

Diez años de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011: los derechos humanos en México, perspectivas desde la frontera norte

Roxana ROSAS FREGOSO

Coordinadora



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL
DEL 10 DE JUNIO DE 2011: LOS DERECHOS
HUMANOS EN MÉXICO, PERSPECTIVAS
DESDE LA FRONTERA NORTE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 373

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Rosa María González Olivares
Cuidado de la edición y formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Optimización de imágenes y elaboración de portada

DIEZ AÑOS DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DEL 10 DE JUNIO
DE 2011: LOS DERECHOS HUMANOS
EN MÉXICO, PERSPECTIVAS
DESDE LA FRONTERA NORTE

ROXANA ROSAS FREGOSO
Coordinadora



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2022



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: 10 de junio de 2022

DR © 2022. 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 en trámite

CONTENIDO

Prólogo	XI
Roxana ROSAS FREGOSO	
Juan VEGA GÓMEZ	
Agradecimientos	XV

PRIMERA PARTE

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA NORTE

CAPÍTULO PRIMERO

La sociedad civil litigante en Baja California y su política sobre la defensa de los derechos humanos de las personas en procesos de movilidad.	3
Graciela ZAMUDIO CAMPOS	

CAPÍTULO SEGUNDO

Constitucionalidad de las leyes migratorias de las entidades federativas, el caso de Baja California.	21
Roxana ROSAS FREGOSO	

CAPÍTULO TERCERO

Detenciones arbitrarias de deportados que habitan las ca- lles de Tijuana.	35
Juan Antonio del MONTE MADRIGAL	

SEGUNDA PARTE
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,
CULTURALES Y AMBIENTALES

CAPÍTULO CUARTO

- El derecho a un medio ambiente sano ante problemas ambientales binacionales en la región fronteriza Tijuana-San Diego 57
Gloria Stephanie ESPARZA PUENTE

CAPÍTULO QUINTO

- El agua en Baja California como derecho, bien público y la gestión 73
Michell ÁLVAREZ LÓPEZ

CAPÍTULO SEXTO

- Derechos económicos, sociales y culturales: un recorrido histórico y datos para Baja California 87
Araceli ALMARAZ ALVARADO

TERCERA PARTE
DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHO INTERNACIONAL

CAPÍTULO SÉPTIMO

- La llegada tardía de la reforma constitucional en derechos humanos a Baja California 107
Elizabeth Nataly ROSAS RÁBAGO
Laura Alicia CAMARILLO GOVEA

CAPÍTULO OCTAVO

- Consideraciones sobre derechos humanos en Baja California: a una década de la reforma constitucional de 2011 123
Carlos Ariel LIM ACOSTA

CUARTA PARTE
REFORMA CONSTITUCIONAL
E IGUALDAD DE GÉNERO

CAPÍTULO NOVENO

- Factores sociales de la igualdad y equidad de género frente a la similitud de condiciones y circunstancias de un hombre frente a una mujer y de una mujer frente a un hombre . . . 141
Javier PALACIOS XOCHIPA

CAPÍTULO DÉCIMO

- Derecho a la “igualdad” de género en Baja California a diez años de la reforma constitucional 151
Luz Berthila BURGUEÑO DUARTE

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

- Matrimonio entre personas del mismo sexo, hacia la igualdad de derechos civiles en Baja California 171
Cinthya Erika GÓMEZ TAGLE BRAVO

QUINTA PARTE
GRANDES RETOS DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN EL SIGLO XXI

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

- Los pueblos indígenas en Baja California: el derecho a tener derechos, el gran desafío 187
Saúl RAMÍREZ SÁNCHEZ

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

- Revisión crítica a los fundamentos de los derechos humanos:
un reto pendiente a diez años de la reforma constitucio-
nal de 2011 205
Eduardo Elías GUTIÉRREZ LÓPEZ

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

- A diez años de la reforma constitucional el desafío sigue sien-
do hermenéutico y argumentativo 217
Jesús Antonio CAMARILLO

PRÓLOGO

Diez años de la reforma constitucional del 10 de junio del 2011: los derechos humanos en México, perspectivas desde la frontera norte es resultado de los trabajos realizados en el Seminario del mismo nombre, organizado por la Estación Noroeste de Investigación y Docencia del IIJ-UNAM, el 18 y 19 de mayo de 2021, donde se congregaron especialistas de diversas disciplinas jurídicas para analizar el desarrollo, efectividad y problemáticas regionales relevantes en torno a los derechos humanos en la frontera norte de México.

Al ser la Estación Noroeste parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la UNAM, acoge los principios de que dicha labor de investigación y docencia tiene como propósito rector atender los problemas nacionales y brindar soluciones desde el derecho.

Con un enfoque plural y multidisciplinario, la presente obra tiene como propósito sumar esfuerzos en la investigación jurídica en la región noroeste del país en materia de derechos humanos, particularmente respecto del estado de Baja California y estados vecinos.

El Seminario se conformó por cinco mesas temáticas, las cuales son los mismos ejes que componen las partes del presente trabajo, a saber: 1) “Migración y derechos humanos en la frontera norte”; 2) “Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”; 3) “Derecho constitucional y derecho internacional”; 4) “Reforma constitucional e igualdad de género”, y, finalmente, 5) “Grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI”.

En relación con la primera parte, “Migración y derechos humanos en la frontera norte”, se realizó una revisión de las dinámicas migratorias en sus diferentes aristas, principalmente sobre los municipios de Tijuana y Mexicali, lo que incluyó temáticas como las violaciones hacia los derechos humanos de las personas

migrantes, el impacto de la participación de la sociedad civil organizada en el desarrollo y eficacia de sus derechos a través del litigio estratégico, las normas jurídicas locales migratorias y la detención arbitraria de este sector poblacional; en esta parte participaron Graciela Zamudio Campos, Roxana Rosas Fregoso y Juan Antonio del Monte Madrigal.

En cuanto a la segunda parte, “Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, se dio tratamiento a problemáticas regionales subsumidas a esta categoría de derechos humanos, como lo referente al estrés hídrico en el estado de Baja California, la contaminación ambiental binacional, los derechos sociales y sus garantías y los derechos económicos en su dimensión fronteriza; colaboraron en este apartado, Gloria Esparza Puente, Michell Álvarez López y Araceli Almaraz Alvarado.

La tercera parte, “Derecho constitucional y derecho internacional”, pone de relieve la necesidad de una revisión profunda de las adecuaciones constitucionales que se han realizado en el texto de la Constitución local en Baja California y de las que restan por incluirse; adicionalmente, el análisis del derecho internacional y su armonización en el ámbito local resultan preeminentes tras diez años de la reforma constitucional multicitada; participaron Laura Camarillo Govea, Nataly Rosas Rábago y Carlos Ariel Lim Acosta.

La cuarta parte, “Reforma constitucional e igualdad de género”, abordó los desarrollos legislativos locales a partir de las experiencias en la región noroeste del país, sobre las estrategias implementadas para incorporar temas relativos a la igualdad de género, incluidos en la reforma constitucional, sus consecuencias y los desafíos que de ella emergen; brindaron sus aportaciones, Javier Palacios Xochipa, Luz Berthila Burgueño Duarte y Cinthya Erika Gómez Tagle Bravo.

Finalmente, la quinta parte, “Grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI”, reúne líneas temáticas que engloban aspectos como la protección de la población étnica en la región (pueblos indígenas originarios de la entidad federativa de Baja California) y otras minorías; la consolidación de los derechos y sus garantías constitucionales en el espacio local; la universalidad y progresividad

de los derechos humanos a la luz de la realidad del siglo XXI y los problemas de la argumentación jurídica, con un enfoque en recursos hermenéuticos constitucionales, como el principio pro persona en el ámbito de los derechos humanos; en esta parte final participaron Saúl Ramírez Sánchez, Eduardo Elías Gutiérrez López y Jesús Antonio Camarillo.

La Estación Noroeste presenta este libro con la intención de dar frente a la diversidad de problemas jurídico-sociales que acontecen en el universo de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Lo anterior, con la idea de continuar con el debate riguroso que esperamos se traduzca en la propuesta de soluciones concretas.

Roxana ROSAS FREGOSO
Juan VEGA GÓMEZ

AGRADECIMIENTOS

Al doctor Juan Vega Gómez, jefe de la Estación Noroeste de Investigación y Docencia “Héctor Felipe Fix- Fierro” (ENID), por el apoyo brindado para la realización de este libro, así como al doctor Pedro Salazar Ugarte, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por la visión de potenciar la investigación jurídica en la región noroeste del país.

PRIMERA PARTE
MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS
EN LA FRONTERA NORTE

CAPÍTULO PRIMERO

LA SOCIEDAD CIVIL LITIGANTE EN BAJA CALIFORNIA Y SU POLÍTICA SOBRE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS EN PROCESOS DE MOVILIDAD*

Graciela ZAMUDIO CAMPOS**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Retos de las personas en contexto de movilidad en materia de acceso a la justicia y los procesos jurisdiccionales.* III. *La reversión de la carga de la prueba en el juicio de amparo.* IV. *Un patrón de conducta de vulneración de los derechos humanos como acto reclamado en el juicio de amparo.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Las aportaciones argumentativas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) han sido materia

* Las personas en procesos de movilidad tienen diversas clasificaciones; como concepto comprende una variedad de causas y características de sus contextos, tales como la temporalidad de su condición, si son víctimas de desplazamiento interno o internacional, etcétera; además, comprende a las personas migrantes que buscan un mejor estilo de vida (migrantes económicos), víctimas de desplazamiento interno forzado, personas solicitantes de asilo y sujetas de protección internacional; *cf.* SCJN, *Protocolo para juzgar casos que involucren personas migrantes y sujetas de protección internacional*, mayo de 2021, pp. 11-16, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021/06/Protocolo%20para%20juzgar%20casos%20que%20involucren%20personas%20migrantes.pdf>.

** Fundadora y directora general de la organización de la sociedad civil Alma Migrante A. C.; graciela.zamudio@almamigrante.org

de capacitación intensiva dirigida a los miembros del Poder Judicial de la Federación y diversos sectores operativos del derecho, después de que el caso del señor Rosendo Radilla contra México dio paso no sólo a un proceso de recepción judicial de la jurisprudencia interamericana,¹ sino también a una reforma constitucional en materia de derechos humanos en la que se procura institucionalizar la mayor protección de los derechos de las personas.²

En las sentencias que ha dictado contra México a lo largo de esta década, la Corte IDH ha abordado reiteradamente temas de violencia de género institucional, tortura e investigaciones defectuosas o ausentes que generan impunidad. Diversas perspectivas de las mencionadas violaciones lamentablemente siguen ocurriendo en nuestra realidad a través del tiempo, revelando que no se trata de sucesos aislados, sino más bien cotidianos, que se extienden en el territorio y en el tiempo.

Pueden ser el resultado de sistemas de culturalización institucional³ que no han logrado ser modificados a pesar de la dirección que el artículo 1o. constitucional establece para todas las autoridades en nuestro país a partir de la reforma. En todos los casos de México en que la Corte IDH ha dictado sentencia, las violaciones han ocurrido a víctimas que forman parte de grupos en situación de vulnerabilidad e interseccionalidad.

¹ García R., Sergio y Morales S., Julieta, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2013, p. 93, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n29/n29a6.pdf>.

² Zamudio C., Graciela, SCJN, participación en el Seminario Internacional Itinerante, celebrado en Tijuana, Baja California, *55 Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México: “Derecho nacional e internacional, desafíos compartidos”*, México, diciembre de 2017, pp. 459-469.

³ Sosa-Silva, Gabriela Alejandra y Juárez-Toledo, Camerino, “Culturalización en derechos humanos y democracia, para mejorar la autodeterminación política”, *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2015, pp. 7-29, disponible en: <file:///Users/Graciela/Downloads/Dialnet-CulturalizacionEnDerechosHumanosYDemocraciaParaMej-6222482.pdf>

Es en esta comprensión del contexto mexicano de derechos humanos en que su vulneración ocurre como regla general que el tribunal interamericano ha determinado normas cuyo impacto ha sido poco explorado en la práctica litigiosa en nuestro país. En este capítulo analizaremos algunas de las propuestas que la organización bajacaliforniana Alma Migrante A. C. ha desarrollado en juicios de amparo contra violaciones a derechos humanos, típicas en la región en la que opera, a partir de las aportaciones argumentativas del tribunal interamericano.⁴

Nos referiremos a los retos que enfrenta la población migrante en materia de acceso a la justicia, particularmente en tratándose de procesos jurisdiccionales, para después explicar los juicios en que la organización ha planteado la aplicación de estándares interamericanos establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH, específicamente en temas como la reversión de la carga probatoria y un patrón de conducta como acto reclamado en el juicio de amparo, como resultado de observar la realidad de nuestro país y la cotidianidad de las violaciones a derechos humanos que ésta presenta.

II. RETOS DE LAS PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LOS PROCESOS JURISDICCIONALES

Las víctimas de violaciones a derechos humanos que desconocen esta información, además, suelen formar parte de grupos en interseccionalidad,⁵ tales como la población en contexto de movilidad, lo cual significa que de antemano sufren diversos grados

⁴ Este abordaje se realiza tomando como caso de estudio la labor litigiosa de la organización Alma Migrante A. C. sobre la cual se comparten detalles limitados con el consentimiento de su Consejo Directivo. Se transparenta, asimismo, que la autora ha participado como abogada *senior* y líder del área de litigio que planteó los casos que se citan y se analizan.

⁵ La llamada discriminación compuesta o interseccional generada con motivo de más de una característica que puede ser motivo de discriminación, las cuales requieren ser analizadas en su conjunto para incorporar los estándares de protección

de discriminación acumulada, que a veces es de carácter institucional o estructural.

La falta de campañas de difusión en el estado de Baja California y en las demás entidades federativas por parte de las autoridades de los tres órdenes de gobierno sobre los derechos de las personas en procesos de movilidad⁶ es una circunstancia de discriminación adicional que se suma a las múltiples causas por las que se encuentran viviendo en un estatus jurídico de fantasma, impedidos no sólo para ejercer sus derechos, sino también para defenderlos. Y es que para tener pleno goce de los derechos humanos es indispensable conocerlos y contar con información sobre cómo ejercerlos y sobre cómo acceder a la justicia en los casos en que su defensa se haga necesaria.

Ante todas las amenazas que la población en movilidad teme que surjan de tomar acción para el ejercicio y defensa de sus derechos, requieren de un nivel de certeza superlativo sobre los procesos que deben llevar a cabo para hacerlo en forma segura.⁷

Lamentablemente, en la región en la que opera Alma Migrante A. C. existe una crisis de acceso a la información de la cual es víctima no solamente esta población, sino también las autoridades con quienes tienen interacción y, sobre todo, la población en general.⁸ Como resultado, la mayor parte de la población no conoce

de derechos humanos, y así identificar las entidades de las vulneraciones y los modos más adecuados de repararlas. Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar...*, cit., pp. 21-24.

⁶ OMADES *et al.*, *La respuesta de los defensores de derechos humanos de personas en movilidad ante la pandemia de COVID19: la experiencia desde Baja California*, disponible en: <https://www.colef.mx/evento/la-respuesta-de-los-defensores-de-derechos-humanos-de-personas-en-movilidad-ante-la-pandemia-de-covid19-la-experiencia-desde-baja-california/?fbclid=IwAR0f38ctspKonBv-1f7TCb0KcG6g7tCLLDuxf2Wc7R1nbyDeSQ6vHw06b3DY>.

⁷ *Idem.*

⁸ En la suspensión definitiva resuelta el 14 de diciembre del 2018 en el juicio 1597/2018 de *Alma Migrante A. C. vs. El presidente municipal de Tijuana y otras autoridades*, el juez primero de distrito en materia de juicios federales y amparo ordenó al presidente municipal de Tijuana que brindara información completa y correcta sobre los derechos de las personas migrantes a las autoridades municipales, así como a los migrantes en la ciudad y a la población en general, haciendo hincapié en los derechos a la asistencia humanitaria, la asistencia legal y el derecho a solicitar refugio.

el contenido de los derechos de los grupos en procesos de movilidad, ni cómo identificar cuándo éstos son vulnerados, o cómo ejercerlos y defenderlos cuando se ven violentados.⁹

Identificado el mayor obstáculo que presenta el acceso a la justicia para la población en contexto de movilidad, es importante considerar que la comunidad de actores dedicados a la defensa de sus derechos mediante litigio es muy reducida en la región, ya que si bien la Defensoría Pública Federal atiende casos en orientación, asesoría y representación,¹⁰ y algunas organizaciones nacionales se encuentran realizando labor litigiosa que ha impactado en el estado,¹¹ la capacidad de incidencia de las asociaciones civiles locales que brindan servicios humanitarios se encuentra en proceso de consolidación.¹²

Es cierto que el juicio de amparo admite que sea presentado por cualquier persona, independientemente de si cuenta o no con apoyo jurídico; sin embargo, es claro que ante el alto grado de tecnicismo que le caracteriza, la población migrante no sólo se encuentra prácticamente excluida de su acceso, sino que, de accionarlo, su posición

Esta determinación permanece sin ser cumplida a la fecha de esta publicación. La resolución está disponible en: <https://almamigrante.org/la-suspension-1597-2018/>.

⁹ CAVAC A. C. y Alma Migrante A. C., “Reporte de investigación documental inicial”, México, Baja California, marzo de 2020, y “Reporte de investigación de campo «Conocimiento de los derechos y obligaciones de las personas migrantes»”, marzo de 2020.

¹⁰ Instituto Federal de Defensoría Pública, Consejo de la Judicatura Federal, *Informe 2018-2019*, p. 38, disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2019-09-10-1/assets/documentos/Informe_2018_2019_defensoria_publica.pdf

¹¹ Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho *et al.*, *Informe sobre los efectos de la pandemia de COVID-19 en las personas migrantes y refugiadas, violaciones a derechos humanos documentadas por organizaciones defensoras y albergues en México*, pp. 76-110, disponible en: https://almamigrante.org/wp-content/uploads/2020/10/INFORME-FINAL-MIGRACION%CC%81N-Y-COVID-23SEP-2_compressed.pdf

¹² Paris P, Dolores (coord.) *et al.*, *Informe migrantes haitianos y centroamericanos en Tijuana, Baja California, 2016-2017. Políticas gubernamentales y acciones de la sociedad civil*, México, Baja California, mayo de 2018, pp. 57-70, disponible en: <https://www.colef.mx/estudiosdecolef/migrantes-haitianos-y-centroamericanos-en-tijuana-baja-california-2016-2017-politicas-gubernamentales-y-acciones-de-la-sociedad-civil/>.

frente a las autoridades responsables de los actos de autoridad que vulneran su esfera jurídica es de desigualdad procesal, en cualquier caso.

Es por estas razones que la población migrante en la región tiene un acceso muy limitado a la justicia mediante los procedimientos jurisdiccionales, sin obviar que ante su precaria situación tampoco acceden con regularidad a la representación legal que brinda el sector privado, sobre todo en aquellos casos federales cuya competencia es propia de la materia migratoria como una rama del derecho administrativo.

III. LA REVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL JUICIO DE AMPARO

Una de las aportaciones argumentativas más valiosas de la Corte IDH se encuentra en la sentencia del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en la que el tribunal internacional indicó que es responsabilidad del Estado demostrar en juicio que sus actos son respetuosos de los derechos humanos de las personas.¹³

En el capítulo de análisis de las evidencias presentadas por las partes, la Corte IDH despliega una serie de determinaciones en torno a la conducta procesal de los agentes que representan al Estado mexicano en el juicio.

La Corte IDH plantea que es el Estado quien cuenta con los medios para aclarar los hechos ocurridos en su territorio, de modo que si bien es cierto que la parte demandante tiene la carga de la prueba de los hechos en que funda su alegato, es inadmisibles que su imposibilidad para presentar tales pruebas abone a la defensa del Estado en perjuicio de las víctimas de violaciones a derechos humanos.¹⁴ Veamos, ante la omisión del Estado mexicano de proveer

¹³ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 79, 80, 89, 92 y 119, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

¹⁴ *Ibidem*, pp. 89, 92 y 119.

copia de la averiguación previa correspondiente al caso de la víctima, que la Corte IDH le solicitó, el tribunal internacional decidió ingresar al acervo probatorio para su valoración la lista de responsables presentada por los representantes de las víctimas con base en su comprensión del contenido de la averiguación previa.

