron signados por el Estado mexicano a lo largo del tiempo, pero también especialmente desde la década de los años ochenta.

La inclusión explícita de los derechos humanos en la Constitución es de particular relevancia para los pueblos y comunidades indígenas y otras comunidades discriminadas,

* Elaborado por Martha Singer Sochet, doctora en ciencia política por la UNAM, con especialidad en derecho constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; profesora de tiempo completo adscrita al Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1, Conacyt.

excluidas y oprimidas, entre otros motivos porque, a diferencia del enfoque de las garantías individuales que hasta entonces se privilegió, desde 2011 refiere a los derechos humanos no sólo como derechos de los individuos, sino también de las colectividades, los cuales no se otorgan, sino que deben reconocerse y hacerse valer. En ese sentido, en principio, la modificación del artículo primero de la Constitución coloca los elementos necesarios para articular de manera efectiva las normas que desde una cosmovisión propia rigen la vida de los pueblos indígenas, con aquellas que desde otra base cultural rigen para el resto de la sociedad, sin negar la especificidad cultural de las primeras, por obedecer a un orden comunitario y no individual. Además, las reformas de 2011 proporcionaron un nuevo marco para argumentar legalmente la exigencia del cumplimiento de los derechos indígenas, que al estar contenidos en el sistema jurídico internacional quedaron explícitamente reconocidos como parte de las normas nacionales precisándolas o incluso ampliándolas.

Desde su aprobación, las reformas de 2011 fueron vistas como una nueva oportunidad para avanzar hacia el ejercicio pleno de los derechos indígenas. Ciertamente, en la Constitución mexicana, ya desde 2001, el artículo 2o. incluyó un conjunto de normas específicas para los pueblos y comunidades indígenas; no obstante, las reformas constitucionales que le dieron entrada quedaron muy cortas respecto a las expectativas de las organizaciones indígenas, y particularmente de los compromisos que le antecedieron, contenidos en los Acuerdos de San Andrés firmados por el Estado mexicano con el EZLN en 1996.

La reforma en materia indígena realizada en 2001 fue considerada como minimalista, porque dejó fuera la consideración de estos pueblos como sujetos de derecho (con lo que los colocó bajo la tutela del Estado). En consecuencia, también evadió el establecimiento de mecanismos propios de estos pueblos para la impartición de justicia, así como el reconocimiento de su derecho al uso y disfrute de los recursos naturales (subordinándolos a derechos o intereses de terceros), limitando igualmente el derecho a la libre determinación. Esta reforma, en suma, reconoció algunos derechos, pero a la vez marcó límites para su ejercicio al dejar

a cada entidad federativa la posibilidad de una interpretación distinta y de legislar de manera diversa, profundizando las desigualdades entre los pueblos indígenas que habitan en distintos puntos del territorio nacional. Por ello, en su momento la reforma de 2001 fue rechazada en diez entidades federativas, donde habita cerca del 80% de la población indígena del país (Baja California Sur, Chiapas, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa y Zacatecas), así como por el EZLN, el Congreso Nacional Indígena, organizaciones y fuerzas políticas diversas, e incluso funcionarios del propio gobierno panista que la impulsó, llevando a que fuera impugnada ante los organismos internacionales defensores de los derechos humanos.

En el nuevo contexto inaugurado en 2011 se hicieron evidentes las debilidades del artículo 2o. Por ese motivo, en 2016 y 2019 se incorporaron el derecho a la autoadscripción indígena, así como la perspectiva de género, y luego, en 2021, se añadieron derechos para las comunidades de personas afrodescendientes. Sin embargo, las modificaciones no han sido sustanciales. Así, por ejemplo, el apartado A sigue señalando, a diferencia de cualquier otro artículo de la misma Constitución, que este artículo 2o. debe sujetarse a los principios generales de la propia Constitución, como si se tratara de un apéndice prescindible, y en lugar de establecer un diálogo entre los derechos individuales y los comunitarios, sigue colocando las garantías individuales por encima de los derechos colectivos. Textualmente señala en dicho apartado como derecho de los pueblos y comunidades indígenas:

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Diversos analistas y especialistas en la materia han observado que ese enunciado contradice al artículo 1o. de la misma Constitución, ya que la adopción del enfoque de los

derechos humanos obliga a reconocer la existencia de una realidad plural que no se contiene en una sola legalidad, dictada desde un solo Estado o construida desde una sola visión del mundo, sino que es un resultado dinámico, donde se reconoce la diversidad y tienen vigencia distintos órdenes jurídicos, haciendo confluír legalidades que operan en distintos espacios: locales, nacionales y transnacionales.

Desde esta perspectiva, la reforma de 2011 contribuyó a dar un giro en la manera como se comprende el derecho con consecuencias en la impartición de justicia, y da entrada a la construcción del llamado “pluralismo jurídico”, donde el Estado está llamado a reconocer la confluencia de las diferencias culturales e identitarias y la pluralidad normativa, cuya convivencia contribuye a formar un orden jurídico donde no se excluya o discrimine a alguna de las partes integrantes de la misma nación.

Es ampliamente aceptado que las reformas de 2011 enriquecieron nuestro marco jurídico estatal, pero también nutren al derecho indígena, que lejos de haber permanecido inmutable a lo largo del tiempo, se ha caracterizado por su evidente capacidad de transformarse. Apegados al marco jurídico internacional, los pueblos indígenas y las organizaciones defensoras de sus intereses hicieron suyo desde los años ochenta el discurso de los derechos humanos; se apropiaron no sólo del lenguaje de los derechos humanos, sino de los instrumentos del derecho internacional, y con ellos fundamentaron nuevas estrategias para ejercer los derechos reconocidos y ampliarlos. Los han incorporado para enriquecer sus demandas y exigencias hacia la institucionalidad estatal, así como para sus prácticas internas, tanto en sus formas de gobierno como las de aplicación de la justicia. Podría afirmarse incluso que esa perspectiva atraviesa el debate y acciones tendentes a modificar el lugar tradicionalmente asignado a la mujer dentro del orden comunitario indígena.

Mientras que por una parte se sostiene que solamente eliminando el sistema jurídico indígena puede tener cabida el respeto a los derechos de las mujeres, por otra parte, otras evidencias muestran que existe plena capacidad de los pueblos indígenas para procesar las

demandas de género, que pasan también por cuestionar las relaciones de poder y prácticas opresoras que las sostienen. Así, a lo largo del país se han multiplicado las organizaciones de mujeres indígenas (cooperativas, organizaciones de productoras, e incluso redes de organizaciones nacionales e internacionales), que con novedosas formas de participación política construyen sus demandas y sus propios horizontes de cambio.

Cumplir el mandato del artículo 1o. constitucional, sin embargo, implica también transformar relaciones de poder que subyacen a la exclusión indígena que pervive y se profundiza en nuestra sociedad. Se esperaría entonces que, a diez años de estas reformas, se hubieran sentado las bases para eliminar las barreras que históricamente han apuntalado la exclusión y desigualdad, tarea en la que muy poco se ha logrado avanzar, ya que implica tocar poderosos intereses económicos y políticos, como se ha observado, por ejemplo, cuando se dirimen los conflictos suscitados por la explotación del territorio en que se asientan los pueblos indígenas. La lucha por los derechos humanos es, al mismo tiempo, la lucha contra la desigualdad y exclusión.

Aún así, el marco normativo ha permitido sostener demandas y encontrar argumentos para resolver sentencias y avanzar paulatinamente a través de tesis aisladas y luego jurisprudencias a favor de los reclamos de los pueblos indígenas y comunidades que han acudido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en defensa de sus derechos: exigiendo el derecho a la libre determinación, la defensa de sus territorios ante proyectos de inversores que atentan contra éstos, la autonomía para el nombramiento de autoridades municipales, el derecho a ejercer de manera autónoma los recursos de las agencias municipales, el acceso a la justicia, así como de la exigencia a la realización de consultas libres, previas e informadas no sólo para recabar opiniones, sino para recoger decisiones a modo de consentimiento en términos vinculantes.