La Corte IDH determinó que correspondía al Estado desvirtuar el valor probatorio de la mencionada documental, precisamente mediante una prueba que omitió aportar a pesar de que solamente el Estado podía traerla al juicio.¹⁵

Además, la Corte señaló que es inadmisibles la defensa del Estado que se sustenta sobre la imposibilidad de la víctima de allegar pruebas a los jueces, porque, en muchos casos, tales evidencias no pueden obtenerse sin la cooperación de las autoridades, ya que son quienes tienen el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio y jurisdicción, aun cuando existan restricciones legales que son únicamente válidas en el ámbito nacional y no en el internacional.¹⁶

Indicó la Corte IDH que en los procesos sobre violaciones a derechos humanos, la negativa del Estado de aportar evidencias en el juicio no puede operar en perjuicio para las víctimas y, consecuentemente, decidió tener por ciertos los hechos que solamente podían desvirtuarse mediante las evidencias que el Estado decidió no presentar. Precisó que si bien las víctimas tienen la carga originaria de la prueba en que se funda su alegato, la imposibilidad que tenga para demostrar la vulneración a sus derechos humanos no es admisible para relevar a la autoridad de aportar las pruebas que demuestren que fueron respetados.¹⁷

Estos argumentos de la Corte IDH son susceptibles de ser planteados en juicios de amparo iniciados con motivo de violaciones a derechos humanos. Han sido presentados por la organización en cita en juicios de amparo en que controvierte patrones

¹⁵ *Ibidem*, párrafos 78-80.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 89.

¹⁷ *Ibidem*, párrafos 92 y 119.

de persecución de la población migrante por parte de la Guardia Nacional, y de discriminación en derechos a la salud y a la vida en el contexto de pandemia, así como también con motivo de detenciones arbitrarias.

La finalidad de hacer este planteamiento a los jueces es cambiar la conducta procesal de las autoridades responsables en el juicio de amparo, que tradicionalmente se ha reducido a negar los actos reclamados y, en la medida de lo posible, omitir aportar documentación que clarifique los hechos que justifican el alegato de la parte quejosa.

Es cierto que conforme a la jurisprudencia mexicana, la negativa de los actos expresada por las autoridades no necesariamente lleva al sobreseimiento en el juicio de amparo, porque es indispensable analizar la naturaleza del acto reclamado.¹⁸ Sin embargo, la práctica del litigio ha delineado una tendencia de resolver sobre la certeza de los actos reclamados basados únicamente en el principio de que quien afirma debe probar, lo cual resulta un criterio insuficiente cuando se trata de acreditar violaciones a derechos humanos, como vimos en la sentencia interamericana estudiada.

Esta propuesta es una oportunidad para romper la automatización que la práctica judicial ha generado respecto de la carga de la prueba, con base en esas aportaciones novedosas de la Corte IDH.

Afortunadamente no existe norma en la Ley de Amparo ni en la Constitución que indique que ante la negativa que sobre el acto reclamado exprese la autoridad se le puede excluir de su deber de aclarar los hechos que ocurren en su territorio. Asimismo, en nuestra Constitución federal no existe un precepto que contraría la construcción argumentativa de la Corte IDH que se ha expuesto, de manera que es posible promover la aplicación de un estándar mayor de protección de derechos humanos derivado de la jurisprudencia interamericana.¹⁹

¹⁸ Tesis 1a./J. 49/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 49, t. I, diciembre de 2017, p. 386.

¹⁹ Tesis 1a./J. 29/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 17, t. I, abril de 2015, p. 240.

Por el contrario, de adoptar este criterio los jueces estarían ape-
gados en mayor medida a la determinación del artículo 117 de
la Ley de Amparo, en cuyo párrafo quinto se establece la obligación
de las autoridades responsables de aportar copia certificada de las
constancias que apoyen el contenido del informe, incluso cuando
se alegue sobre la procedencia del juicio.

La obligación prevista en ese artículo hace sentido con las apor-
taciones argumentativas de la Corte IDH sobre la carga de la prue-
ba y la posibilidad de su reversión a las autoridades responsables
de violaciones a derechos humanos, por la sencilla razón de que
son las únicas con el control de los medios para aclarar lo ocurrido
en su territorio. Resolver de esta forma remediaría en gran medida
el desbalance procesal que las víctimas de violaciones a derechos
humanos tienen respecto a las autoridades en el juicio de amparo,
sobre todo cuando son parte de grupos en interseccionalidad.

Igualmente, resulta limitada la interpretación en el sentido
de que quien niega sólo está obligado a probar cuando la negación
envuelva la afirmación expresa de un hecho, conforme al artículo
82 del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que la aplica-
ción supletoria de esta normatividad no está justificada en virtud
de que regula relaciones procesales entre iguales, mientras que la
Ley de Amparo regula la relación procesal entre la víctima de viola-
ciones a derechos humanos y las autoridades, que la Corte IDH ha
identificado como desigual. En este último ordenamiento no se
prevé tal norma, consideramos, porque no debe excluirse la posi-
bilidad de que el acto que la parte quejosa afirma solamente es sus-
ceptible de ser probado por la autoridad, hipótesis analizada en la
jurisprudencia interamericana.

En una próxima etapa de recepción de la jurisprudencia intera-
mericana, la jurisprudencia mexicana puede evolucionar adoptando
el criterio de que cuando se acusa la violación de derechos humanos,
especialmente de las personas en interseccionalidad, la autoridad
está obligada a aclarar los hechos que ocurrieron en su territorio
porque es la única parte en el juicio de amparo con el control de los
medios para hacerlo.

Esta es una de las estrategias que la organización Alma Migrante A. C. y su codemandante Fundación Regalando Amor A. C.²⁰ han planteado al Poder Judicial de la Federación en juicios contra la Guardia Nacional y su patrón de persecución de migrantes,²¹ cuya resolución aún permanece pendiente. Un análisis de la realidad en forma más auténtica revela la desigualdad estructural que existe entre el Estado y sus víctimas en materia de ofrecimiento de evidencias y cómo la repartición de las cargas procesales debe obedecer a criterios que permitan eliminarla en la medida de lo posible.

IV. UN PATRÓN DE CONDUCTA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO ACTO RECLAMADO EN EL JUICIO DE AMPARO

La interseccionalidad propia de la población migrante la sitúa en un riesgo de discriminación estructural, que pone de manifiesto la necesidad de que el Estado mexicano despliegue acciones afirmativas en atención a su deber de garantizar el goce pleno de sus derechos, como lo prevé el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lamentablemente, en lugar de adoptar medidas que provean a la prevención de la violación a sus derechos humanos, a menudo observamos que las autoridades actúan en una suerte de tolerancia estructural de su afectación, e incluso en la orquesta cuya coordinación y desempeño resultan precisamente en la violación a sus derechos.²² Esta es una lectura que la jurisprudencia de la Corte IDH ha

²⁰ Organización de la sociedad civil bajacaliforniana en defensa de los derechos de las personas en situación de movilidad; es uno de los más emblemáticos albergues para familias migrantes en la ciudad de Tijuana y primer albergue en promover juicio de amparo por interés legítimo contra la Guardia Nacional en el estado de Baja California en colitigio con Alma Migrante A. C., en 2019.

²¹ Expediente de Juicio de Amparo 885/2019, *Fundación Regalando Amor A. C. y Alma Migrante A. C. vs. La Guardia Nacional y otras autoridades*.

²² *Cfr.* Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho *et al.*, *Informe sobre los efectos de la...*, *cit.*, y OMADES *et al.*, *La respuesta de los defensores de derechos...*, *cit.*

delineado tratándose del derecho a la igualdad y no discriminación, puesto que los grupos en vulnerabilidad e interseccionalidad requieren de una protección especial para lograr su estándar óptimo de protección en los escenarios de exclusión estructural institucionalizados e identificables como patrones de conducta.²³

La lectura de las demandas²⁴ de la organización Alma Migrante permite identificar una labor de concientización del Poder Judicial de la Federación sobre el contexto en que la población en situación de movilidad vive en el estado de Baja California. Entre las circunstancias que llaman la atención encontramos la desinformación de las personas en contexto de movilidad sobre sus derechos, sobre cómo ejercerlos y sobre cómo defenderlos, y qué les afecta como población en interseccionalidad; esta desinformación en los mismos temas afecta también a las autoridades y a la población en general. Se requiere la colaboración binacional entre México y Estados Unidos para evitar que las personas solicitantes de asilo lleguen a la frontera norte mediante diversos sistemas de persecución, así como evitar la tolerancia estructural de la ilegalidad de las detenciones arbitrarias que sufre la población migrante en la ciudad de Tijuana.

La demostración de los contextos descritos se ha sustentado en informes de la sociedad civil nacional e internacional, en investigaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros actores relevantes, así como en notas periodísticas locales y nacionales sobre las circunstancias de discriminación estructural que se sostienen en el tiempo en diversos temas. Esto es, a través del análisis del acervo probatorio propuesto en las demandas, como los antecedentes de los actos reclamados.

²³ Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, Lima, Derecho PCP, núm. 63, 2009, pp. 31-41. El autor hace un análisis de la jurisprudencia interamericana de una década que revela que la Corte IDH ha usado la herramienta de análisis del contexto en que ocurren las violaciones a derechos humanos para identificar patrones de discriminación, de violencia y otras afectaciones a los derechos humanos de grupos en situación de interseccionalidad.

²⁴ Documentación interna del archivo de Alma Migrante A. C.

La propuesta de la organización estriba en tomar los criterios que al respecto ha definido la Corte IDH en casos como *Radilla Pacheco*, en el sentido de pronunciarse sobre la identificación del contexto en que ocurren las violaciones a derechos humanos, a partir de la valoración de los documentos que han sido aportados en juicio por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de las víctimas.

En el caso en cita, por ejemplo, la Corte IDH analizó los documentos que daban cuenta del contexto de violaciones masivas en el que ocurrió la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco, en tanto que la determinación de la responsabilidad por violaciones a derechos humanos y sus consecuentes reparaciones depende de su comprensión como hechos que no son aislados.²⁵

La Corte IDH también ha considerado como parte del acervo probatorio susceptible de valoración, las notas periodísticas que recojan hechos públicos y notorios y declaraciones de funcionarios de Estado, cuando corroboren los hechos del caso,²⁶ así como aquellos citados por las partes mediante enlaces de Internet. Lo anterior siempre que hayan sido aportados al juicio oportunamente y que no hayan sido objetados por alguna de las partes²⁷ en su contenido o su autenticidad, normas que sin duda equivalen a las que regulan el juicio de amparo.

En este sentido, la estrategia de la organización ha sido plantear el contexto en que ocurre la violación a derechos humanos, acusada como un hecho notorio que se construye a partir del conocimiento de información pública administrada para visibilizar una situación

²⁵ *Caso Rosendo Radilla Pacheco...*, cit., párrafos 72-76, 116 y 117. Con la finalidad de alcanzar un análisis del contexto en que ocurre una violación a los derechos humanos, la Corte IDH ha realizado este ejercicio en innumerables ocasiones: *Cf. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de noviembre de 2003, serie C, núm. 103, párr. 56; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Fondo, sentencia del 29 de abril de 2004, serie C, núm. 105, párr. 42, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de julio de 2007, serie C, núm. 166, párr. 128, por nombrar algunos.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 77.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 86.

particular que revela que es cierta e indiscutible, ya sea porque pertenece a la historia, a la ciencia, a la naturaleza y a las circunstancias locales o nacionales del dominio público.²⁸

En esta tesitura, vale la pena recordar el primer juicio de amparo que promovió la asociación civil Alma Migrante, en 2018, durante la presencia de la caravana migrante en la ciudad de Tijuana, Baja California. Las resoluciones²⁹ dictadas por el juez pri-

²⁸ Tesis P./J. 74/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, junio de 2006, p. 963.

²⁹ Juicio de Amparo 1597/2018, *Alma Migrante A. C. vs. Presidente municipal de Tijuana*, resolución de suspensión definitiva del 14 de diciembre del 2018, versión pública visible en <http://almamigrante.org/wp-content/uploads/2020/03/AUDIENCIA-INCIDENTAAL-14-DE-DICIEMBRE.pdf>, que literalmente indica en la parte que interesa: “En el caso concreto ha quedado demostrado, en forma indiciaria y para efectos del presente incidente de suspensión, que las autoridades municipales han difundido información que no se adecua a las obligaciones de respeto y protección de los derechos humanos de las personas migrantes, pues —en forma implícita— se ha hecho referencia a ellas en forma negativa identificándolas como «peligrosas»; y, han omitido garantizar que este grupo vulnerable, la población en general y los servidores públicos subordinados, tengan acceso completo a información correcta sobre los derechos y condición de las personas migrantes. Por tanto, dichas circunstancias permiten concluir que, para efectos del presente incidente de suspensión, se encuentra acreditado, en forma presuntiva, el contexto social en torno a las personas migrantes que integran la llamada «caravana migrante», así como de su condición de vulnerabilidad que deriva, entre otros aspectos, de los prejuicios culturales”. Otras resoluciones en versión pública del mismo juicio son la suspensión definitiva del 21 de diciembre del 2018 y la sentencia de fondo del 4 de junio de 2019, las cuales están disponibles en: <https://almamigrante.org/wp-content/uploads/2020/03/AUDIENCIA-INCIDENTAL-21-DE-DICIEMBRE.pdf> y <http://almamigrante.org/wp-content/uploads/2019/10/1597-2018-VERSION-PUBLICA-DE-SENTENCIA.pdf>.

El juicio fue promovido contra declaraciones públicas realizadas en 2018 por el entonces alcalde, quien ordenó a la policía municipal que detuviera a las personas migrantes que cometieran infracciones administrativas y las entregara a las autoridades migratorias para que las deportaran. El juez de distrito, en su resolución de fondo, concedió el amparo en protección del derecho de acceso a la información de la población en Tijuana, revelando que es ilegal que la Policía Municipal solicite documentación migratoria a las personas, les detenga por no tenerla y las entregue a las autoridades migratorias tras detenerlas por cualquier motivo. La resolución fue dictada para evitar que la población de Tijuana permaneciera mal informada al respecto.

mero de distrito en materia de amparo y juicios federales pusieron de manifiesto que la población migrante en el municipio de Tijuana es presuntivamente víctima de un contexto social que acentúa su vulnerabilidad debido a prejuicios sociales respaldados por las autoridades municipales. A la usanza de la Corte IDH,³⁰ ordena a la presidencia municipal brindar información completa y correcta sobre los derechos de los migrantes a las autoridades, a la población en general y a las propias personas migrantes, ante la identificación de un patrón discriminatorio no sólo tolerado por la autoridad municipal, sino activamente propiciado por la máxima autoridad de la ciudad de Tijuana.

El alcance jurídico de estas resoluciones es mayúsculo, en tanto que demuestran la existencia de un reconocimiento oficial del contexto de discriminación que vive la población en contexto de movilidad en la ciudad de Tijuana, y con esto se provee a los juicios posteriores de un contexto susceptible de ser considerado para comprender la naturaleza jurídica de los actos reclamados.

En los juicios que posteriormente Alma Migrante inició contra detenciones arbitrarias de la policía municipal,³¹ así como —en coligitio con Fundación Regalando Amor— contra la persecución de la Guardia Nacional,³² la organización puso en marcha

³⁰ *Caso Nadege Dorseña y otros vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de octubre de 2012, pp. 271 y 272.

³¹ En el verano de 2020, *Alma Migrante y otro* promovieron un juicio de amparo contra el patrón de detenciones arbitrarias de la Policía Municipal en Tijuana con motivo de la detención discriminatoria en un local, y además por omitir el uso de las medidas sanitarias correspondientes a la pandemia. Esta información se comparte con el consentimiento del codemandante.

³² En el verano de 2019, Fundación Regalando Amor y Alma Migrante promovieron el Juicio de Amparo 885/2019 contra el patrón de persecución de migrantes conformado por la normatividad que faculta a la Guardia Nacional para realizar revisiones migratorias en coordinación con el Instituto Nacional de Migración, en virtud de que no se han cumplido los requisitos que la propia ley establece sobre la expedición de protocolos para el despliegue de sus acciones en zonas turísticas, como la playa de Tijuana, en la cual se realizó el aseguramiento de casi una veintena de personas migrantes niños, niñas y adolescentes que se divertían en la playa en compañía de su defensor de derechos humanos. Hasta ahora, el juez cuarto de distrito

una nueva estrategia que consiste en presentar sus demandas señalando como acto reclamado precisamente el patrón de conducta de diversas violaciones a derechos humanos que sufre la población migrante, compuestos por medidas administrativas, legislativas, positivas y omisivas de las autoridades que resultan en esta tolerancia a su exclusión de protección.

La organización bajacaliforniana plantea un uso del juicio de amparo para la defensa de los derechos humanos apegado a la realidad que el contexto presenta para la población en movilidad, cuya situación de vulnerabilidad e interseccionalidad urge de ser protegida por el Poder Judicial de la Federación.

La reforma constitucional sobre derechos humanos en México conmemoró su décimo aniversario en 2021 y estas estrategias para el acceso a la justicia de la población en movilidad han sido planteadas a los jueces federales en Baja California, no sólo en diversos juicios pendientes de resolver, sino que, en agosto de ese año, la judicatura federal en el estado confirmó la resolución en la que se reconoció la necesidad de protección de una población expuesta a un ambiente discriminatorio, lo cual puso a Tijuana en el escenario internacional del litigio estratégico en materia migratoria.³³

Actualmente, un grupo de servidores públicos del municipio se capacita mediante un programa construido por diversas organizaciones de la sociedad civil con presencia local y por especialistas en la materia migratoria, para promover la construcción conjunta de un ambiente de respeto a los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad a partir del conocimiento de sus derechos.

en materia de amparo y juicios federales en Baja California no ha resuelto el fondo del asunto, pero en mayo de 2020 se determinó la suspensión de revisiones migratorias por parte de la Guardia Nacional en las instalaciones del albergue de Fundación Regalando Amor y de Alma Migrante. Los detalles que se comparten constituyen información pública difundida mediante notas de prensa y referida en Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho *et al.*, *Informe sobre...*, *cit.*, p. 80.

³³ La sentencia de fondo del expediente 1597/2018 recibió un reconocimiento internacional para el equipo de litigio de la organización Alma Migrante, en el marco de la sexta edición del concurso denominado Premio Sentencias: Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetos de Protección Internacional.

Asimismo, la organización busca alianzas para lograr la difusión que convierta a Tijuana en una ciudad informada sobre el mismo tema, donde las personas ejerzan su derecho de participación ciudadana desde una cultura fronteriza consciente de los límites de sus autoridades.

V. CONCLUSIONES

Como se ve, la sociedad civil que litiga en Baja California ha iniciado una política de defensa de los derechos humanos a través del litigio en vía de amparo, dedicada a traducir las aportaciones argumentativas de la Corte IDH en la dureza y tecnicismo de nuestro juicio constitucional, usando sobre todo sentencias dictadas contra México, en las que se definen los talones de Aquiles por los que nuestro país ha sido señalado internacionalmente en reiteradas ocasiones.

Esta política de defensa propone y promueve sin duda un cambio en el pensamiento crítico de los jueces de distrito, y en general de los juzgadores en el país, ya que, para asegurar una recepción efectiva de la jurisprudencia interamericana, es indispensable que el foro explore su aplicación en nuestra defensa jurídica cotidiana de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad o interseccionalidad, lo cual pone de manifiesto la importancia de la labor de la sociedad civil.

Las estrategias de litigio que estudiamos en este artículo plantean un modelo concreto de acceso a la justicia para que la judicatura federal mexicana proteja los derechos humanos de las víctimas, adoptando y aplicando las enseñanzas del tribunal interamericano encargado de dictar la política internacional de protección de derechos humanos en nuestro continente.

Esta visión del poder protector del juicio de amparo se basa en una comprensión de la realidad que reconoce que la violación a derechos humanos no se da en casos aislados, sino que se construye institucional y estructuralmente, afectando, en particular, a poblaciones que no tienen la capacidad de defenderse.