Para nutrir ese pluralismo jurídico y avanzar en las oportunidades abiertas, resulta especialmente importante discutir de manera amplia e incluyente el significado y alcance de

los derechos humanos, de manera que se reconstruya su interpretación reconociendo que la sociedad es por principio heterogénea, y, por lo tanto, que debe abrirse paso también a la pluralidad de fuentes culturales que se encuentran detrás de esas concepciones. Uno de los grandes pendientes es, entonces, abrir diálogos interculturales que renueven tanto la interpretación que el Estado hace de los derechos humanos como la que prevalece entre los propios pueblos indígenas, portadores de una cosmovisión distinta. Ello puede conducir efectivamente a alcanzar el objetivo del pleno ejercicio de los derechos indígenas en el marco de un nuevo tipo de relación con el Estado.

La efectividad de la reforma de derechos humanos de junio de 2011, una mirada a las prácticas institucionales y sociales*

Introducción

A diez años de la reforma, es muy importante concientizar sobre el impacto que ha tenido su análisis académico, puesto que esta es la única manera de visibilizar su funcionamiento. Esta opinión técnica tiene por objetivo centrarse en el término “efectividad”, ya que la mayor parte de la literatura académica se centra en otros temas igualmente importantes, como el reconocimiento de los derechos humanos, la interacción de distintos ordenamientos, como lo es el nacional y el internacional, los nuevos métodos de interpretación y la validez.

Algunos de estos análisis son derivados de una metodología descriptiva del derecho, en ocasiones de corte científicista con fuerte sentido procesal y comparativista. Otro ejemplo es la jerarquía normativa que existe entre los ordenamientos internacionales hacia con los nacionales, y viceversa.

* Elaborado por Daniel Tenorio Pérez, becario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La importancia de otros enfoques de análisis

Este tipo de análisis son fundamentales para aquellos que parten de un enfoque kelseniano, tomando de referencia conceptos como norma, obligación, coerción, etcétera. Sin embargo, este sistema puede diferir a grandes rasgos con quienes han cimentado sus estudios a partir de otros modelos, como el propuesto por H. L. A. Hart, quien parte de la adopción de reglas que reconocen lo que es y no es derecho, así como la introducción de las reglas primarias que disponen derechos y obligaciones, y las secundarias, que permiten a oficiales reconocidos introducir nuevas reglas.¹

Tal modelo podría dar lugar a nuevos análisis y ayudaría a comprender algunas prácticas institucionales, siempre y cuando se permitiera la introducción de valores constitucionales como directrices de validez inmersas en la regla de reconocimiento, tal posibilidad ha sido trabajada por el positivismo jurídico incluyente, que toma como referencia las razones públicas rawlsianas para construir una moralidad social constitucional, que siempre está en construcción.² De tal forma que las prácticas judiciales quedan al descubierto en la manera en que la ciudadanía defiende sus derechos, pero también en la manera en que las instituciones los interpretan y garantizan.

A partir de la observancia de estas prácticas, podríamos preguntarnos: ¿la efectividad de la reforma constitucional de derechos humanos es dependiente de haber reconocido una obligación estricta de cumplimiento?, ¿deberíamos considerar la manera en que las instituciones en conjunto de la sociedad llevan a la práctica la defensa de sus derechos y se crean comunes acuerdos respecto de éstos? Estas preguntas pueden dar lugar a posibles respues-

¹ Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, 3a. ed., Buenos Aires, Argentina, Abelado-Perot, 2017, p. 101.

² Waluchow, Wilfrid, "On the neutrality of Charter reasoning", en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (comps.), *Neutrality and theory of law*, Heidelberg, New York, London, Springer, 2013, pp. 214-219.

tas. Trataré de reflexionar en las próximas líneas sobre su implicación en el campo práctico y teórico, para posteriores estudios a fondo.

Si la respuesta a nuestra primera pregunta (respecto de si la norma es efectiva porque expresamente existe una obligación bajo sanción) es positiva, debemos esclarecer tres cuestiones fundamentales. Primero, cuestionarnos sobre los elementos de la norma; segundo, cuestionarnos sobre la teoría de obediencia que subyace en la reforma, y tercero, y en respuesta a la segunda pregunta, cuestionarnos sobre el sistema de adjudicación que es llevado a la práctica por el sistema judicial mexicano, así como la posibilidad real de los ciudadanos para defenderse de la arbitrariedad.