Las propuestas analizadas son mecanismos adaptables a cualquier sector de defensa en nuestro país, en virtud de que todas las víctimas de violaciones a derechos humanos guardan desigualdad procesal frente al Estado, sobre todo cuando conforman grupos en vulnerabilidad o en interseccionalidad.

Todos los defensores de derechos humanos que litigan en Baja California y en el país pueden plantear estas estrategias al Poder Judicial de la Federación para que la reforma constitucional impacte la realidad mexicana en armonía con nuestra normatividad de protección federal de derechos humanos en beneficio de todas las personas, sobre todo aquellas que se encuentran en interseccionalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMA MIGRANTE A. C., *Plan Estratégico Institucional 2021*, mayo de 2021.

CAVAC A. C. y ALMA MIGRANTE A. C., “Reporte de investigación documental inicial”, Baja California, México, marzo de 2020 y “Reporte de investigación de campo «Conocimiento de los derechos y obligaciones de las personas migrantes»”, marzo de 2020.

FUNDACIÓN PARA LA JUSTICIA Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO *et al.*, “Informe sobre los efectos de la pandemia de COVID-19 en las personas migrantes y refugiadas, violaciones a derechos humanos documentadas por organizaciones defensoras y albergues en México”.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES S., Julieta, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2013.

INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA-CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, *Informe 2018-2019*.

- OMADES *et al.*, *La respuesta de los defensores de derechos humanos de personas en movilidad ante la pandemia de COVID19: la experiencia desde Baja California*.
- PARIS P., Dolores *et al.* (coords.), *Informe migrantes haitianos y centroamericanos en Tijuana, Baja California, 2016-2017. Políticas gubernamentales y acciones de la sociedad civil*, México, Baja California, mayo de 2018.
- SOSA-SILVA, Gabriela Alejandra y JUÁREZ-TOLEDO, Camerino, “Culturalización en derechos humanos y democracia, para mejorar la autodeterminación política”, *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2015.
- ZAMUDIO C., Graciela, SCJN, participación en el Seminario Internacional Itinerante, celebrado en Tijuana, Baja California, *55 Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México: “Derecho nacional e internacional, desafíos compartidos”*, México, diciembre de 2017.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES MIGRATORIAS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, EL CASO DE BAJA CALIFORNIA

Roxana ROSAS FREGOSO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Condiciones sociales de las personas migrantes en Baja California.* III. *Pertinencia de la creación de normatividad migratoria local a la luz de la Constitución federal.* IV. *La Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante del Estado de Baja California.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en México se dio un paso importante para la inserción de los derechos humanos en la Constitución federal, si bien es cierto que los Estados han incluido paulatinamente estos cambios constitucionales, en los que, en menor o mayor medida, han realizado los procesos necesarios de adecuación constitucional.

Tratándose de los derechos humanos en las entidades federativas, uno de los desafíos más urgentes en los estados de la frontera

* Investigadora asociada “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Estación Noroeste de Investigación y Docencia (ENID); roxana.rosas@unam.mx.

norte es la materia migratoria, particularmente lo referente al reconocimiento y el acceso a los derechos humanos de las personas migrantes en tránsito por estas entidades.

Es verdad que el fenómeno migratorio en el siglo XXI ha cambiado y la población migrante que transita por México ha ido *in crescendo* drásticamente en los últimos años, recibiendo los estados fronterizos, como lo es el caso de Baja California, grandes contingentes de migrantes, principalmente provenientes de Centroamérica.¹

Debemos subrayar que para optimizar la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, la migración se debe centrar en el migrante regular e irregular como un individuo por encima de los intereses del Estado.²

En el caso de México, la materia migratoria está regulada por el artículo 73 constitucional, fracción XVI, que sostiene que “el Congreso de la Unión tiene facultad para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la república”. La Constitución expresa claramente que la migración debe ser legislada por el Congreso federal; es decir, es un tema reservado a la actividad legislativa del Congreso de la Unión a través de la creación de una ley federal.

En este sentido, la Ley de Migración es el documento legal en el ámbito de la Federación que tiene por objeto regular el ingreso y salida de mexicanos y extranjeros del territorio nacional, así como el tránsito y estancia de extranjeros; esta Ley fue publicada por el Congreso de la Unión el 25 de mayo del 2011.

¹ Nos referimos a las caravanas migrantes que transitaron recientemente por México; hacemos una breve mención a este tema por encontrar un cruce con el presente trabajo; sin embargo, su complejidad y su naturaleza excede los objetivos de nuestra investigación, ya que las caravanas migrantes deben ser estudiadas desde trabajos multidisciplinarios y con la profundidad que ameritan. Véase, por ejemplo, a Fernández de la Reguera, Alethia *et al.*, *Caravanas migrantes: las respuestas de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, serie: Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 8.

² Muir Watt, Horatia y Fernández Arroyo, Diego P., *Private international law and global governance*, Oxford, 2015, p. 302.

No obstante lo anterior, se han desarrollado normas migratorias de carácter local como un remedio legislativo, identificado por algunas entidades federativas, para coadyuvar con la Federación en la observancia de los derechos humanos de los diversos colectivos migrantes que transitan en sus respectivas regiones.

Además de la normatividad de carácter nacional mencionada e internacional³ en materia migratoria, algunas entidades federativas también aplican normas migratorias del carácter local, como los estados de Durango, Chihuahua, Sonora, Puebla, Estado de México, Tlaxcala y Baja California.

Debido a que los estudios en esta obra están enfocados a la frontera norte de México, hemos seleccionado para su análisis, desde esta delimitación geográfica, al estado de Baja California y su Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante.⁴

La intención de este capítulo es analizar la pertinencia y constitucionalidad de las normas locales migratorias a la luz del artículo 73 constitucional, particularmente el caso de la norma migratoria del estado de Baja California, y, al mismo tiempo, determinar los desafíos que este tipo de normatividad local representa al sistema de competencias legislativas en el ámbito federal.

II. CONDICIONES SOCIALES DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN BAJA CALIFORNIA

Baja California cuenta con una población de 3'769,020 habitantes, según los resultados del Censo General de Población y Vivienda

³ En este trabajo únicamente haremos mención al marco normativo internacional en materia migratoria, toda vez que las intenciones de nuestra investigación están concentradas en el estudio de la normatividad local en materia migratoria, particularmente la del estado de Baja California, como hemos reiterado. Véase, Corte Interamericana de Derechos humanos, *Medidas provisionales del Caso Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, resolución del 18 de agosto de 2000.

⁴ Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante del Estado de Baja California, *Periódico Oficial del Estado de Baja California*, 12 de septiembre de 2014.

de 2020;⁵ esta entidad federativa, al colindar con California, Estados Unidos, presenta un tránsito constante de migrantes. Adicionalmente, California recientemente adquirió la categoría de Estado santuario,⁶ lo que implica beneficios concretos para los migrantes irregulares, como el respeto al tránsito en el estado y la no detención por autoridades diversas a las migratorias, lo que hace el cruce por Baja California, uno de los más recurridos a nivel nacional para los migrantes irregulares provenientes de Centroamérica y de otras latitudes.

En esta línea, nos encontramos con una creciente masa de trabajadores en pobreza, en situación de vulnerabilidad y sin redes de apoyo social, quienes, atraídos por el sueño americano, se ven atrapados entre el muro metálico y la falta de oportunidades de empleo e ingreso justo en sus lugares de origen.⁷

Adicionalmente, derivado de la crisis sanitaria por la COVID-19, las ciudades fronterizas del norte de México han sido afectadas por una serie de medidas,

⁵ INEGI, Censo General de Población y Vivienda de 2020, México, recuperado de: <http://www.inegi.org.mx>.

⁶ En las ciudades santuarios “los gobiernos locales no expresan abiertamente su bienvenida a los inmigrantes ilegales, sin embargo, se dice que su trato hacia ellos es menos discriminatorio que en otras ciudades. En las ciudades santuario, tienden a dar más apoyo a los inmigrantes ilegales alrededor de la comunidad. Algunos ejemplos pueden incluir activistas inmigrantes y grupos de la iglesia”. A pesar de las políticas restrictivas del gobierno del presidente Trump y algunas que subsisten en la administración de Biden, California fue declarada formalmente un Estado santuario para los inmigrantes, sin importar su condición legal, con la entrada en vigor a partir del 1o. de enero de 2018 de la Ley del Senado de California SB 54. Esta norma fue presentada el 22 de septiembre de 2017 por la Cámara de Senadores del estado de California durante su sesión ordinaria a través del “Acta de los Valores de California”, que tiene como propósito extender a lo largo del estado de California la protección que brinda la figura de las ciudades santuario. En virtud de esta nueva ley, los diferentes cuerpos policiales californianos ya no podrán preguntar a los residentes su estatus migratorio ni participar en acciones coordinadas por el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) de Estados Unidos, y sólo pondrá en manos de éste a los detenidos que han cometido ciertos crímenes, en su mayoría graves.

⁷ Escobar Villanueva, Salvador I., *Globalización y sus efectos en la migración México-EE.UU.*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2007, p. 72.

...como el cierre de fronteras para actividades no esenciales, el aplazamiento de revisión de casos de protección internacional, el cierre parcial de albergues y de instituciones migratorias, deportaciones sin procedimiento médico y sanitario, entre otras, que colocan en una situación especialmente vulnerable a poblaciones de por sí vulnerables y precarias como migrantes en tránsito, solicitantes de protección internacional y retornados a México.⁸

La evolución de la pandemia y las medidas adoptadas para controlar su propagación han generado preocupación, principalmente con respecto a la población de migrantes que residen en la ciudad fronteriza de Tijuana. Esta crisis de salud ha puesto a los migrantes especialmente en riesgo, ante la posibilidad de contagio en centros de detención, albergues o comedores, la falta de acceso a la atención médica y la posibilidad de importar el virus, incluso a través de deportaciones en Estados Unidos.⁹

Particularmente los migrantes irregulares son considerados como uno de los grupos humanos más indefensos. Son doblemente vulnerables: como migrantes y como personas en situación irregular o indocumentada. La vulnerabilidad representa un estado de debilidad, la ruptura de un equilibrio precario que arrastra al individuo o al grupo a una espiral de efectos negativos acumulativos. Uno de sus rasgos distintivos es la incapacidad de actuar o de reaccionar a corto plazo.¹⁰

En este sentido, la noción de vulnerabilidad no se limita a la falta de satisfacción de las necesidades materiales, sino que también incluye las conductas discriminatorias.¹¹ Al respecto, los migrantes, en su tránsito por México hacia Estados Unidos, constantemente

⁸ McKee Irwin, Robert y Monte Madrigal, Juan A. del, *COVID-19 y la vulnerabilidad de las personas migrantes en Tijuana: una crisis inminente*, El Colegio de la Frontera, abril de 2020, p. 16, disponible en: <https://observatoriocolef.org/wp-content/uploads/2020/04/covidTj-espanol.pdf>.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Cfr.* Forester, Jacques, "Invertir la espiral de la vulnerabilidad", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 124, julio-agosto de 2004. pp. 328 y 329.

¹¹ *Idem*.

están expuestos al rechazo, la exclusión y la discriminación de la población mexicana.

III. PERTINENCIA DE LA CREACIÓN DE NORMATIVIDAD MIGRATORIA LOCAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Empecemos por analizar la constitucionalidad de la normatividad local en materia migratoria. El artículo 124 constitucional establece un sistema rígido de distribución de competencias de carácter dual; por un lado, la federal, y por otro, la local. Este sistema rígido deviene, como se ha explicado por diversos autores, de la utilización que en dicho artículo se hace del adverbio “expresamente”, en virtud del cual se ha de entender que una facultad o bien pertenece a la Federación, o bien pertenece a las entidades federativas.¹²

En principio pareciera que el artículo 124 configura un sistema en el que de manera clara se puede determinar que una competencia corresponde ya sea a la Federación o a las entidades federativas.¹³

Como expresamos, el artículo 73 constitucional, fracción XVI, regula la materia migratoria en nuestro país. En dicho numeral, la Constitución sustenta claramente que la migración debe ser legislada por el Congreso federal; es decir, es un tema reservado a la actividad legislativa del Congreso de la Unión a través de la creación de legislación federal.

En este sentido, la Ley de Migración es el documento legal con competencia federal que tiene por objeto regular el ingreso y salida de mexicanos y extranjeros en el territorio nacional, así como el tránsito y estancia de extranjeros.

El designio constitucional del artículo 73 parece ser preciso e inequívoco sobre la exclusividad del legislador federal en materia migratoria; sin embargo, el artículo 117 constitucional, que se refiere

¹² Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, LGEM-UNAM, 1983, pp. 115-117.

¹³ *Idem*.

a las prohibiciones para los estados de la República, no establece ninguna limitación o prohibición para que las entidades federativas legislen en materia de migración, por lo que deja abierta la puerta para que los estados puedan legislar en el ámbito migratorio dentro de su esfera de competencia local.

Derivado de lo anterior, surge el cuestionamiento sobre si ¿la migración en México es un tópico que debe ser exclusivo a la Federación, o si su competencia debe redimensionarse para abrirse a plenitud al ámbito legislativo de las entidades federativas?

Es importante hacer notar este debate constitucional, toda vez que sería muy útil analizar la amplitud de la competencia legislativa migratoria en sede local para que los estados puedan hacer frente al fenómeno migratorio que se presenta en sus respectivas áreas geográficas con documentos legislativos locales, sin tener que sujetarse a resquicios jurídicos, como la no limitación expresa para los estados en materia migratoria, sustentada en el artículo 117 constitucional mencionado.

En nuestro caso de estudio, la ley local de migración de Baja California está sustentada por el legislador local en el artículo 27, fracción I, de la Constitución Política local,¹⁴ que establece que el Congreso de Baja California está facultado para elaborar normas respecto a las áreas que sean de su competencia. El tema migratorio no lo es en principio, toda vez que, como hemos reiterado, está reservado a la Federación, tal y como lo prescribe el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución, que señala que la migración es un tema que corresponde a la esfera federal, y señala como facultad del Congreso de la Unión la de legislar en materia de emigración e inmigración.

Sin embargo, el legislador local ha encontrado que el tema de la inmigración al no estar prohibido para los estados, existe

¹⁴ Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Baja California, *Periódico Oficial*, núm. 23, 16 de agosto de 1953, t. LXVI. El artículo 27, fracción I, sostiene la facultad de “Legislar sobre todos los ramos que sean de la competencia del Estado y reformar, abrogar y derogar las leyes y decretos que expidieren, así como participar en las reformas a esta Constitución, observando para el caso los requisitos establecidos”.

la posibilidad de accionar el aparato legislativo local para la creación de documentos legales coadyuvantes a la Ley de Migración federal.

IV. LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y APOYO AL MIGRANTE DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

En este apartado haremos una revisión de la norma migratoria local para el estado de Baja California, desde su objeto, las autoridades facultadas en el interior de la entidad, así como sus avances y desafíos de cara a la migración y la observancia de los derechos humanos de las personas migrantes que transitan en esta provincia mexicana.

En primer término, la aplicación de la norma migratoria local de Baja California corresponde al Ejecutivo del Estado por conducto de las dependencias estatales y los ayuntamientos.

Según lo expresado por el artículo 1o. de la misma Ley, su objetivo fundamental consiste en gestionar la colaboración con las autoridades federales en la protección de los derechos de los migrantes que se encuentren en el territorio del estado de Baja California.

Esta colaboración con la Federación es uno de los puntos reiterativos que la norma local destaca para justificar su necesidad en el escenario local. Reconocemos que esta norma es un instrumento novedoso, ya que Baja California fue una de las primeras entidades federativas en crear una ley coadyuvante en sede estatal a la Ley de Migración federal en México.

Al respecto, encontramos algunos aspectos de avanzada en dicha Ley, como la promoción de la participación social en los programas de atención a migrantes y el reconocimiento a los migrantes nacionales y extranjeros de los derechos y libertades contenidos en la Constitución federal, así como en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano.

En cuanto a los aspectos poco propositivos de la norma, identificamos que reproduce una gran cantidad de elementos y principios

contenidos en la Ley de Migración federal; es decir, es una norma repetitiva de lo ya regulado federalmente.

Adicionalmente, esta norma local deja de observar a grupos poblaciones migrantes de gran vulnerabilidad, como los menores migrantes sin acompañamiento,¹⁵ por citar un colectivo relevante de protección, a los que se hace referencia únicamente en dos disposiciones, brevísimas y sumamente genéricas, a saber: el artículo 7o., inciso b, y el artículo 29.¹⁶

Además, es omisa en fomentar la coordinación entre las instituciones gubernamentales involucradas en el tema migratorio en Baja California, como el Desarrollo Integral de la Familia y el Instituto Nacional de Migración. Al respecto, estimamos que uno de los objetivos de una ley migrante de carácter local es justamente impulsar la coordinación y transversalidad de las instituciones locales encargadas de la protección de las personas migrantes en tránsito por su jurisdicción, para facilitar el acceso a los derechos que les asisten a estos grupos poblacionales.

Lo anterior pone de relieve la falta de pericia de las y los legisladores locales ante una oportunidad única de ampliar el espectro de derechos de las personas migrantes en aras de su protección en esta región del país.

¹⁵ Véase, González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, publicación electrónica, núm. 5, 2011, p. 57, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/9.pdf>, y González Contró, Mónica, *¿Menores o niños, niñas y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, publicación electrónica, núm. 5, 2011, p. 35.

¹⁶ En relación con estos artículos, el artículo 7o. señala que el Poder Ejecutivo del Estado y los ayuntamientos podrán celebrar convenios de colaboración y concertación con las autoridades migratorias, a fin de coadyuvar entre ellas para impulsar diversas acciones en el tema; en el caso del inciso b se refiere a brindar atención adecuada a los migrantes que, por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de vulnerabilidad, como son, *inter alia*, los menores migrantes no acompañados. El artículo 29 de dicho instrumento sólo se limita a enlistar las funciones del sistema estatal para el desarrollo integral de la familia, sin establecer mayor guía o directriz para llevar a cabo las proscripciones del artículo.

Estimamos que el desarrollo de este marco legislativo subnacional en la frontera de Baja California encuentra justificación en la narrativa de que el fenómeno de la migración debe ser afrontado desde una perspectiva jurídica focalizada, necesaria para entender el contenido de derechos de las personas migrantes y facilitar la aplicación concreta de las normas existentes a través de la creación de normas jurídicas locales.

A pesar de lo anterior, como ha sido señalado, esta Ley estatal presenta diversos retos, como la ausencia de mecanismos de coordinación eficientes entre los órganos gubernamentales involucrados en el plano local.

Es innegable el fenómeno de expansión de la competencia legislativa en materia migratoria al ámbito de los estados, derivado del accionar legislativo de las entidades federativas que están desafiando los límites constitucionales impuestos por el artículo 73 constitucional referido.

En este sentido, el derecho constitucional cobra singular relevancia en el tema migratorio, desde el plano de las competencias legislativas de las entidades federativas y las de los Estados.

Es una realidad que las entidades federativas se encuentran elaborando normatividad local para apoyar y proteger a las personas migrantes en sus respectivas regiones, para tratar de brindar soluciones directas a las problemáticas que se presentan en sus localidades, bajo el argumento de que el artículo 117 constitucional no prohíbe a los estados legislar en materia migratoria en sus ámbitos de competencia local.

V. REFLEXIONES FINALES

La frontera de Baja California tuvo la necesidad de legislar en su ámbito local en materia migratoria, elaborando una Ley estatal de Apoyo al Migrante; esta normatividad surge desde la idea de facilitar la aplicación concreta de las normas federales existentes y de

los derechos humanos que les asisten a las personas migrantes en un plano local.

Sin embargo, la Ley de Apoyo al Migrante del Estado de Baja California es una norma que fue publicada por el Congreso local, a pesar del mandato constitucional concedido a la Federación para legislar en materia migratoria, de acuerdo con lo sustentado por el artículo 73 constitucional, fracción XVI.

Desde esta mirada, el derecho constitucional cobra singular relevancia en el tema migratorio, desde el plano de las competencias legislativas de las entidades federativas, para efecto de determinar la constitucionalidad de las normas migratorias de apoyo al migrante en dichas entidades locales.

Sin duda, hemos abierto el debate sobre la viabilidad de la expansión de la competencia migratoria al ámbito de los estados, derivado del accionar legislativo de las entidades federativas que están desafiado estos límites constitucionales y se encuentran elaborando normatividad local para apoyar y proteger a las personas migrantes, como un medio de brindar una solución directa a las problemáticas que se presentan en sus respectivas regiones a partir de leyes migratorias de naturaleza local; todo esto bajo el argumento de que el artículo 117 constitucional no prohíbe a los estados legislar en materia migratoria en sus ámbitos de competencia local.

Ante este escenario, debemos plantearnos la necesidad de normatividad migratoria local, ya que en el caso de la ley migratoria local del estado de Baja California, objeto de estudio de este capítulo, esta legislación no ha impulsado la transversalidad necesaria entre las instituciones gubernamentales involucradas en el tema migratorio en esta región del país.

Estimamos que este tipo de normas locales deberían propiciar la inmediatez de la protección de la población migrante, y por ende mejorar el acceso a derechos y las condiciones de vulnerabilidad de las personas migrantes.

Finalmente, expresamos que a pesar del elenco de normas migratorias existentes en México, incluyendo las normas locales, no se

ha logrado concretar una sinergia entre normatividad e instituciones públicas, pues mientras las autoridades estatales no tengan claridad y precisión sobre la diversidad de normas aplicables, así como los derechos contenidos en estos instrumentos, será difícil habilitar un camino llano hacia los derechos humanos de las personas migrantes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, 1990.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría dell'Ordinamento Giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 1960.
- CARPISO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, LGEM-UNAM, 1983.
- CARPISO, Jorge, “Comentario al artículo 124 constitucional”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994.
- ESCOBAR VILLANUEVA, Salvador I., *Globalización y sus efectos en la migración México-EE. UU.*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2007.
- FORESTER, Jacques, “Invertir la espiral de la vulnerabilidad”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 124, julio-agosto de 2004.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, publicación electrónica, núm. 5, 2011.
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas*, 55 Periodo de Sesiones, mayo-junio y julio-agosto de 2003, cap. X: “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”.
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1992.

- MCKEE IRWIN, Robert y MONTE MADRIGAL, Juan A. del, *COVID-19 y la vulnerabilidad de las personas migrantes en Tijuana: una crisis inminente*, El Colegio de la Frontera, abril de 2020.
- SERNA DE LA GARZA, José Ma. y CABALLERO JUÁREZ, José A. (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

CAPÍTULO TERCERO

DETENCIONES ARBITRARIAS DE DEPORTADOS QUE HABITAN LAS CALLES DE TIJUANA

Juan Antonio del MONTE MADRIGAL*

Se detiene más a las personas pobres, a las personas migrantes, a las que están en barrios marginales, fundamentalmente a jóvenes.¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Arresto arbitrario hacia deportados que habitan las calles: un relato etnográfico*. III. *Contexto de las detenciones arbitrarias a migrantes en México*. IV. *Detenciones arbitrarias a deportados, prácticas extractivas y representación de la desechabilidad*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Proveniente de un reporte de Amnistía Internacional que recupera el testimonio de una persona que desempeña una función esencial en el sistema de justicia mexicano, el epígrafe de este texto engloba de manera contundente el argumento que intentaré desarrollar

* Profesor-investigador del Departamento de Estudios Culturales del Colegio de la Frontera Norte; *jadelmonte@colef.mx*.

¹ Amnistía Internacional, *Falsas sospechas. Detenciones arbitrarias por la policía en México*, London, Amnesty International, 2017, *passim*.

en este capítulo: los arrestos y detenciones arbitrarias, así como el trato inhumano —documentado por una diversidad de organizaciones de la sociedad civil como por mi propio trabajo etnográfico— están sostenidos culturalmente por representaciones estigmatizadas y deshumanizantes que hay hacia las personas en situación de movilidad. Lo anterior, claro está, constituye flagrantes violaciones a los derechos humanos que ahora garantiza la Constitución.

Para ello, echo mano, en primer lugar, de un relato etnográfico que me permite enmarcar un arresto arbitrario hacia personas deportadas desde mi experiencia personal. Posteriormente delinee un contexto general y estadístico de detenciones arbitrarias hacia personas en situación de movilidad y después coloco algunos testimonios de personas deportadas que viven en las calles respecto a capturas indebidas y tratos inhumanos por parte de agentes policiales. Como conclusión señalo que las detenciones arbitrarias basadas en representaciones estigmatizantes están imbuidas de una percepción de desechabilidad que hay hacia estas personas, es decir, que son percibidas como vidas que no importan; por lo tanto, pueden ser manipuladas a discreción por parte de las autoridades, sin llevar a cabo ningún tipo de observancia de derechos humanos.

II. ARRESTO ARBITRARIO HACIA DEPORTADOS QUE HABITAN LAS CALLES: UN RELATO ETNOGRÁFICO

El siguiente relato etnográfico en torno a una detención arbitraria con deportados que habitan las calles de Tijuana está elaborado desde los planteamientos de la antropología experimental que apuesta por el encuentro entre la escritura etnográfica y literaria para expandir los límites de la descripción, y con ello no sólo informar respecto a la situación de los arrestos arbitrarios de personas en situación de movilidad, sino trazar hilos explicativos hacia factores históricos o estructurales que permiten que se lleven a cabo impunemente estos arrestos a partir de una actitud reflexiva y crítica, como investigador en el tema.

A través de mi investigación con habitantes de calle que tienen experiencias de deportación he documentado un sinnúmero de relatos y testimonios que hacen referencia a las detenciones arbitrarias, tratos inhumanos y al abuso de poder por parte de distintas instancias policiales y fuerzas del orden. Antes de adentrarme en el análisis de esos testimonios, me gustaría relatar una experiencia personal de detención arbitraria con uso de violencia por parte de fuerzas federales cuando me encontraba haciendo trabajo de campo con estas poblaciones. Si bien me tocó lidiar con una detención arbitraria en dichas circunstancias, las vejaciones a los derechos humanos que se cometen a discreción por los agentes federales ha sido el pan de todos los días para muchas personas migrantes, deportadas, habitantes de calle y, en general, en situación de vulnerabilidad. Esta viñeta etnográfica no sólo ilustra, sino que explica claramente que las detenciones arbitrarias y el trato inhumano hacia las personas migrantes (agresiones, violencia, tortura, malos tratos y uso excesivo de la fuerza) están sostenidas culturalmente por representaciones estigmatizadas y deshumanizantes sobre esta comunidad.

El grupo de personas con quienes he asistido desde 2015 a la fecha habitan en las faldas de una cañada en medio de la ciudad de Tijuana que está delimitada por el muro fronterizo y una vía rápida que lo bordea en forma de herradura. El lugar es de difícil acceso, pues está aislado de cualquier contacto inmediato; hay que sortear el paso de vehículos a toda velocidad y hay que gastar unos diez minutos para bajar entre laderas escabrosas, astillas y matorrales.

Una tarde de diciembre, como parte de mis actividades etnográficas, asistí a dicho espacio con un par de bolsas donde llevaba cobijas y comida para ofrecer a esta comunidad. Para mi sorpresa, un helicóptero volaba sospechosamente bajo entre ambos espacios nacionales y observé desde el filo del cañón un gran despliegue de fuerzas federales del lado mexicano y de la patrulla fronteriza en el lado norteamericano.

Cuando llegué a la orilla del cañón, a escasos metros de mí, por la derecha y por la izquierda se aproximaron dos agentes encapuchados,

con chalecos antibalas, armas largas de grueso calibre y sin ninguna señal que pudiera identificar su procedencia. Al topármelos de frente emitieron un grito dirigido hacia mí: “¿qué chingados haces ahí parado? tírate ahí con los demás”, y me señalaron, con el hocico de su metralleta, un área llena de matorrales donde tenían sentados a tres deportados con quienes había interactuado durante mis visitas a ese espacio. Impávido, sólo emití un tartamudeo que no terminó en mensaje, pues uno de ellos, a tan sólo ya un metro de mí, rugió un “cállate y ponte ahí” mientras apuntaba su arma hacia mi cuerpo. Me fui haciendo chiquito, encogiendo mis piernas y mi voluntad y me senté sobre la maleza espinosa.

Sosteniendo el arma larga con las dos manos y con su enorme cuerpo acorazado que me miraba hacia abajo, comenzó un interrogatorio que más que preguntas consistió en una serie de improperios que se sobreponían a cada intento de palabra que yo emitía. Evidentemente, no quería preguntarme nada ni quería entablar un diálogo, menos informarme por qué me detenían; sólo quería dejar claro de quién era la voluntad que en ese momento se iba a imponer. Al intentar sacar de mi bolsillo mi identificación, emití un brusco movimiento para neutralizarme; boca abajo y con su rodilla encima comenté que quería la licencia de conducir que portaba, la cual me quitó y una vez que me soltó se apartó a charlar con otros uniformados. Momentos después, nos rodearon cuatro de ellos, y uno más se acomodó frente a nosotros con su teléfono móvil para tomar nos unas fotografías. La violenta cercanía de las armas de los enmascarados anuló mi fuerza para decir algo que evitara esos retratos.

Por supuesto, no tenía idea para qué querían esas fotos, pero imaginaba que querían alguna evidencia de las caras que estábamos ahí. Unos días después, me llegó una notificación por parte del Departamento de Seguridad Interior norteamericano, que decía que estaban emitiendo una alerta sobre mi persona y que me tenía que presentar en sus oficinas inmediatamente. El proceso duró un año y ahí me enteré que tenían unas fotografías mías pasando el rato con “maleantes” en Tijuana. Evidentemente eran las fotografías que me habían tomado los encapuchados mientras

me habían detenido arbitrariamente junto con estas personas. Afortunadamente, después de largas gestiones con el *ombudsman* de la corporación, logré aclarar el tema con el gobierno norteamericano. A pesar de que esta situación revela las formas ilegales de colaboración entre ambos gobiernos, lo que sin duda es materia de toda una discusión aparte, me interesa destacar el hecho de que la primera referencia a las personas con que me encontraba fue una representación estigmatizante: la del maleante, el sospechoso, el holgazán, el malandro y un largo etcétera vinculado al aspecto físico de estas personas.

Regresando al día en cuestión, al tener frente a mí a un encapuchado y gritándome con metralleta en mano sentí miedo. Para mí daba igual si era un policía federal; la situación me atemorizó en amplias capas de mi existencia ese día. Si el objetivo explícito de esta corporación era “salvaguardar la vida, integridad, seguridad y derechos de las personas”, lo que presencié ese día fue todo lo contrario. Me sentí vulnerable, dócil y anulado. Allí, en esa área urbana, olvidada y residual, estábamos a merced del anonimato del pasamontaña, el chaleco antibalas y las armas largas. Sentía que se diluían no sólo las posibilidades de establecer un diálogo razonado, sino también todo tipo de garantías constitucionales que pudiéramos tener como ciudadanos. Conforme pasaban los días me fui horrorizando al pensar que si este es el trato que las fuerzas federales tienen con sus ciudadanos, haciendo una actividad totalmente lícita, qué pasaba cuando estas acciones se ejercen con aquellos que no son ciudadanos y que, finalmente, están haciendo uso de un derecho humano básico consagrado en la Constitución y firmado en múltiples tratados internacionales —incluyendo el Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular—.

Mientras fui encontrando serenidad en medio de ese clima violento, intenté comenzar de nuevo un diálogo con el objetivo de informarles que yo venía de un centro de investigación social y me encontraba realizando un estudio sobre las condiciones de vida de la comunidad deportada que habita las calles. Al escucharme un discurso que no esperaban encontrar en ese espacio, inmediatamente ejercieron un trato

diferenciado conmigo. Me pareció increíble que aun estando en el mismo sitio y bajo los rigores del mismo operativo, pude ser separado cualitativamente de estas personas, y si bien me recordaron agresivamente que no tenía nada que hacer ahí, me dejaron ir. Pero a estas personas no. Ellos siguieron subyugados, impotentes y humillados.

El trato de ese momento hacia esas personas concordaba con lo que yo había estado averiguando con anterioridad: las personas deportadas que habitan las calles son tratadas de manera inhumana y representadas como seres desechables cuyas vidas no importan. Personajes ominosos al orden urbano que pueden ser utilizados a voluntad del empistolado porque nadie va a ir a reclamar por ellos, porque a nadie le importa que se interponga una queja por violar sus derechos humanos, porque no hay conmoción y empatía ante el sobajamiento del que son objeto, porque, en pocas palabras, da igual si estas personas se van a la fosa común, de cualquier forma ya vivían en el resumidero urbano.

III. CONTEXTO DE LAS DETENCIONES ARBITRARIAS A MIGRANTES EN MÉXICO

Una detención arbitraria se presenta cuando una autoridad pública priva de la libertad a una persona sin cumplir con el debido proceso y las garantías judiciales de la persona que es detenida; cuando las autoridades limitan la libertad personal sin que se justifique, es decir, sin atender a los requisitos y procedimientos previstos en las normas de la materia y los instrumentos internacionales, o sin que existan supuestos legales que así lo adviertan.² Según el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas de 2015, las detenciones son arbitrarias cuando no están sustentadas en una norma legal, se llevan a cabo por cuestiones

² Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) y Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *Estudios del comportamiento criminológico del fenómeno de detenciones arbitrarias y su relación con la desaparición forzada, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, México, INACIPE-CNDH, 2019.

discriminatorias, cuando no se le da un juicio justo, cuando se le detiene por ejercer pacíficamente sus derechos y cuando se le detiene sólo por su condición migratoria.

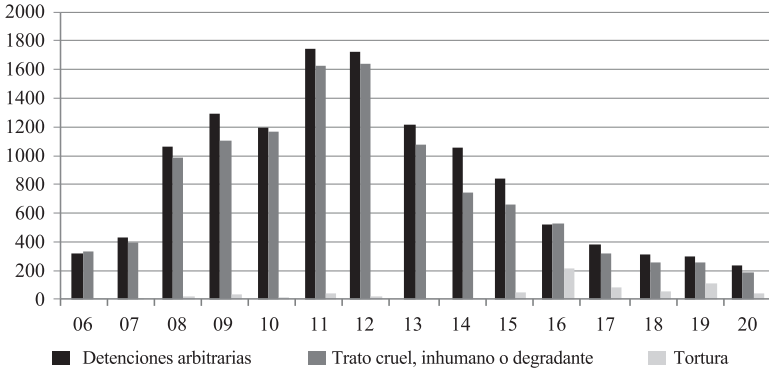
En el sistema legal mexicano esta noción está prácticamente legitimada desde el texto constitucional, el cual permite la detención “en el momento de estar cometiendo el delito o inmediatamente después de haberlo cometido”. Lo anterior se refiere a una situación en la que los agentes aprehensores no sorprendieron directamente a la persona, pero inician una búsqueda de ésta. En ocasiones se basan en información que brinda alguien que observó los hechos, y esto se conoce como flagrancia por señalamiento.³ Sin embargo, muchas veces esta figura ha servido para legitimar la actuación de la policía que, como veremos, en la mayoría de los casos opera de manera arbitraria hacia el sector de la población en situación de movilidad. La complejidad de las detenciones arbitrarias radica en que generalmente a los migrantes detenidos se les suelen negar los servicios de asistencia jurídica o de interpretación, y por ello es posible que no comprendan por qué están detenidos o cómo pueden impugnar la legalidad de su detención.

Revisar las quejas presentadas ante la CNDH respecto a los hechos violatorios de derechos humanos de mayor impacto por parte de autoridades ofrece una idea de que las detenciones arbitrarias y los tratos inhumanos y degradantes hacia las y los ciudadanos mexicanos es algo sistemático y transexenal (los periodos de Calderón y Peña Nieto fueron especialmente graves).

De los pocos datos existentes en torno a los casos con personas en situación de movilidad podemos corroborar que durante 2019 uno de cada tres agresores que violaron los derechos humanos de las personas migrantes fueron agentes estatales, en su mayoría oficiales de policía, seguidos, en menor medida, por agentes migratorios y militares. El 25% de los agresores están vinculados a pandillas o a la delincuencia organizada.

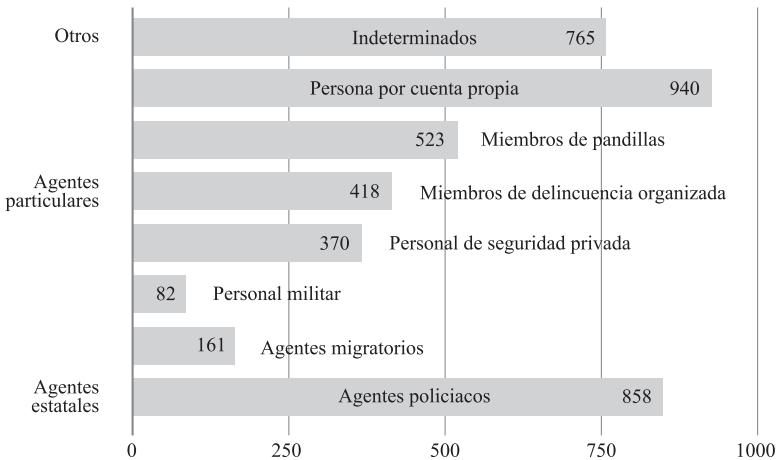
³ Amnistía Internacional, *Falsas sospechas. Detenciones arbitrarias por la policía en México*, cit.

QUEJAS PRESENTADAS SOBRE HECHOS VIOLATORIOS DE DERECHOS HUMANOS DE MAYOR IMPACTO POR PARTE DE AUTORIDADES



FUENTE: elaboración propia con datos de los informes anuales de la CNDH y del sistema nacional de alerta de violación a los derechos humanos de la CNDH.

AGENTES AGRESORES Y/O VIOLACIONES A DDHH DE PERSONAS MIGRANTES



FUENTE: elaboración con información de Redodem (2020).

Ahora bien, según dos ejercicios de medición con población habitante de calle y con pasado de deportación, llevados a cabo en 2013 y 2020, se encontró una abrumadora persecución por parte de la policía municipal basada en estigmas y estereotipos. En el Reporte sobre El Bordo de 2013, elaborado por El Colef,⁴ se encontró que nueve de cada diez encuestados señalaron haber sido detenidos al menos una vez por agentes policiales, y el 70% mencionó haber sido detenido dos veces en la última quincena. De estas detenciones, 4 de cada 10 reportaron agresiones físicas; más del 50%, agresiones verbales, y el 33%, el robo de sus pertenencias o documentos. Las razones que emitieron para la detención fueron no portar identificación (34%), deambular por la ciudad (33%) y la vestimenta o el aspecto en un 15%. Acá lo que se muestra claramente es un patrón de detenciones arbitrarias que viola los derechos humanos de los deportados y que reproduce y perpetúa la discriminación hacia esta población.

Por otro lado, un estudio elaborado por El Colef y la Ibero,⁵ con una población con las mismas condiciones y en el mismo espacio, reveló que, en el mes previo al levantamiento de la encuesta, el 76.6% de las personas encuestadas sufrieron “levantones” (detenciones arbitrarias) por parte de la policía municipal. Cuando se les preguntó sobre los motivos de dicho “levantón”, se encontró que predominantemente fue por “deambular” (con un 63%), esto es, caminar por las calles que, en la situación especial de esta población, es una actividad cotidiana; la vestimenta fue la segunda causa, con 24.7%, y no portar documentos fue la tercera, con 12.3%. Estos “levantones” son justificados por parte de los agentes de la policía a partir de la puesta en operación del Bando de Policía y Buen Gobierno en el que claramente se criminalizan las prácticas de estas

⁴ Véase, Velasco, Laura y Albicker, Sandra, *Estimación y caracterización de la población residente en “El Bordo” del canal del río Tijuana*, Reporte ejecutivo de resultados de investigación, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2013.

⁵ Monte, Juan Antonio del y Bautista, Andrea, *Los grandes olvidados de la pandemia en Tijuana: un retrato de la vida callejera fronteriza durante una contingencia mundial*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, Observatorio de Legislación y Política Migratoria, 2021..

personas y, como se mencionó, por las facultades de detención en flagrancia por señalamiento.

Los datos a nivel nacional revelan que una tercera parte de las agresiones hacia la población migrante son llevadas a cabo por parte de agentes policiales; sin embargo, cuando nos enfocamos en el nivel local encontramos que más de tres cuartas partes de los arrestos, detenciones y/o “levantones” son llevados a cabo por la policía municipal. A continuación, se desengranarán las implicaciones cualitativas de estos datos a partir del rescate de testimonios de personas deportadas que fueron detenidas arbitrariamente.