Autores como Luigi Ferrajoli³ han criticado la manera de concebir la eficacia normativa por el hecho de haber sido concebida a partir de un proceso legislativo, seguido de una obligación de cumplimiento. Para dicho autor, esto proviene de un error de unilateralidad ideológica, que coloca al concepto de validez y efectividad como sinónimos. Esto está relacionado en mayor medida con el positivismo kelseniano, que comprende a la eficacia como elemento necesario de la validez de un ordenamiento jurídico,⁴ así como a la sanción, que es la manera en que la norma coacciona a los individuos por medio de la fuerza, y a partir del miedo psicológico provocado por el castigo. Si estas características marcan la manera en que las autoridades se guían, encontraremos muchas problemáticas en la implementación de cualquier reforma.

Supongamos que se da por hecho que la reforma es efectiva porque está incluida en la Constitución. Dentro de su descripción normativa se coloca en su párrafo tercero, que “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

³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 7a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2005, p. 871.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Robles y Félix S. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, p. 23.

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”. Supongamos también que dicha obligación está fuertemente cimentada y obliga a los sujetos reconocidos por la regla a acatar la Constitución; de lo contrario, podría conllevar sanciones disciplinarias si no se cumplen tales requerimiento; además, supongamos, y con esto paso al tercer punto que quiero tocar, que la autoridad central del Poder Judicial establece reglas claras y abiertas para la adjudicación de derechos reconocidos en tratados internacionales, sin prejuicios competenciales ni jerárquicos. Esto suena bien, para un mundo ideal donde hay un Estado de derecho fuertemente comprometido con los derechos humanos; sin embargo, la realidad es muy diferente, porque la generalidad de la reforma puede dar pauta a una mala aplicación e interpretación o sólo una adopción en papel.

Luigi Ferrajoli ha llamado a este tipo de adopciones formales “falacias garantistas”, que han inducido a que los juristas creen que la mera adopción de una reforma que integre a los derechos humanos se convierte en automático en la realidad del sistema político y social en el que se vive.⁵

La incidencia de las prácticas sociales e institucionales en el concepto de efectividad

Sin embargo, esto no es así, ya que una obligación que impone directrices de conducta no se ejecuta en automático, pues detrás de cada sistema legal hay una estructura institucional que lo hace funcionar; ya lo mencionaba Hart, los modelos predictivos de miedo psicológico o sanción oscurecen la función de la norma, ya que no es el único elemento a considerar, porque existen otros, que explican la manera en que los miembros de la sociedad

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 941.

aceptan las reglas y las integran a su vida social, o, en su caso, las rechazan; esto, en pocas palabras, es considerar el punto de vista interno como un elemento importante de efectividad.

Si comenzamos a mirar las prácticas institucionales y sociales buscando la manera en la que los agentes estatales están facultados para reconocer y aplicar normas, así como en la manera en que los ciudadanos acuden a los tribunales, podríamos llegar a cuestionarnos respecto de los modelos de adjudicación de derechos.

Por poner un ejemplo, los funcionarios públicos, a diferencia de la ciudadanía, están sometidos al principio de legalidad, que fija lo que pueden y no pueden hacer; así, por ejemplo, los operadores judiciales a quienes se les limita la facultad de realizar control de convencionalidad o constitucionalidad para determinadas materias,⁶ o, en su caso, para determinadas autoridades,⁷ ¿acaso un ciudadano podría reclamar la indefensión de sus derechos cuando el Estado ha limitado facultativamente al juez a hacerlo?, ¿acaso la autoridad judicial central ha permitido a las autoridades de menor jerarquía ejercer su interpretación con base en la Constitución, saliéndose de los parámetros fijados por las cortes supremas?