IV. DETENCIONES ARBITRARIAS A DEPORTADOS, PRÁCTICAS EXTRACTIVAS Y REPRESENTACIÓN DE LA DESECHABILIDAD

Cuando iniciaba esta investigación, al hacer un recorrido acompañado de una activista social por dicha zona,⁶ un policía que patrullaba el área se nos apareció abruptamente para cuestionar de muy malos modos los motivos por los que caminábamos allí y, sin escucharnos, nos dijo tajantemente que estaba prohibido circular por ahí. Sin embargo, también nos dijo que no nos reprendía dicha acción, ya que nos veía “limpios y buena gente”, de manera que como no íbamos “sucios y andrajosos” nos “daba permiso” para continuar caminando.

En este encuentro se puede deducir el atributo con el que la población callejera se hace visible y reconocible ante la mirada de los agentes policiales: la suciedad. Este atributo de identificación se vincula con diferentes etiquetas y estigmas relacionados a la peligrosidad, la criminalidad y la insalubridad. En última instancia, tiene como corolario una desvalorización efectiva de las vidas de los deportados en situación de calle, y es por ello que se facilitan las detenciones arbitrarias dirigidas hacia ellos.

⁶ Véase, Darinka Carballo de Fundación Gaia.

A partir de las experiencias y conversaciones con quienes sufrieron estas agresiones, he constatado que el aspecto de suciedad es parte del patrón recurrente de aprehensión. “Pues nomás de que me llevan a la 20 [estancia de infractores], me están molestando, pues que porque vamos mugrosos [sucios]”.⁷ Ser identificado como una persona “sucía” implica una potencial detención arbitraria. Sin embargo, dicha suciedad es consecuencia de la necesidad que tienen estas personas de moverse peatonalmente por las calles para trasladarse a los diferentes lugares que frecuentan por la ciudad. “Hace como unos dos meses me agarraron aquí abajo en la Castillo, ah que ya es delito caminar, «ah cabrón, ya es delito caminar, oye y ¿dónde irán a vender alas para volar? digo, para que no sea delito», «no estoy jugando hijo de puta», me dijeron los placas [policías]”.⁸

En diversos testimonios recopilados quedó claro que los policías no han tenido ninguna base empírica para sustentar la detención que llevaban a cabo, “me dicen los placas [agentes policías] «¿qué haces en la calle?», y le digo «oficial, es la única manera que he encontrado para trasladarme de un lugar a otro», ¿no?, y se queda pensando, «o qué me quieres por los cables o los techos, no mames cómo que qué haces en las calles»”.⁹

Sin embargo, para detenerlos “todo el tiempo le ponen lo mismo, vagancia”.¹⁰ En ese sentido, la justificación legal que los policías encuentran para detenerlos cuando van en la calle es el de “vagancia” o “deambulante”, contenido en el Bando de Policía y Buen Gobierno del Ayuntamiento de la ciudad,¹¹ el cual es aplicado a dis-

⁷ Pimpón, comunicación personal, 2016.

⁸ Manitas, comunicación personal, 2016.

⁹ Chilango, comunicación personal, 2016.

¹⁰ Guanajuato, comunicación personal, 2016.

¹¹ Algunos de los capítulos bajo los que se ha amparado la policía para hacer dichas detenciones arbitrarias llevan o llevaban la siguiente redacción: “Artículo 55 [artículo 64 en la última reforma]. Transitar en cualquier medio por las vías públicas, aceras o ambulatorias de las plazas o parques públicos incurriendo en molestias a la ciudadanía... Artículo 63 [abrogado en la última reforma]. Dormir en las vitalidades, parques, plazas, áreas verdes y demás sitios públicos. Artículo 64 [abrogado en la última reforma]. Mendigar en áreas públicas, solicitando dádivas de cualquier

creción. Este es el artificio legal sobre el que se sustentan las detenciones arbitrarias de deportados que habitan las calles y con el que se criminaliza su presencia en la ciudad.

Este estigma de vagancia que cargan por sus ropas sucias se cruza con las representaciones peyorativas en torno a los migrantes o deportados que hay en la ciudad:¹² “me querían mandar a mi país, pos ¡qué madres! pos si estoy en mi país... me dijeron tres veces que me fuera a mi país, el juez y los policías me dijeron que fuera a mi país”.¹³ A partir de determinadas características de vestimenta, los agentes policiales etiquetan indistintamente a deportados, migrantes o a poblaciones callejeras: “hasta me dijo un policía que si me veían con mochila y sucia me iban a recoger, que no cargara mochila porque dicen que todo el que carga mochila y anda caminando, dicen que quiere cruzar [la frontera]”.¹⁴ Podemos ver que la valoración que se hace sobre las personas en situación de movilidad que están circulando por la ciudad es claramente un estereotipo que está operando de forma discriminatoria y que se activa a partir de una intercambiabilidad de etiquetas de figuras deleznable.

Tras estos arrestos arbitrarios ha operado un estereotipo con una línea de acción discriminatoria y excluyente: estas son personas moralmente degradadas que hay que erradicar del espacio público. Pobres, drogadictos y deportados que, con su “vagancia” y “deambulante”, faltan a las normas del buen gobierno de una sociedad “productiva” como Tijuana. Estas personas saben que los uniformados ni van a velar por su seguridad ni los tratarán con un sentido humano.

especie... Artículo 78 [artículo 87 en la última reforma]. Utilizar lotes baldíos o construcciones en desuso para fomentar un ambiente de inseguridad... Artículo 121 [artículo 135 en la última reforma]. Deambular en la vía pública en estado de ebriedad o bajo el influjo de sustancias tóxicas”. Ayuntamiento de Tijuana, 2002, Bando de Policía y Buen Gobierno para el Municipio de Tijuana, Baja California, Poder Legislativo de Baja California, Tijuana, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/BAJA%20CALIFORNIA/Municipios/Tijuana/TijuanaBando01.pdf>.

¹² Véase, Velasco, Laura y Albicker, Sandra, *Estimación y caracterización de la población residente en “El Bordo” del canal del río Tijuana*, cit.

¹³ Manitas, comunicación personal, 2016.

¹⁴ Carlota, comunicación personal, 2016.

Al contrario, son conscientes que predominará un trato inhumano por parte de los policías: “a ver, órale mijo vengase nomás porque estás con tu bolsita, andas sucio, no tienes derechos humanos, a la verga, a chingar a su madre, nadie va a velar por tí”.¹⁵

Detrás de estos tratos inhumanos también se esconde una lógica predatoria que extrae algo de estas personas a partir de una deshumanización absoluta. Para sustentar este argumento y observar sus efectos, describiré las prácticas con las que es ejecutado dicho maltrato, después descifraré la lógica de desechabilidad que subyace a dichas prácticas extractivas.

Uno de los encuentros más recurrentes que tienen con los policías se da a partir de los “operativos” que la policía municipal activa diariamente, y la policía federal opera sobre una base regular. La mayoría de las veces que estas personas han ido a parar en la estancia municipal de infractores es a partir de dichas maniobras. Ahora bien, es evidente que hay una estrategia planeada por parte de la instancia policial para aprehender a estas personas, pues estos operativos se activan de seis a once de la mañana alrededor de la zona norte, el centro y la avenida Internacional, precisamente en el horario y los lugares en que estas personas asisten a desayunar a las distintas casas de asistencia. No sólo eso, los policías hacen redadas con camionetas y vagonetas cerrando calles en ambos sentidos y subiéndolo a dichos vehículos a todo aquel que se observa sucio. Por supuesto, la aprehensión de estas personas es todo, menos amable; los agentes imponen su voluntad a partir de una actitud intimidatoria que se protege detrás de su arma. La violenta cercanía de las armas de los policías apuntándote a la cara anula cualquier tipo de fuerza que se pueda tener para enfrentarlos.

Otra forma de maltrato observado en la interacción con los agentes policiales se relaciona con las maneras de dirigirse con violencia verbal hacia los habitantes de calle. La forma de insultos con que los vigilantes se dirigen a ellos delinea claramente que los policías los tratan inhumanamente: “Bueno, sé mis derechos, pero

¹⁵ Hermosillo, comunicación personal, 2016.

aquí no tengo ni uno carnal, y sé mis derechos; les he dicho al oficial los pinches artículos, muchos ni se los saben. Ninguno ... Tengo el derecho, como dice *el placa*, «a mamar —dice— ya mamaste»¹⁶. Este testimonio revela que algunos tratos policiales hacia los habitantes de calle parten del supuesto y representación de que una persona en esta situación no tiene ningún derecho humano, por lo que puede ser usado predatoriamente a beneficio suyo.

Cuando estas personas son representadas sin derechos se zanja el camino para que los agentes policiales los maltraten física y psicológicamente:

...el oficial me dijo “párate”, con la pistola en la mano; yo me tiré al suelo y me puso un patadón y me tronó las costillas; “¡oye! ¿y por qué me pegas? —le dije— ¡ay, guey! me quebraste las costillas”, “cállese hijo de su madre”, y ya íbamos, me dijeron que si hacía algo me iban a desaparecer “te vamos a matar hijo de tu reputa madre”, y pues me llevaron a la 20 [estancia de infractores]”¹⁷.

Como este relato, abundan múltiples testimonios del abuso de autoridad que llevan a cabo los agentes municipales para detenerlos.

Más allá de que existen más factores por el que estas personas están en la calle, lo que importa resaltar es que una instancia social que debería otorgar certeza y seguridad, así como colocar las bases para una reintegración social, ha tenido efectos contrarios en la subjetividad y posibilidades de agencia de estas personas. En lugar de impulsarlos a mejorar, ellos sienten que los impulsan a involucrarse en las actividades ilícitas. Encuentran en los agentes policiales la alteridad que los subyuga.

Detrás de la deshumanización que se presenta en los tratos e interacciones que la policía tiene con estas personas, se observan prácticas predatorias que buscan extraer algún provecho de la presencia de estas personas en la calle —prácticas que, por supuesto, se colocan en el amplio marco de corrupción institucional

¹⁶ Chilango, comunicación personal, 2016.

¹⁷ Manitas, comunicación personal, 2016.

e impunidad en México, que han hecho posible llevar a cabo prácticas ilegales sin ningún castigo—. Evidentemente para que esto sea así, los habitantes de calle son vistos como personas no productivas para la sociedad, en donde su único valor radica en la posibilidad que su presencia y sus cuerpos ofrecen para el provecho de los agentes policiales. Estas prácticas extractivas se encontraron en tres modalidades.

En primer lugar, los despojos materiales; es decir, extracción de objetos materiales que estas personas puedan poseer y diversas formas de extorsión: “entre que son peras y son manzanas me dio tres patadas, un policía, y se robó una herramienta que yo traía, y ya me llevaron a la persona que supuestamente había asaltado y «no pues ese no es» y me dejaron ir. Pero ya, ya habían sido los golpes y la herramienta no la traía”.¹⁸ Estas personas también declararon que cuando los detienen, los policías les preguntan reiteradamente si traen dinero para que los puedan dejar ir. Estas formas de extorsión se vinculan con formas de corrupción que los habitantes de calle alcanzan a percibir, las cuales se extienden hacia dentro de las corporaciones de justicia llegando a los jueces de distrito: “llegas adentro [al juzgado] y también pura tranza; si traes 200 o 300 el juez te suelta en chinga, es lo que te digo, pues cuándo se va a acabar esa mamada, es parte de todo, que a nosotros nos llevan ahí, en esa pinche tajada”.¹⁹

En segundo lugar, la elevación de números de detención. En una de las conversaciones cotidianas, uno de ellos me comentó que le preguntó a un policía que lo detuvo “¿por qué me levantas [detienes] si no traigo nada?”, a lo que el policía le contestó que “por eso, porque no traes nada te levanto”. Es decir, una vez que los policías se han dado cuenta que no pueden extorsionarlos con dinero o algún objeto material, estas personas aún pueden ser de utilidad para ellos, pues les funcionan para elevar los números de detención requeridos en la delegación policial; esta práctica se conoce como

¹⁸ Chava, comunicación personal, 2016.

¹⁹ Hermosillo, comunicación personal, 2016.

“hacer la clave”.²⁰ “Yo miro que nomás levantan a la gente, nomás pa’ hacer números, porque un chingo de gente acá y qué necesidad hay de levantarlo y subirlo a la pinche patrulla, y tirarle sus cosas y pasarle báscula [inspeccionarlo], para hacerlo sentir como criminales”.²¹ “Hacer la clave” con los potencialmente detenibles conlleva la posibilidad de incrementar las estadísticas como indicador de eficacia policial en la delegación.

En tercer lugar, las descargas emocionales. Un valor que también se extrae con las detenciones arbitrarias es la posibilidad de golpear a un ser humano sin que a nadie le importe:

...se para uno, venía solo el oficial y se baja el güey, yo creo que le gusté pa’ los madrazos o no sé qué y dice “¿qué? ¿nos aventamos un tiro [golpes] y te dejo ir? ¿o te doy unos plomazos?”, y le digo “ay güey, no pues llévame a la 20 [estancia de infractores]”, y dice “unos madrazos, vamos a ver qué tal” y le digo “qué pues oficial”, “arre, pues ábrete a la verga, no te quiero ver”. Pero le gusté para unos putazos [golpes] al hijo de su puta madre.²²

Este testimonio da cuenta de que también son vistos como el costal de descarga emocional, y revela claramente que, para los agentes policiales, ellos son seres funcionales por la posibilidad de ser desechados.

Ahora bien, a pesar de tener ampliamente documentados los testimonios sobre tratos inhumanos por parte de las corporaciones policiales en Tijuana, no conocí ningún caso de denuncia ante instancias de protección a los derechos humanos. El miedo a ser detenido de nuevo o a represalias por parte de los agentes policiales han sido las motivaciones para guardar silencio. Dicho mutismo es también una de las situaciones que permite a los policías seguir operando de dicha manera.

²⁰ Contreras Velasco, Oscar, “Vivir en los márgenes del Estado: un estudio en la frontera México-Estados Unidos”, *Región y Sociedad*, año XXVIII, núm. 65, 2016, pp. 235-262.

²¹ Hermosillo, comunicación personal, 2016.

²² Chilango, comunicación personal, 2016.

V. CONCLUSIONES

En la interacción de los agentes policiales con habitantes de calle en Tijuana hay una lógica instrumental que extrae cualquier tipo de beneficio posible —dinero, objetos, descargas emocionales o elevación de números— a partir de que se piensa a estas personas como seres con cuerpos maleables y utilizables que pueden ser usados a discreción sin que nadie más se interese por ellos. El hecho de que sean representados como seres desechables no agota, para decirlo en otros términos, las posibilidades bionecropolíticas que encarnan los habitantes de calle. Justamente por ser considerados desechables es que aún son funcionales para extraer cierto valor dentro de una economía política de la desechabilidad humana, donde las instancias policiales son el brazo ejecutante y beneficiario.

Detrás de la relación que los policías tienen con estas personas hay una representación de seres desechables que pueden ser usados a discreción para su beneficio bajo la idea de que nadie va a reclamar por ello y a nadie les importan. De manera que, justamente por ubicarse en las calles como seres ignominiosos, pueden ser utilizados para extraerles el valor que radica en su posibilidad de ser desechados. Como estas prácticas extractivas y lógicas predatorias se llevan a cabo con maltratos y violencia extrema, las personas en situación de calle se ven afectados emocional y subjetivamente al grado de tener miedo de moverse de los espacios residuales del espacio urbano. Así, se observa un profundo deterioro de la capacidad transformativa de la agencia en la relación con los policías, lo que también colabora para que estas personas se mantengan en la calle.

Esta conclusión es aún parcial, pues queda como asignatura pendiente una investigación que vincule cómo es que los sesgos estigmatizantes y discriminatorios en la detención arbitraria hacia migrantes tienen tintes xenófobos, aporofóbicos y racistas que provienen de discursos nativistas, elitistas y de odio racial que son reproducidos en múltiples escalas de la esfera pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Falsas sospechas. Detenciones arbitrarias por la policía en México*, London, Amnesty International, 2017.
- Bando de Policía y Buen Gobierno para el Municipio de Tijuana, Baja California, Tijuana, Poder Legislativo de Baja California, 2002.
- Bando de Policía y Buen Gobierno para el Municipio de Tijuana, Baja California, Tijuana, Ayuntamiento de Tijuana, 2020.
- CNDH, “Sistema nacional de alerta de violación a los derechos humanos”, 2016, disponible en: <http://appweb.cndh.org.mx/SNA/inicio2016.asp>, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Sistema nacional de alerta de violación a los derechos humanos”, 2015, disponible en: <http://appweb.cndh.org.mx/SNA/inicioant.asp>, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2014”, CNDH-México, 2015, disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anales/2014.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2013”, CNDH-México, 2014, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anales/2013_I.pdf, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2012”, CNDH-México, 2013, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anales/2012_I.pdf, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2011”, CNDH-México, 2012, disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anales/2011.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2010”, CNDH-México, 2011, disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anales/2010.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2017.

- cn dh.org mx/sites/all/doc/informes/anuales/2010.pdf*, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2009”, CNDH-México, 2010, disponible en: *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anuales/2009.pdf*, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2008”, CNDH-México, 2009, disponible en: *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anuales/2008.pdf*, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2007”, CNDH-México, 2008, disponible en: *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anuales/2007.pdf*, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, “Informe de actividades. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2006”, CNDH-México, 2007, disponible en: *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anuales/2006.pdf*, consultado el 2 de mayo de 2017.
- CNDH, *Informe especial sobre secuestro de migrantes en México. 22 de febrero de 2011*, CNDH, disponible en: *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2011_secigrantes.pdf*, consultado el 2 de mayo.
- CONTRERAS VELASCO, Óscar, “Vivir en los márgenes del Estado: un estudio en la frontera México-Estados Unidos”, *Región y Sociedad*, año XXVIII, núm. 65, 2016.
- INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES (INACIPE)-COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH), *Estudios del comportamiento criminológico del fenómeno de detenciones arbitrarias y su relación con la desaparición forzada, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, México, Inacipe-CNDH, 2019.
- MONTE, Juan Antonio del y BAUTISTA, Andrea, *Los grandes olvidados de la pandemia en Tijuana: un retrato de la vida callejera fronteriza durante una contingencia mundial*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, Observatorio de Legislación y Política Migratoria, 2021.

NACIONES UNIDAS, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, *Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, Consejo de Derechos Humanos, 30o. periodo de sesiones, 4 de agosto de 2015, Signatura A/HRC/30/69.

RED DE DOCUMENTACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DEFENSORAS DE MIGRANTES (REDODEM), *Migraciones en México: fronteras, omisiones y transgresiones*, México, Redodem, 2020.

VELASCO, Laura y ALBICKER, Sandra, *Estimación y caracterización de la población residente en “El Bordo” del canal del río Tijuana*, El Colegio de la Frontera Norte, 2013.

SEGUNDA PARTE
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,
CULTURALES Y AMBIENTALES

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO ANTE PROBLEMAS AMBIENTALES BINACIONALES EN LA REGIÓN FRONTERIZA TIJUANA-SAN DIEGO

Gloria Stephanie ESPARZA PUENTE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemas ambientales binacionales en la región fronteriza Tijuana-San Diego*. III. *La protección del derecho a un medio ambiente sano*. IV. *Reflexiones finales*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos¹ se modificaron diversos artículos, todos ellos trascendentales, pero sin lugar a duda la reforma del artículo 1o. trajo consigo importantes cambios y avances dentro del sistema jurídico mexicano, y con ellos se impactó benéficamente la protección y garantía del derecho a un medio ambiente sano.

La reforma modificó varios párrafos del artículo 1o. constitucional. Un primer cambio consistió en emplear el verbo “reconocer” y no el de “otorgar”: “En los Estados Unidos Mexicanos todas

* Candidata a doctora y estudiante del Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Estación Noroeste de Investigación y Docencia; lic.gloriaesparza@gmail.com.

¹ *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”. El Estado transitó de una postura ideológica positivista hacia una postura iusnaturalista “reconociendo” la existencia de derechos inherentes al hombre, anteriores a la existencia del Estado.

La reforma también trajo consigo *la cláusula de interpretación conforme*, que representa una técnica interpretativa para la armonización de las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos. Con esta figura jurídica, acompañada del principio pro persona, y a la luz del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad que se crea a raíz de esta reforma, se amplió el catálogo de derechos humanos. Por eso, ahora no sólo comprende los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional, sino que se extiende a todos aquellos establecidos en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. Con ello, se integran un conjunto de nuevas obligaciones para nuestro país, vinculadas con el derecho a un medio ambiente sano, tendentes a proteger todos los elementos que forman parte de éste.

De igual manera, con esta reforma se incluyeron diversos principios que todas las autoridades deben seguir para tutelar los derechos humanos: los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En consecuencia, con esta reforma se introdujeron principios e instituciones que han enriquecido de manera notable nuestro Estado de derecho y que han contribuido a garantizar el derecho a un medio ambiente sano.²

No obstante, cuando se presentan problemas ambientales transfronterizos, como los que se dan en la región fronteriza de Tijuana-San Diego, los mecanismos jurisdiccionales nacionales para hacer valer nuestro derecho a un medio ambiente sano pueden resultar limitados, pues sólo tienen validez interna y no producen efectos

² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como un nuevo paradigma constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2015.

en otras jurisdicciones políticas. De ahí que para su adecuado tratamiento se exija la aplicación de normas jurídicas internacionales y la cooperación binacional.

El derecho humano a un medio ambiente sano, según mandato constitucional, goza de una verdadera fuerza jurídica que vincula a la autoridad para asegurar tales condiciones ambientales. El Estado mexicano tiene la obligación de garantizar el ejercicio pleno y la tutela jurisdiccional de este derecho, aun en casos como los de la contaminación de carácter transfronterizo que se genera en la región fronteriza de Tijuana-San Diego. Las obligaciones a cargo del Estado deben satisfacerse tanto en el plano nacional como en el internacional, y debe cumplir con las obligaciones adquiridas en virtud de la normativa nacional e internacional.

II. PROBLEMAS AMBIENTALES BINACIONALES EN LA REGIÓN FRONTERIZA TIJUANA-SAN DIEGO

La ciudad de Tijuana colinda al norte con la ciudad de San Diego, California, en Estados Unidos de América. Este par de ciudades forman la más grande metrópoli binacional de la región fronteriza entre México y Estados Unidos, con una población combinada de aproximadamente 3.3 millones de habitantes,³ que comparten el mismo aire, agua, tierra y ecosistemas. Si bien la región tiene un alto grado de integración comercial, cultural, y una tradición de lazos transfronterizos, al mismo tiempo la línea divisoria internacional separa dos naciones con sistemas políticos y niveles de fortaleza económica muy diferentes.

Debido a la privilegiada ubicación geográfica de la ciudad de Tijuana, al compartir frontera con los Estados Unidos de América

³ Actualmente Tijuana es el municipio más poblado de México con 1,922,523 habitantes (sin considerar la población flotante). San Diego reportó en 2019 una población de 1,423,851 habitantes. INEGI, *Censo de población y vivienda 2020*, disponible en: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx?tema=P>. U. S. Census Bureau, *Population Estimates 2019*, disponible en: <https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/sandiegocitycalifornia,sandiegocountycalifornia,US/PST045219>.

y ser puerta de entrada hacia el Océano Pacífico, y con la entrada en vigor del entonces Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se tuvo como consecuencia un incremento en el intercambio comercial regional. Este crecimiento económico contribuyó a la creación de empleos y a la expansión de sus zonas urbanas. Sin embargo, la protección ambiental, así como los recursos y la planificación para sostener dicho crecimiento, se han quedado atrás, lo que ha ocasionado que los recursos naturales se hayan visto impactados, y como consecuencia tanto el medio ambiente como la salud pública se han visto afectados negativamente en ambos lados de la frontera.

Las consecuencias que originan estos problemas ambientales en la salud y bienestar de los residentes fronterizos expuestos a ellos conllevan la violación a su derecho a un medio ambiente sano. Sin duda, la frontera internacional agrega complejidades para abordar problemas ambientales binacionales, ya que estos problemas compartidos traen consigo una serie de implicaciones: dos Estados soberanos con marcos jurídicos diferentes, distintos estándares y sistemas de medición de los contaminantes, y sobre todo el contraste cultural y económico entre ambos países.

En la región fronteriza de Tijuana-San Diego se presenta una serie de problemas ambientales; sin embargo, sólo haremos referencia a dos problemas de carácter binacional: la contaminación del aire que se genera en el cruce fronterizo de Tijuana-San Ysidro y la contaminación transfronteriza del agua por derramas de aguas residuales sin tratar del río Tijuana, que contaminan las playas de Imperial Beach, California. Estos problemas ambientales binacionales nos proporcionan un ejemplo dinámico de los retos que enfrenta el manejo de este tipo de problemas, y las dificultades para garantizar el derecho a un medio ambiente sano.

1. La contaminación del aire en el cruce fronterizo Tijuana-San Ysidro

Los cruces fronterizos terrestres se han convertido en un elemento crítico de la integración económica y la competitividad de la

región binacional, la creciente demanda comercial ha llevado a una mayor congestión en estos cruces y ha generado largos tiempos de espera para vehículos y peatones.

De todos los puertos de entrada en la frontera entre México y Estados Unidos, el más activo en cuanto a vehículos de transporte privado y peatones es, sin duda, el de San Ysidro, que une las ciudades de Tijuana y San Diego, el cual ha llegado a considerarse como el puerto terrestre más transitado del hemisferio oeste.⁴ Según cifras oficiales, transitan por este cruce fronterizo un promedio de 41,000 vehículos (automóviles privados y autobuses de pasajeros) y 100,000 personas (peatones y pasajeros a bordo de vehículos y autobuses) diariamente en dirección norte, de México a Estados Unidos.⁵ Estas cifras han ido en aumento con el crecimiento de la población y de los empleos, por lo que se prevé que para 2030 estas cifras aumenten hasta en un 87%.⁶

La mayoría de las personas que transitan a diario por este cruce fronterizo son estudiantes y trabajadores, quienes deben permanecer dentro de sus vehículos o estar de pie por largos periodos de tiempo para ser inspeccionados por los oficiales de Aduanas y Protección Fronteriza de Estados Unidos (CBP). Los tiempos de espera para cruzar en dirección norte, de México hacia los Estados Unidos, a pie o en vehículo privado de pasajeros, puede variar de acuerdo con la temporada o por tener retrasos debidos a distintos factores impredecibles (como por razones de seguridad o por oleadas inesperadas

⁴ Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos, Puerto de Entrada de San Ysidro, disponible en: <https://www.gsa.gov/about-us/regions/welcome-to-the-pacific-rim-region-9/land-ports-of-entry/san-ysidro-land-port-of-entry>.

⁵ Durante 2019, alrededor de 25.8 millones de pasajeros en 15 millones de vehículos de transporte privado, 10.8 millones de peatones y 38 mil autobuses cruzaron hacia el norte, de Tijuana a San Diego, a través del Puerto de Entrada de San Ysidro; Departamento de Transporte de Estados Unidos, Oficina de Estadísticas de Transporte, disponible en: <https://explore.dot.gov/views/BorderCrossingData/Annual?:isGuestRedirectFromVizportal=y&embed=y>.

⁶ Administración de Servicios de Generales de los Estados Unidos, *Garita de San Ysidro, hoja informativa*, disponible en: <https://www.gsa.gov/cdnstatic/San%20Ysidro%20Hoja%20Informativa%20-%20Diciembre%202019.pdf>.

en la demanda de cruce).⁷ Las filas de vehículos por lo general pueden durar en espera de una a tres horas para llegar al punto de inspección.⁸

Esta congestión en el Puerto de Entrada de San Ysidro produce una gran cantidad de contaminación del aire. Las emisiones de estos vehículos tienen un papel importante en la calidad del aire de la región fronteriza, afectando la cuenca de aire común que comparten los dos países. Además, las emisiones de los vehículos de motor causan efectos perjudiciales en la salud de las comunidades de ambos lados de la frontera, contribuyen a los riesgos de morbilidad y mortalidad para los conductores, los viajeros y las personas que viven en las proximidades, como lo demuestran los estudios epidemiológicos y las evaluaciones de los estándares de emisión de vehículos.⁹

Según un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la contaminación del aire constituye el más importante riesgo medioambiental para la salud humana.¹⁰ Los contaminantes, al ser inhalados por las personas, producen efectos negativos en su salud, como asma, enfermedades respiratorias, ataques cardíacos y apoplejías, enfermedades de la piel y efectos crónicos, tales como cáncer, tuberculosis, enfisema y fibrosis.¹¹

Si bien es cierto que el Estado mexicano ha realizado esfuerzos para prevenir, reducir y controlar las emisiones de contaminantes a la atmósfera en la zona metropolitana de Tijuana y en la región fronteriza, además de esfuerzos de cooperación e iniciativas

⁷ Los cruces fronterizos de Estados Unidos hacia México, es decir en dirección sur, serán excluidos de este trabajo, a pesar de que también reportan demoras.

⁸ Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos, *Tiempos de espera fronterizos*, disponible en: <https://bwt.cbp.gov/details/09250401/POV>

⁹ Cfr. Krzyzanowski, Michal et al. (eds.), *Health Effects of Transport-related Air Pollution*, Dinamarca, World Health Organization, 2005.

¹⁰ Cfr. Organización Mundial de la Salud, Nota descriptiva N. 313, disponible en: http://www.diba.cat/c/document_library/get_file?uuid=e16b754c-4a0b-4bb6-bdf3-439741b23ae5&groupId=7294824.

¹¹ Lee, Erik y Ganster, Paul (eds.), *The U.S.-Mexican Border Environment*, t. 16: *Progress and Challenges for Sustainability*, Estados Unidos, Consorcio del Suroeste para Investigación y Política Ambiental, Universidad Estatal de San Diego, 2012, p. 201.

binacionales para la protección y mejoramiento del medio ambiente en la zona fronteriza, la realidad es que estas medidas han resultado insuficientes. Al ser un problema ambiental de carácter transfronterizo, que implica una misma cuenca atmosférica compartida por dos Estados soberanos, requiere de una solución integral que involucre el compromiso, la cooperación, la acción y la participación tanto de México como de Estados Unidos para proteger la salud de la población expuesta a la contaminación del aire, y con ello respetar, proteger y garantizar su derecho a un medio ambiente sano.

2. La contaminación transfronteriza del agua en las playas de Imperial Beach, California

La cuenca del río Tijuana es un gran sistema de 4400 kilómetros cuadrados que se extiende a ambos lados de la frontera internacional, con tres cuartas partes ubicadas en México y la cuarta parte final en los Estados Unidos. El río comienza en las montañas de Tijuana y sus alrededores y cruza la frontera internacional a 6.5 kilómetros de la costa, desembocando al Océano Pacífico a través de un valle de 20 kilómetros cuadrados ubicado principalmente en el condado de San Diego, Estados Unidos, donde se encuentra la ciudad de Imperial Beach.¹²

Los problemas crónicos de saneamiento del río Tijuana surgen por el derrame de aguas residuales de la ciudad de Tijuana y afectan el tramo inferior del río cuando ingresa a los Estados Unidos en el condado de San Diego y descarga en el Océano Pacífico contaminando primordialmente las playas de Imperial Beach. En tiempo de lluvias, el agua corre por la ciudad de Tijuana, recogiendo basura y otros contaminantes a medida que fluye hacia el norte, hasta eventualmente desembocar en el Océano Pacífico. En la actualidad, el problema se ve agravado debido a comunidades improvisadas

¹² Cfr. *Good Neighbor Environmental Board (GNEB), Informe 18: Calidad ambiental y seguridad fronteriza: una retrospectiva de 10 años*, Estados Unidos, EPA, GNEB, 2017.

ubicadas en algunos de los cañones en la ciudad de Tijuana, justo al sur de la frontera, donde sus residentes vacían su basura (botellas de plástico, muebles, llantas, entre otras) y aguas residuales directamente en los canales de desagüe que llevan el agua a través de la frontera. Con estas situaciones se han agregado otros problemas que afectan a las comunidades, como mayor contaminación, sedimentación y depósito de basura en el río.

Algunas de las aguas residuales que se recolectan se bombean a las plantas de tratamiento de aguas, donde se supone que se tratan y se descargan a través de una enorme tubería como agua limpia en el océano; sin embargo, la instalación no ha funcionado bien durante años. Decenas de millones de galones de aguas residuales sin tratar que se derraman cada año en el río Tijuana en el lado mexicano fluyen regularmente a través de la frontera hasta el sur de California, contaminando la tierra, el aire y el mar, y como uno de sus resultados, la costa sur de la ciudad de Imperial Beach debe ser cerrada al público frecuentemente, afectando a toda su comunidad.¹³

Se han encontrado en estas aguas, coliformes fecales, bacterias resistentes a los medicamentos, benceno, cadmio, mercurio, desechos médicos de cromo hexavalente y dicloro difenil tricloroetano (DDT), un insecticida que ha estado prohibido durante años en Estados Unidos.¹⁴ Estos contaminantes pueden llegar a causar varias lesiones a la salud de las personas que tienen contacto con ellas, como oficiales de migración o las personas que utilizan las playas cercanas. Las erupciones en la piel son muy comunes, así como problemas estomacales, infecciones y hasta bacterias carnívoras.

¹³ Se calcula que fluyen alrededor de 25 a 40 millones de galones de aguas residuales al día, y en época de lluvia ha llegado a superar los 7000 millones de galones. Cfi: California Water Boards, International Boundary and Water Commission Transboundary Flow Reports, https://www.waterboards.ca.gov/sandiego/water_issues/programs/tijuana_river_valley_strategy/spill_report.html.

¹⁴ Comisión Internacional de Límites y Aguas (CILA), *Binational Water Quality Study of the Tijuana River and Adjacent Canyons and Drains, Final report*, agosto de 2020, disponible en: https://ibwvc.gov/Files/Min320_Binational_Report_TJ_River_Watershed_with_Appendix090120.pdf.

Se han desarrollado y financiado una serie de proyectos de infraestructura para tratar de resolver este problema, aunque sólo de manera temporal, y no total y definitiva. Se ha creado un cuerpo consultivo binacional, con el fin de desarrollar un documento binacional de naturaleza integral que guíe los proyectos de evaluación y planeación de la cuenca; sin embargo, hasta ahora no ha generado mayores resultados para resolver el problema. Además, las comunidades locales afectadas del lado estadounidense han estado muy involucradas, han exhortado a su gobierno por las vías políticas, diplomáticas, regulatorias y administrativas para que atienda la situación e inviertan recursos para controlar y tratar las aguas contaminadas que afectan a sus comunidades, y ante la falta de respuesta y la persistencia de la situación, se han visto obligados a recurrir a un recurso jurisdiccional.

De manera más reciente, en febrero de 2020, con la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Congreso de Estados Unidos asignó \$300 millones de dólares para abordar el problema de las aguas residuales a lo largo de la zona fronteriza. Los funcionarios del condado de San Diego desean asegurar la mayor parte de esa cantidad, aunque es sólo una fracción de lo que se necesita, para financiar una nueva instalación para capturar los derrames de aguas residuales del río Tijuana, y ayudar a México a mantener su sistema de aguas residuales en Tijuana. Sin embargo, no es claro qué parte de la financiación federal llegará finalmente a la región de Tijuana-San Diego.¹⁵

Todos estos esfuerzos han contribuido a generar apoyo local y a persuadir a los gobiernos de no limitar sus actuaciones a sus propias jurisdicciones, sino que el compromiso de ambos Estados sea administrar el río como un sistema de cuencas hidrográficas binacionales. Desgraciadamente, nuevos eventos de contaminación han continuado ocurriendo en el río Tijuana, obligando al cierre

¹⁵ Cfr. *The San Diego Union Tribune*, nota periodística del 2 de febrero de 2020, disponible en: <https://www.sandiegouniontribune.com/en-espanol/noticias/story/2020-02-02/san-diego-recibira-300-mdd-para-bloquear-residuos-de-mexico>.

de playas, y dando advertencias de salud pública para los usuarios de la playa de Imperial Beach. Si bien el problema ha captado la atención de la opinión pública local, nacional e internacional, y se han tomado medidas para tratar de resolverlo, no se ha encontrado una solución efectiva en ambos lados de la frontera durante décadas.

III. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

Durante los diez años que han transcurrido a partir de la publicación de la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, con la que se creó un nuevo paradigma constitucional que amplió el horizonte de los derechos humanos, reforzó las garantías jurisdiccionales y fortaleció el Estado de derecho, ha sido compleja la actividad y el esfuerzo para promover, difundir y, sobre todo, para hacer cumplir el derecho humano a un medio ambiente sano. Por ello, para poder ejercer este derecho de manera efectiva ante casos como los planteados, es necesario tener una visión integral de carácter nacional e internacional de este derecho.

En el ámbito nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 4o., párrafo cuarto, reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho...”.

Este derecho, a partir de la reforma constitucional de 2010 al artículo 1o., exige la tutela más amplia. Del contenido de los artículos 1o. y 4o. se desprende un mandato a todas las autoridades del Estado de garantizar la existencia de un medio ambiente sano y propicio para el desarrollo humano y el bienestar de las personas. Este mandato vincula a todas las autoridades: legislativas, administrativas y judiciales, quienes deben adoptar, en el marco de sus

competencias, todas aquellas medidas que sean necesarias para la protección del ambiente.¹⁶

En el ámbito internacional, debemos mencionar que sólo la Carta Africana de Derechos Humanos¹⁷ y, dentro del sistema interamericano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador) reconocen expresamente el derecho a un medio ambiente sano.

El Protocolo de San Salvador lo contempla en su artículo 11 de la siguiente manera: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Con este documento se cambia la visión de la protección del medio ambiente, debido a que postula el derecho humano a un medio ambiente sano como un derecho autónomo, sin dejar de reconocer la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Resulta importante señalar que el Protocolo de San Salvador fue el primer instrumento internacional en reconocer expresamente el derecho en cuestión; además, es de gran importancia para México, ya que al ser Estado parte en dicho Protocolo se hace vinculante el reconocimiento y la protección del derecho humano a un medio ambiente sano en nuestro país.¹⁸

Existen otros importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen alusión, aunque no de manera expresa, al derecho a un medio ambiente sano, como la Carta Árabe de Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores y la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2018.

¹⁷ En su artículo 24 contempla el derecho de todos los pueblos a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.

¹⁸ México firmó el Protocolo en noviembre de 1988, lo ratificó en marzo de 1996 y realizó el depósito del instrumento de ratificación en abril de 1996, aunque este instrumento entró en vigor hasta el 16 de noviembre de 1999, año en que fue reconocido este derecho en nuestra Constitución Política.

Ahora, si hablamos del derecho a un medio ambiente sano en la frontera norte de México, debemos hacer referencia al andamiaje binacional ambiental existente entre México y Estados Unidos. En primer lugar, se encuentra el Convenio sobre Cooperación entre México y los Estados Unidos para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona Fronteriza (conocido como “Convenio de La Paz” por haberse suscrito en la ciudad de La Paz, BCS). Este Convenio constituye la base en la que se fundamenta la cooperación entre ambos países para tratar problemas ambientales transfronterizos. De este Convenio han derivado diversos acuerdos subsidiarios en forma de anexos, para resolver problemas específicos, y una serie de programas binacionales ambientales.¹⁹

Además, se cuenta con importantes iniciativas ambientales derivadas del entonces TLCAN, que se conservan con el nuevo T-MEC, como el acuerdo paralelo de cooperación ambiental, y el establecimiento de un conjunto de instituciones binacionales y trinacionales: la Comisión de Cooperación Ecológica Fronteriza (COCEF), junto con el Banco de Desarrollo de América del Norte (BDAN),²⁰ ahora fusionadas como una institución conjunta que se encarga del desarrollo y financiamiento de proyectos ambientales en la región fronteriza entre México y Estados Unidos, y la Comisión de Cooperación Ambiental (CCA), que es una organización trilateral formada a través del acuerdo paralelo ambiental del entonces TLCAN, la cual aborda cuestiones ambientales fronterizas y transfronterizas, y atiende las peticiones ciudadanas para la aplicación efectiva de la legislación ambiental.