Por lo anterior, la reforma no puede sostenerse en un mero entramado legal y en un análisis descriptivo; al contrario, debe existir un interés constante en los contextos sociales y políticos, así como en las prácticas institucionales y sociales. Partiendo de valores centrales que nos permitan construir acuerdos comunes del significado y el alcance de la reforma, con el fin de esclarecer los estándares de aplicación de la misma e iniciar una revisión a los modelos de adjudicación judicial, identificando los obstáculos que impiden a los operadores, utilizar instrumentos de protección de derechos, como pueden ser el control de constitucionalidad y convencionalidad.

⁶ Tesis 2a./J. 56/2014 (10a.), *Gaceta S. J. F.*, 10a. Época, 2a. Sala, libro 6, mayo de 2014, t. II, p. 772.

⁷ Amparo Directo en Revisión 1640/2014. 13 de agosto de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez y Jaime Daniel Murrieta Zavaleta.

De tal manera que podamos analizar el grado de aplicación permitido a los jueces en la tarea de interpretar y aplicar el artículo 1o. constitucional, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunado al grado de fuerza institucional que contiene la decisión judicial en un contexto determinado. Esto puede dar luz a la manera en que la reforma constitucional de derechos humanos está siendo entendida y aplicada en distintos ámbitos jerárquicos y competenciales, como pueden ser las autoridades estatales o municipales.⁸

Esta cuestión no sólo involucra la actuación estatal, sino también el empoderamiento ciudadano. Autores como Norberto Bobbio han clarificado esta cuestión mencionando que en la mayoría de las teorías jurídicas y políticas han sido centradas desde la visión de quien ostenta el poder institucional en contraposición de la ciudadanía.⁹ Una reforma realmente comprometida con los derechos humanos obligará a las autoridades a crear medios de protección realmente efectivos que doten a las personas de una la posibilidad real de defensa ante actos tiránicos o injustos. Wilfrid Waluchow, de manera similar, menciona que una teoría que esté vinculada a una fuerte carga de moralidad política reconocida a la Constitución debe abrir la posibilidad de petitionar cambios al derecho que puedan resultar violatorios de sus principios.

Para el caso mexicano se torna difícil, puesto que existen grandes obstáculos para el acceso a la justicia. Un ejemplo de ellos es la gran cifra de amparos en materia administrativa desechados en la Ciudad de México en 2017; José María Soberanes¹⁰ indicó que el número de amparos desechados se calcula en un 59.7%, y eso que estamos hablando de quienes

⁸ Waluchow, Wilfrid, *Positivism jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 52.

⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, 3a. ed., trad. de Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello, España, Editorial Trotta, 2009, p. 276.

¹⁰ Soberanes Díez, José María, "El amparo está diseñado para que los ciudadanos pierdan", *El Universal*, 6 de junio de 2018.

tuvieron la posibilidad de asesorarse con un abogado, que muy seguramente cobró honorarios no tasados, lo cual contribuye a ser otro problema fáctico para el acceso a la justicia.

Aunado a estos problemas se agregan otros, como la calidad de la representación legal, el corporativismo judicial, la ausencia de independencia judicial, tanto interna como externa, de los jueces, la desigualdad económica de las partes, la falta de voluntad política, la falta de jueces respecto de cada determinado número de habitantes, la violación estructural de derechos humanos por parte del sector privado. Dichas problemáticas no se solucionan simplemente determinado si existe o no derecho, sino que se necesita una base institucional diseñada en estándares valorativos, como los derechos humanos, que permita a las autoridades actuar con la finalidad de excluir actos contrarios a éstos.

Conclusión

En conclusión, la efectividad de cualquier instrumento legal o constitucional es un fenómeno complejo que necesita un análisis a fondo de los contextos donde se desarrollan. La mera descripción normativa no es suficiente para dar una respuesta satisfactoria a la amplia problemática que representan los derechos humanos, sobre todo en países como México, donde las cifras negras de violencia y la violación estructural de los derechos humanos ha tomado lugar. Por lo tanto, la reforma no debe ser concebida como una instrumento estático y pétreo, sino como instrumento dinámico y siempre en movimiento, lleno de posibilidades para solucionar las graves problemáticas que aquejan al país.