Adicionalmente, para problemas relacionados con la contaminación de aguas transfronterizas, existe el Tratado de Aguas de 1944 (Tratado sobre Distribución de las Aguas Internacionales) y las agencias binacionales facultadas para afrontar el deterioro del agua

¹⁹ Los programas frontera, con el más reciente Programa Frontera 2020, aunque ya se está trabajando en una nueva iniciativa que lo sustituirá, para dar continuidad a este esfuerzo de cooperación ambiental binacional.

²⁰ En Estados Unidos, el North American Development Bank (NADBANK por sus siglas en inglés) y Border Environment Cooperation Commission (BECC).

que afecta a lo largo de la frontera: la Comisión Internacional de Límites y Aguas (CILA) en México y su contraparte estadounidense, la International Boundary Water Commission (IBWC).

En cierta forma, podría considerarse que los gobiernos de México y Estados Unidos han respondido al desafío que plantean los problemas ambientales fronterizos con esta serie de medidas de cooperación. Dichas medidas han llevado a ambos países a trabajar en colaboración para ayudar a salvaguardar la salud de los residentes fronterizos, al proteger y mejorar el medio ambiente en la zona fronteriza, incluidas las cuencas de aire y de agua compartidas. Sin embargo, hasta el momento, aunque se cuenta con un buen andamiaje binacional ambiental, no se ha encontrado una solución efectiva y definitiva a estos problemas compartidos, de manera que se garantice el derecho a un medio ambiente sano. Más bien, se ha advertido una falta de interés y de voluntad política de ambos países.

IV. REFLEXIONES FINALES

Si nos preguntamos cuál es el futuro del derecho humano a un medio ambiente sano en la frontera Tijuana-San Diego a diez años de la reforma en materia de derechos humanos, podríamos afirmar que la juridificación del derecho humano al medio ambiente sano en México ha tenido un enorme, aunque aún perfectible, avance a nivel constitucional en materia ambiental, en especial a partir de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, con la que se ha ampliado la protección de este derecho.

Aunque podemos afirmar que el Estado mexicano ha realizado esfuerzos para prevenir, reducir y controlar la contaminación ambiental en la región fronteriza, además de esfuerzos de cooperación e iniciativas binacionales para la protección y mejoramiento del medio ambiente en esa zona, la realidad es que estas medidas hasta ahora han resultado insuficientes. Tanto a nivel nacional como binacional continúa siendo un reto buscar soluciones a problemas

ambientales transfronterizos. Este tipo de problemas que implican un mismo medio ambiente compartido por dos Estados soberanos requieren de una solución integral que involucre el compromiso, la cooperación, la acción y la participación tanto de México como de Estados Unidos, para proteger la salud de la población expuesta a la contaminación, y con ello respetar, proteger y garantizar su derecho a un medio ambiente sano. Para ello es imprescindible la voluntad política y un compromiso renovado de ambos Estados.

El Estado mexicano debe actuar de manera directa y contundente con una estrategia que implique políticas públicas adecuadas que permitan la participación de todas las autoridades en todos los niveles de gobierno, programas de acción que sean puestos en práctica, creación de instituciones, designación de recursos para construir una infraestructura tecnológica, desarrollar capacidad humana y homogenización de la información, así como la realización de estudios a los que se les dé seguimiento.

Además, es necesario contar con la participación de todos los sectores de la sociedad, particularmente a nivel local, y en este caso regional-binacional, que son los que conocen la situación y sufren sus consecuencias; generar una conciencia ciudadana informada acerca de estos problemas y del derecho a un medio ambiente sano, para poder exigir al Estado que cumpla con las obligaciones adquiridas en virtud de la normativa nacional e internacional, y que asuma los compromisos que adoptó en materia de cooperación ambiental en la zona fronteriza. De esta manera, podemos crear un futuro en donde el derecho a un medio ambiente sano, como lo reconoce el artículo 4o. de nuestra Constitución, no sólo sea “poesía constitucional”, sino una realidad que podamos vivir y disfrutar.

V. BIBLIOGRAFÍA

ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS DE GENERALES DE LOS ESTADOS UNIDOS (GSA), *Garita de San Ysidro, hoja informativa*.

- ADUANAS Y PROTECCIÓN FRONTERIZA DE LOS ESTADOS UNIDOS (CBP), *Tiempos de espera fronterizos*.
- California Water Boards, International Boundary and Water Commission Transboundary Flow Reports.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE LÍMITES Y AGUAS (CILA), *Bina-tional Water Quality Study of the Tijuana River and Adjacent Canyons and Drains, Final report*, agosto de 2020.
- DEPARTAMENTO DE TRANSPORTE DE ESTADOS UNIDOS, Oficina de Estadísticas de Transporte.
- Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como un nuevo paradigma constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2015.
- GOOD NEIGHBOR ENVIRONMENTAL BOARD, *Informe 18: calidad ambiental y seguridad fronteriza: una retrospectiva de 10 años*, Estados Unidos, EPA, GNEB, 2017.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA (INEGI), *Censo de población y vivienda 2020*.
- KRZYZANOWSKI, Michal *et al.* (eds.), *Health Effects of Transport-related Air Pollution*, Dinamarca, World Health Organization, 2005.
- LEE, Erik y GANSTER, Paul (eds.), *The U.S.-Mexican Border Environment*, t. 16: *Progress and Challenges for Sustainability*, Estados Unidos, Consorcio del Suroeste para Investigación y Política Ambiental, Universidad Estatal de San Diego, 2012.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Nota descriptiva N. 313*.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PRIMERA SALA, Amparo en Revisión 307/2018.
- The San Diego Union Tribune*, nota periodística del 2 de febrero de 2020.
- U.S. CENSUS BUREAU, *Population Estimates 2019*.

CAPÍTULO QUINTO

EL AGUA EN BAJA CALIFORNIA COMO DERECHO, BIEN PÚBLICO Y LA GESTIÓN

Michell ÁLVAREZ LÓPEZ*

No se aprecia el valor del agua
hasta que se seca el pozo.

Proverbio inglés

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El agua como derecho humano*. III. *El agua como bien público*. IV. *La gestión del agua en Baja California*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El estado de Baja California vive una crisis hídrica que afecta a todas las actividades humanas y económicas en la región, por lo que el derecho al agua ha tomado una importancia singular ante esta situación, aumentada por la emergencia sanitaria de la COVID-19, las políticas públicas y la gestión de las diferentes instituciones y administraciones en el gobierno estatal. Desde la mira de los derechos humanos, los bajacalifornianos se enfrentan con la escasez, siendo el derecho al agua

* Profesora de tiempo completo en la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Derecho Tijuana; michell.alvarez@uabc.edu.mx.

un enlace con otros derechos fundamentales como el derecho a la vivienda, el derecho a la salud y el derecho al trabajo.

II. EL AGUA COMO DERECHO HUMANO

El 8 de febrero de 2012 se agregó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 4o.,¹ por lo que es pertinente resaltar los siguientes puntos: primero, el Estado garantiza el acceso personal al agua para todas las personas en la República mexicana; segundo, el Estado es el encargado de la gestión de los recursos hídricos, por lo que funge como un administrador de este recurso natural, siendo este punto sólo secundario a la garantía del derecho humano al agua. Algunos autores expresan que el agua como derecho es un recurso regulado de diversas formas en la Constitución, y para su comprensión resulta un modelo complejo desde su entendimiento hasta su operación, agravado en su funcionamiento por el imperativo de poder satisfacer esa “necesidad humana básica”.²

El antecedente de la reforma constitucional de 2012 se encuentra en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Consejo de Derechos Humanos, que reconocen el derecho humano al agua y al saneamiento. Éste se desprende del derecho a un nivel de vida adecuado, establecido en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³ Al respecto, Jorge Witker indica que a la luz de las

¹ Artículo 4o. de la CEUM: “... Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines...”.

² Silva Hernández, Francisca, “El agua como derecho humano”, *Revista Inclusión*, Chile, Editorial Cuadernos de Sofía, vol. 7, núm. especial, 2020, p. 4.

³ *Artículo 4to: Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015, p. 22.

reformas de 2011 y 2012 los derechos humanos juegan un papel muy importante en materia hídrica en México, ya que los tratados internacionales podrían prevalecer sobre nuestra Constitución.⁴

La importancia puede ser tan elemental que en años recientes vemos un creciente interés de la comunidad científica por encontrar agua en cualquiera de sus estados en el espacio, tal es el caso de la sonda espacial en el planeta Marte y el descubrimiento de agua en estado sólido y gaseoso.⁵ Dichos descubrimientos ponen en perspectiva lo que el agua significa para la vida, permanencia y sobrevivencia del planeta y todas sus especies, incluyendo los seres humanos.

Es preciso analizar la relación vinculante e interdependiente que tiene el derecho al agua con otros derechos humanos, como el derecho a la vivienda, el derecho a la salud y el derecho a un medio ambiente sano. Al respecto, la Observación número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU considera al agua como una condición previa y esencial para todas las actividades humanas. El mismo Comité define que el derecho al agua es “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico”. La disponibilidad se refiere a que el abastecimiento de agua para cada persona deber ser continuo y suficiente, la calidad debe ser salubre, y no deberá contener algún tipo de contaminante que pueda representar una amenaza para la salud; la accesibilidad se refiere a que el agua debe ser asequible a todas las personas que se encuentren dentro del territorio de un Estado, tanto física como económicamente.

Adicionalmente, el informe preliminar presentado por el relator especial sobre la “relación entre el disfrute de los derechos

⁴ Witker, Jorge, “El agua como recurso natural desde la perspectiva del derecho económico”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 600.

⁵ Véase, Fedorova, Ana F. *et al.*, “Stormy water on Mars: The distribution and saturation of atmospheric water during the dusty season”, *Science*, Estados Unidos de América, vol. 367, Issue 6475, 2020, pp. 297-300, <https://science.sciencemag.org/content/367/6475/297>.

económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 2002, menciona que el objetivo del derecho al agua consiste en “Garantizar a cada persona una cantidad mínima de agua de buena calidad que sea suficiente para la vida y la salud, es decir, que le permita satisfacer sus necesidades esenciales que consisten en beber, preparar los alimentos, conservar la salud y producir algunos alimentos para el consumo familiar”.

El derecho al agua parece tomar más importancia en la presente pandemia de SARS-COV-2 que produce la COVID-19, en la que el acceso al agua es esencial para el saneamiento y ejercer el derecho a la salud. Estas condiciones ponen de manifiesto el esencial carácter del derecho al agua y la obligación del Estado de administrar y proveer las condiciones adecuadas para que todos los individuos tengan acceso a este líquido vital.

III. EL AGUA COMO BIEN PÚBLICO

El agua como recurso es único, y puede ser un recurso renovable o no renovable. Puede ser considerada como un recurso renovable cuando se controla cuidadosamente su uso, tratamiento, liberación y circulación. Sin embargo, también puede ser considerada un recurso no renovable en un lugar en particular.⁶ Por ello, la explotación de un acuífero o de una fuente superficial se puede realizar observando una norma de derecho económico que fije una tasa de equilibrio entre su utilización y la recarga material.⁷

Derivado del derecho al agua, el Estado es el principal obligado. Las obligaciones que éste debe cumplir se dividen en dos tipos: a) positivas o de hacer: suministrar agua potable, evacuar aguas residuales y darles tratamiento, y b) negativas o de abstención: no interrumpir el servicio de agua.

⁶ Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 599.

⁷ *Ibidem*, p. 602.

Así, el Estado tiene la responsabilidad más importante relacionada con el acceso al derecho al agua. La Ley de Aguas Nacionales en su artículo 14 bis 5 establece:

Los principios que sustentan la política hídrica nacional son:

I. El agua es un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y asunto de seguridad nacional;

II. La gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca hidrológica es la base de la política hídrica nacional;⁸

De la citada Ley podemos derivar un “derecho de aguas” que se vincula con el derecho económico, el cual visualizamos como la norma que regula con eficiencia y equidad la distribución, aprovechamiento, control y preservación del agua continental, en equilibrio con los ecosistemas y dentro de un desarrollo integral sustentable del recurso.⁹ Este derecho enfrenta tres problemas fundamentales: la escasez, la sobreexplotación y la contaminación.

No obstante, podemos considerar el agua como mercancía o bien económico, la cual tiene una clasificación arancelaria en las fracciones 22.01.1001, 22.01.9001 y 22.01.1099,¹⁰ lo que confirma su utilidad como elemento indispensable para las actividades productivas.

Los servicios administrados por el Estado y relacionados con la provisión de agua potable son un verdadero monopolio en todo su sentido. La conjunción de ser el agua un bien esencial y el comportamiento de la estructura de costos, que permite la economía de escala, ha sido la causa explicativa de dicho monopolio natural.¹¹

⁸ Ley de Aguas Nacionales, México, 2021, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16_060120.pdf.

⁹ Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 602.

¹⁰ Ley de Aguas Nacionales, *cit.*

¹¹ Witker, Jorge, *op. cit.*, pp. 605 y 606.

Esto es, el Estado controla las cuencas acuíferas, los mares, el servicio de agua potable y drenaje.

Uno de los temas de más relevancia es el precio del agua, el cual cumple con una triple función: social, en reconocimiento de la capacidad de pago y el nivel socioeconómico del grupo o individuo; económica, por los incentivos para orientar la demanda, y financiera, por la autoeficiencia de empresa proveedora del servicio.¹² En México, existe una clasificación por el uso destino del agua, y eso determina la tarifa.

Tal como lo indica el artículo 115¹³ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la administración, gestión y cobro del agua potable y drenaje corresponden a una división política de estados y municipios, lo cual desencadena un sinnúmero de problemas en la aplicación de distintas tarifas que podrían derivar de la misma cuenca.¹⁴

En relación con la gestión del agua, en México el panorama es alarmante. Recientemente, diarios de circulación nacional han reportado que: “El 83 por ciento del país en algún grado de sequía, el acaparamiento de 70 por ciento de las concesiones de agua por tan sólo 2 por ciento de los usuarios y una creciente disputa por el líquido, hay al menos 41 millones de mexicanos que carecen de ella diariamente y todavía hay 8.5 millones que no tienen conexión a la red de agua potable”.¹⁵

En un país donde existen problemas diversos, esto representa un tópico de controversia. Especialmente a la luz del conflicto de 2020 en Chihuahua, en el que los agricultores tomaron las presas

¹² *Ibidem*, p. 606.

¹³ “Artículo 115 III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales...”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2021.

¹⁴ Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 608.

¹⁵ Encisco, Angélica L., “Con algún grado de sequía, 83% del territorio nacional”, *La Jornada*, México, 2021, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/03/22/politica/con-algun-grado-de-sequia-83-del-territorio-nacional/>.

para evitar la extracción por parte de las autoridades mexicanas que buscaban cumplir con un compromiso derivado del Tratado Internacional de Aguas entre México y Estados Unidos de América, en el que México se obliga a proveer agua a su vecino en Texas. El asunto derivó en un enfrentamiento con miembros de la Guardia Nacional en la presa La Boquilla, en el que el saldo incluyó la muerte de una mujer que se manifestaba en ese sitio.¹⁶

Otro problema es el crecimiento de las ciudades, lo que genera un conflicto para el abasto en el suministro, ya que implica que los gobiernos locales realicen inversiones en la infraestructura, aumentando los costos del servicio.

En general, se considera que en conjunto el marco jurídico y las políticas públicas para el sector agua en México crean condiciones de inequidad, las cuales obstaculizan el cumplimiento del derecho humano al agua,¹⁷ ya que el sistema de concesiones es contrario a las obligaciones e indicaciones derivadas del derecho internacional.

IV. LA GESTIÓN DEL AGUA EN BAJA CALIFORNIA

En el estado de Baja California, el gobierno estatal presta el servicio de agua potable desde 1967, cuando se expidió la Ley Estatal de Servicios Públicos, la cual derivó en la creación de comisiones de servicios públicos encargadas de la gestión del agua potable en los municipios. El gobierno estatal ha retenido esta responsabilidad con base en el artículo 115 constitucional, que permite que los gobiernos estatales puedan prestar supletoriamente el servicio.¹⁸

¹⁶ Valle Vargas, Monserrat, “Las claves del caso de Chihuahua y su lucha por el agua”, *TecReview*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Grupo Expansión, 2020, disponible en: <https://tecreview.tec.mx/2020/10/12/tendencias/las-claves-del-caso-de-chihuahua-y-su-lucha-por-el-agua/>.

¹⁷ Martínez-Austria, Polioptro F. y Vargas-Hidalgo, Alberto, “Sistema de asignaciones, concesiones y política hídrica en México. Efectos en el derecho humano al agua”, *Tecnologías y Ciencias del Agua*, México, vol. VIII, núm. 5, 2017, p. 124.

¹⁸ Pineda Pablos, Nicolás y Briseño Ramírez, Hugo, “¿Por qué son mejores los organismos de agua de Baja California que los de Sonora? Instituciones locales y

Todos los estados del norte de la República mexicana se encuentran en la misma situación: la escasez. Baja California se encuentra en una zona de alto estrés hídrico derivado de las sequías propias del clima árido y semiárido de la región. Esta zona es la segunda en el país con menor disponibilidad hídrica después del Valle de México. Una situación exacerbada por la poca precipitación de la región, la creciente demanda y sobreexplotación de los recursos de agua subterráneos.¹⁹ El problema es sencillo: existe una demanda mayor a la oferta, lo que implica un problema para la gestión del agua de los gobiernos locales.

Sin embargo, esta situación tiene un enfoque binacional y transfronterizo, ya que los recursos hídricos superficiales en el estado de Baja California están asociados al agua que México recibe del río Colorado en virtud del Tratado de Aguas Internacionales entre México y Estados Unidos, firmado en 1944; esta es tan sólo una de las muchas cuencas de agua transfronteriza compartidas a nivel mundial.²⁰ Como en la región de Chihuahua, la disponibilidad de agua en la región está ligada al derecho de los tratados y las obligaciones derivadas de estos instrumentos internacionales. El mencionado Tratado binacional de 1944 prevé reducciones proporcionales para los ocho estados usuarios. En las actas 219 y 323 establecen reducciones en caso de que los niveles de agua en la presa Hoover se encuentren por debajo de la línea crítica de 1.075 psnmm. Esto impactaría en la disminución de volúmenes de entrega de agua superficial a México.²¹

Otros problemas importantes en el manejo actual de los recursos hídricos en el estado de Baja California son la sobreasignación

desempeño de los organismos públicos”, *Región y Sociedad*, México, núm. 3, 2012, pp. 197-199. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10223024006>.

¹⁹ Sánchez Rodríguez, Roberto Alejandro, *¿Un futuro sin agua?*, México, Colegio de la Frontera Norte, 2020, disponible en: <https://www.colef.mx/opinion/un-futuro-sin-agua/>.

²⁰ *Idem*.

²¹ Cortez Lara, Alfonso Andrés, “Elementos de conflicto socioambiental: la cervecera Constellation Brands y el agua de Mexicali”, *Frontera Norte*, 32, e2032, México, 2020, p. 7, disponible en: <https://doi.org/10.33679/rfn.v1i1.2032>.

de los derechos de uso de agua por encima de los recursos hídricos disponibles y el manejo poco eficaz del agua en el sector de la agricultura, el cual constituye el sector con mayor consumo, con mayores pérdidas y con menor productividad, por lo que las estrategias se centran en mejorar la productividad del agua en este sector, introduciendo así el concepto *productividad del agua*, que es una medida sólida para determinar la capacidad de los sistemas agrícolas y para proporcionar una visión sólida para la determinación de las oportunidades de redistribución de agua en las cuencas.²² Algunos estudios indican que el precio real del agua es muy bajo en relación con otras regiones agrícolas del mundo. Esto obliga a los agricultores a buscar formas de maximizar la rentabilidad de los cultivos y lograr la sostenibilidad integral (socioeconómica y ambiental) de la agricultura de riego. Un estudio analiza un producto específico en el Valle de Mexicali, y concluye que resulta deficiente la productividad económica al contrastarla con otras regiones productoras similares.²³ Estas condiciones, resultado de la gestión del agua, buscan promover la agricultura como sector productivo preponderante en el estado de Baja California, criterios pertenecientes a una realidad desactualizada que imponen una medida proteccionista que resulta en una deficiente productividad y falta de competencia del sector. Parece un desperdicio el uso del agua en la agricultura en los términos anteriores; sin embargo, hay que considerar que la agricultura garantiza la seguridad alimentaria nacional y la subsistencia de miles de personas que dependen de ese sector.

La “seguridad del agua” parece un concepto pertinente de considerar al tenor de los temas analizados anteriormente. La Organización de las Naciones Unidas la define como “la capacidad de una población para resguardar el acceso sostenible a cantidades adecuadas de agua de calidad aceptable para el sustento, bienestar

²² Ríos Flores, José Luis *et al.*, “Eficiencia y productividad del agua de riego en trigo (*Triticum vulgare*) de Ensenada y Valle de Mexicali, Baja California, México”, *Acta univ. México*, vol. 26, núm. 1, 2016, p. 20, disponible en: <https://doi.org/10.15174/au.2016.825>.

²³ Ríos Flores, José Luis *et al.*, *op. cit.*, p. 26.

y desarrollo socioeconómico sostenibles, para asegurar la protección contra la contaminación y para preservar los ecosistemas, en un clima de paz y estabilidad política”.²⁴ Otros estudios mencionan que la SA considera el vínculo estrecho de los sistemas interconectados: social-ecológico-hidroclimático. Este vínculo requiere ser implementado a través de sistemas de gobernación y gestión del agua flexibles, que promuevan la confianza entre usuarios y organismos gubernamentales, el intercambio de información amplia y oportuna, la transparencia y el compromiso responsable con usuarios, y la representación efectiva entre los tomadores de decisiones, la comunidad científica y las redes de política pública.²⁵ El caso particular del proyecto de la planta cervecera Constellations Brands en Mexicali, considerando las condiciones de semiaridez, la amenaza de escasez y la sobreexplotación de fuentes de agua, pone a la luz un conflicto en el que es evidente la falta de apego a los conceptos de seguridad del agua, sostenibilidad y gobernanza ambiental, los cuales buscan minimizar los riesgos ambientales y promover la participación amplia y efectiva de los actores sociales en la toma de decisiones vinculadas al proyecto. En el estudio *post mortem* del caso, es evidente que los procesos y acuerdos del proyecto propiciados por el gobierno del estado de Baja California están plagados de opacidad e inconsistencias, que motivaron el rechazo social, y finalmente concluyeron en la consulta ciudadana en marzo de 2020 que determinó la cancelación del proyecto.²⁶

La política pública relacionada con la gestión del agua se agrega a las condiciones de la región. En particular a las pasadas administraciones. A finales de 2016, el Congreso de Baja California aprobó, a iniciativa del gobernador Francisco “Kiko” Vega de Lamadrid, una ley estatal de aguas que planteaba la privatización

²⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Water Security and the Global Water Agenda: A UN-Water analytical brief*. United Nation University. Policy and Analytical Briefs, UN Water, Estados Unidos de América, 2013, disponible en: <https://www.unwater.org/publications/water-security-global-water-agenda/>.

²⁵ Cortez Lara, Alfonso Andrés, *op. cit.*, p. 4.

²⁶ *Ibidem*, pp. 1-21.

de las empresas públicas de agua de la entidad. La ley establecía, además, el encarecimiento y liberalización de tarifas del servicio y el corte del suministro a clientes morosos. La ley sentaba las bases para la construcción de tres plantas desalinizadoras en San Quintín, Ensenada y Rosarito bajo esquemas de asociación público-privada, con los que se endeuda al estado por casi 40 años y en los que participan grandes transnacionales del agua, como Suez, Consolidated Waters, OHL-GS Inima, RWL Water, entre otras.

Aunque dichos proyectos no prosperaron, este sólo ha sido uno de los planes de los gobiernos locales por abordar el problema de las condiciones hídricas de la región. Otra situación particular ante la escasez del agua se dio en 2020, en la que, ante la condición de las presas y el mencionado problema de la oferta y demanda, se creó una condición particular en medio de la emergencia sanitaria de COVID-19. El gobierno local propuso un programa de “tandeos” en los que ciertas zonas sistemáticamente estarían sin suministro de agua de forma cíclica, condición que persistió por algunos meses. Esto hizo evidente a la ciudadanía el problema del agua en la región.

El gobierno local también solicitó al vecino país del norte la liberación por adelantado del agua, derivada del Tratado Binacional de Aguas de 1944, para poder cumplir con la demanda de la región, especialmente en los meses de verano de 2020.

Recientemente, el Colegio de la Frontera Norte realizó un estudio que analiza la vulnerabilidad de la gestión del agua en el contexto del cambio climático en Baja California. Los resultados del estudio muestran que al proyectar la tendencia actual en la disponibilidad, ésta disminuye en las proyecciones a 2030 y 2050, por lo que el manejo de los recursos hídricos en el estado de Baja California es un serio problema que se agravará en el futuro.²⁷

Los aspectos anteriores presuponen la posibilidad de un futuro incierto, en el que el conflicto social en torno a la distribución y uso del agua debido a la escasez implicaría efectos nocivos en la estructura social actual, ya que significaría un retroceso en el crecimiento de las áreas metropolitanas y el surgimiento de asentamientos

²⁷ Sánchez Rodríguez, Roberto Alejandro, *op. cit.*

desprovistos de agua, aumentando así las condiciones de desigualdad. La problemática de la región pone en evidencia que las medidas tomadas por los gobiernos presentes y anteriores sólo atienden a aumentar la oferta, esto es, a buscar nuevas fuentes de agua, sin atender a mejorar la gestión de los recursos hídricos existentes ni crear esquemas de gestión sostenible. La posible solución a los problemas deberá ser un plan integral que proponga la búsqueda de fuentes, a la par del saneamiento y buena gestión de las existentes, a fin de que la brecha entre la oferta y la demanda del agua se aminore, recordando que del agua dependen todas las actividades humanas y económicas de la región.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Artículo 4to: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2021.
- CORTEZ LARA, Alfonso Andrés, “Elementos de conflicto socioambiental: la cervecera Constellation Brands y el agua de Mexicali”, *Frontera Norte*, 32, e2032, México, 2020, disponible en: <https://doi.org/10.33679/rfn.v1i1.2032>.
- ENCISCO, Angélica L., “Con algún grado de sequía, 83% del territorio nacional”, *La Jornada*, México, 2021, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/03/22/politica/con-algun-grado-de-sequia-83-del-territorio-nacional/>.
- FEDOROVA, Ana F. *et al.*, “Stormy water on Mars: The distribution and saturation of atmospheric water during the dusty season”, *Science*, Estados Unidos de América, vol. 367, Issue 6475, 2020, disponible en: <https://science.sciencemag.org/content/367/6475/297>.
- Ley de Aguas Nacionales, México, 2021, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16_060120.pdf.

- MARTÍNEZ-AUSTRIA, Polioptro F. y VARGAS-HIDALGO, Alberto, “Sistema de asignaciones, concesiones y política hídrica en México. Efectos en el derecho humano al agua”, *Tecnologías y Ciencias del Agua*, México, vol. VIII, núm. 5, 2017.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Water Security and the Global Water Agenda: A UN-Water analytical brief. United Nation University*, Estados Unidos de América, Policy and Analytical Briefs, UN Water, 2013, disponible en: <https://www.unwater.org/publications/water-security-global-water-agenda/>.
- PINEDA PABLOS, Nicolás y BRISEÑO RAMÍREZ, Hugo, “¿Por qué son mejores los organismos de agua de Baja California que los de Sonora? Instituciones locales y desempeño de los organismos públicos”, *Región y Sociedad*, México, núm. 3, 2012, Redalyc, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10223024006>.
- RÍOS FLORES, José Luis *et al.*, “Eficiencia y productividad del agua de riego en trigo (*Triticum vulgare*) de Ensenada y Valle de Mexicali, Baja California, México”, *Acta univ*, México, vol. 26, n. 1, 2016, disponible en: <https://doi.org/10.15174/au.2016.825>.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Roberto Alejandro, *¿Un futuro sin agua?*, México, Colegio de la Frontera Norte, 2020, disponible en: <https://www.colef.mx/opinion/un-futuro-sin-agua/>.
- SILVA HERNÁNDEZ, Francisca, “El agua como derecho humano”, *Revista Inclusiones*, Chile, Editorial Cuadernos de Sofia, vol. 7, núm. especial, 2020.
- VALLE VARGAS, Monserrat, “Las claves del caso de Chihuahua y su lucha por el agua”, *TecReview*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Grupo Expansión, 2020, disponible en: <https://tecreview.tec.mx/2020/10/12/tendencias/las-claves-del-caso-de-chihuahua-y-su-lucha-por-el-agua/>.
- WITKER, Jorge, “El agua como recurso natural desde la perspectiva del derecho económico”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

CAPÍTULO SEXTO

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: UN RECORRIDO HISTÓRICO Y DATOS PARA BAJA CALIFORNIA

Araceli ALMARAZ ALVARADO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Declaratoria y Conferencia Mundial de los Derechos Humanos*. III. *Derechos sociales, económicos y culturales en el marco del Global Compact y los ODS*. IV. *Instrumentación en México del PIDESC*. V. *Atención a los derechos económicos, sociales y culturales en Baja California*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 6 y el 10 de junio de 2011 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* de México las reformas constitucionales sobre el orden jurídico y el fortalecimiento a la protección de los derechos humanos. El antecedente de dichas normas se origina en 1948 cuando se establece la Declaratoria Internacional de los Derechos Humanos que han suscrito la mayoría de los países en el mundo. A esta proclamación le sigue el reconocimiento particular de derechos a los que toda persona debe aspirar por ser parte de una economía

* Investigadora en el Departamento de Estudios Sociales en el Colegio de la Frontera Norte; almaraz@colef.mx.

que busca el desarrollo humano. Por ello es que el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales emerge y se constituye con una estructura propia. El motivo de este documento es hacer un recuento histórico del reconocimiento a tales derechos, resaltando tres aspectos: 1) los instrumentos que se han implementado a nivel internacional; 2) los traslapes con el Pacto Global para las empresas y los Objetivos del Desarrollo Sostenible al 2030, y 3) los alcances de México en su compromiso y ratificación del Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

II. LA DECLARATORIA Y CONFERENCIA MUNDIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen como antecedente la declaratoria universal de los derechos humanos que en 1948 fue aprobada por la comunidad internacional. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su asamblea en París, celebrada el 10 de diciembre, en la Resolución 217 A (III), definió el contenido de una declaración universal para proteger los derechos humanos fundamentales de todas las personas.¹ La declaratoria se sustentó en siete considerandos y la integraron 30 artículos relacionados con las libertades, condiciones de igualdad, seguridad y propiedad. De esta declaratoria destacan los artículos 22 a 27, relacionados con lo que más tarde se reconocerán como derechos económicos, sociales y culturales en un pacto internacional:

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, recuperada de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos;

y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

FUENTE: Organización de las Naciones Unidas, 1948.

Los derechos económicos, sociales y culturales fueron reconocidos el 16 de diciembre de 1966 al adoptarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual quedó integrado en cinco partes y dividido en 31 artículos, y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General (Resolución 2200 A [XXI]). De ellos vale la pena destacar la parte II de la cual emana el espíritu del acuerdo:

Parte II

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

FUENTE: Naciones Unidas, Derechos Humanos.

La entrada en vigor del PIDESC quedó prevista hasta el 3 de enero de 1976, de ahí que las medidas de asistencia, cooperación internacional y comunicaciones en la materia se hayan aplazado varias décadas, y en casos como el de México aún sigan un ritmo lento. Esta problemática se deriva, en parte, de que no hubo un órgano encargado explícitamente de la vigilancia de los Estados parte entre 1966 y 1976, pues algún caso relativo a supuestas violaciones solamente era informado al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

*El Comité de los Derechos Económicos, Sociales
y Culturales y el Protocolo Facultativo*

Fue hasta 1985 que, con el nombre de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), se integró un órgano de vigilancia del PIDESC que quedaría integrado por 18 expertos independientes (Resolución ECOSOC 1985/17 del 28 de mayo de 1985). El CDESC quedaría entonces como el órgano encargado de dar seguimiento a los procesos del pacto y presentarlos ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.²

Pero si bien los derechos económicos, sociales y culturales fueron proclamados como derechos humanos básicos y se abrió un espacio en la estructura de las Naciones Unidas, no fue sino hasta 1993, en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, de Viena, Austria, que se estableció “su universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación, así como la obligación de otorgarles el mismo peso y consideración”.³

Quince años más tarde fue presentado el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sería adoptado en diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU y abierto para su firma hasta el 24 de septiembre de 2009. En la ceremonia de apertura, celebrada el 24 de septiembre de este año, la alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Navi Pillay, señaló que⁴

El Protocolo Facultativo permitirá, por primera vez, que las víctimas busquen justicia a nivel internacional por violaciones a sus

² El Consejo Económico y Social se dedica a fomentar los tres pilares del desarrollo sostenible, que son el económico, el social y el ambiental; disponible en: <https://www.un.org/unispal/es/data-collection/the-United-nations-economic-and-social-council/>.

³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, CNDH-México, p. 10.

⁴ Navi Pillay, alta comisionada de las Naciones Unidas, mensaje pronunciado en la ceremonia de apertura del 24 de septiembre de 2021.

derechos económicos, sociales y culturales, mediante el envío de comunicaciones individuales al Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Así, representa un verdadero hito en el sistema internacional de derechos humanos.

La ONU también ha señalado que dicho protocolo facultativo “no crea ningún derecho sustantivo nuevo”, sino que es un mecanismo que permite que personas o grupos presenten quejas ante el CDESC de las Naciones Unidas para denunciar supuestas violaciones de tales derechos, siempre y cuando éstas sean cometidas por un Estado parte y comunicadas.⁵ Los tres procedimientos internacionales de protección que se implementaron fueron: “1) comunicaciones individuales, 2) comunicaciones interestatales y, 3) un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los DESC”.⁶

Además de dar seguimiento a las comunicaciones, el CDESC también quedó facultado para adoptar directrices “sobre la forma y el contenido de los informes”, adoptar “observaciones generales que permiten guiar la interpretación y la aplicación de los artículos del Pacto”, y “examinar comunicaciones individuales e interestatales, e investigar presuntas violaciones”.

Cabe señalar que en las mesas de debate que prosiguieron a estos avances se hizo referencia con mayor claridad a los aspectos relacionados con una vida plena, libre, segura, sana y digna, y a que todas las personas debían tener satisfechas sus necesidades de trabajo, alimentación, vivienda, atención médica, educación y cultura. Si se revisa la parte III del PIDESC se observa también una tendencia de la ONU hacia la alineación de diversos pactos; en este caso, con el Global Compact o Pacto Global para las empresas y los Objetivos.

⁵ Véase el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: <https://acnudh.org/hoja-informativa-protocolo-facultativo-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales/>.

⁶ *Idem*.

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

FUENTE: Naciones Unidas, Derechos Humanos.

III. DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES EN EL MARCO DEL GLOBAL COMPACT Y LOS ODS

En 1999 se propuso el Pacto Mundial ante el Foro Económico Mundial, donde el secretario general de la ONU en turno invitó a los dirigentes empresariales a sumarse a esta iniciativa internacional, “en cuyo marco las empresas colaborarían con los organismos de la ONU, las organizaciones laborales y la sociedad civil (OSC) para promover principios sociales y ambientales de carácter universal”. La estructura del Pacto Mundial abrió así la participación a los Estados a formar parte de las redes mundiales a empresas, organizaciones laborales y a organismos de la sociedad civil. Mientras que por parte de la ONU participarían la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

La iniciativa se concretó un año más tarde y a partir de entonces las empresas y países que se sumaron al Pacto Mundial debían asumir los diez principios cuya base se encontraba en las declaraciones universales de derechos humanos, derechos fundamentales

en el trabajo, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Pero si bien prevalece una alta correspondencia entre una parte de los contenidos del PIDESC y del Pacto Global,⁷ los avances concretos siguen una ruta lenta. A pesar del llamado a las empresas para que de forma voluntaria alineasen sus operaciones estratégicas al Pacto Mundial (Global Compact), en 2000 sólo 8,000 firmas de 135 países estaban adscritas a una red, y 13,043 empresas de 160 países lo hacían en 2020. En la medida en que los protocolos y las estrategias de los países no estén alineados y reconocidos jurídica y empresarialmente, los derechos implicados están en riesgo. En México, la Red del Pacto Mundial fue habilitada hasta 2005, lo cual implicó un retraso de seis años desde su habilitación. Además, si se considera que el total de unidades económicas mexicanas asciende a 4,000,000, es ínfima la participación empresarial.

En cuanto a la cooperación internacional y las medidas detrás de la frontera, el logro de los Objetivos del Desarrollo Sostenible también se ha alineado con el PIDESC, por lo que es factible esperar resultados positivos. A diferencia de los Objetivos del Desarrollo del Milenio para el periodo 2000-2015, donde no se definieron de manera explícita metas paralelas entre ambos instrumentos internacionales, la nueva agenda del desarrollo sostenible sí plantea objetivos coincidentes. Los paralelismos se sostienen en 5 de los 17 objetivos vigentes, en los numerales 3 (salud y bienestar), 5 (igualdad de género), 8 (trabajo decente y crecimiento económico), 10 (reducción de las desigualdades) y 12 (producción y consumo responsables).

Este breve recorrido histórico sobre el PIDESC y su derivación de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 denota claros avances y preocupaciones en el escenario internacional, así como las coincidencias y alineación con otros pactos y metas, como se ha visto. Sin embargo, los matices más claros deben apreciarse por país

⁷ Véase, Organización de las Naciones Unidas, “Antecedentes, el Pacto Mundial”, disponible en: www.un.org/es/context.shtml.

y región. A continuación, se tocan algunos aspectos para el caso de México.

IV. INSTRUMENTACIÓN EN MÉXICO DEL PIDESC

Un aspecto relevante en la cooperación internacional fue distinguir en el ámbito de los derechos humanos a la dimensión económica con un enfoque que iba más allá de los aspectos materiales, donde la organización económica y los derechos sociales debían ser vistos como asuntos de primer orden y no de segundo. Pese a ello, los avances reales fueron pausados, así como lo sucedido en cada país.

Los compromisos iniciales de los Estados parte debían ser la divulgación del Pacto y el Protocolo Facultativo, así como facilitar el acceso a la información de los dictámenes y recomendaciones que el CDESC requiere para dar seguimiento a las comunicaciones enviadas. Al verificar las estadísticas relacionadas con comunicaciones de 2018, se puede inferir que existe también otro tipo de retrasos en el resto de los Estados parte, pues sólo hubo 23 registros.

El Estado mexicano se adhirió al PIDESC el 23 de marzo de 1981, previéndose que entrara en vigor el 12 de mayo de ese año. No obstante, el Estado mexicano tiene un atraso muy importante en su actuación como parte del PIDESC, ya que a 2012 no se había ratificado la adopción del Protocolo Facultativo. En 2019, en el Senado de la República mexicana, en su sesión número 2034, tanto “senadores, especialistas y representantes de organizaciones sociales, hicieron un llamado para ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En el marco del conversatorio, el “presidente del Senado de la República, Martí Batres Guadarrama, destacó que el discurso de los derechos humanos puede ser profundamente ideológico si no encuentra los instrumentos para su materialización”. En la información actualizada de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, México aparece como país no firmante

del PIDESC del “Protocolo opcional del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales: 1753”. Una hipótesis sobre el retraso mexicano en la adhesión al PIDESC tiene que ver con el trabajo que lleva a cabo la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), cuya labor incluye los derechos económicos y sociales. Como se aprecia en la siguiente lista, la CNDH de México

...proporciona servicios de atención prioritaria a diferentes grupos en situación de vulnerabilidad mediante los siguientes programas y/o temas especiales [a]:

- A. Personas Migrantes
- B. Víctimas del Delito y de Violaciones a Derechos Humanos
- C. Niñas, Niños y Adolescentes
- D. Jóvenes, Personas Mayores y Familias
- E. Personas desaparecidas y no localizadas; Seguimiento al “Caso Iguala”; Oficina Especial para Investigar la Represión y Desapariciones Forzadas por Violencia Política del Estado durante el Pasado Reciente
- F. Sexualidad, Salud y VIH
- G. Igualdad entre Mujeres y Hombres
- H. Periodistas y Personas Defensoras Civiles
- I. Contra la Trata de Personas
- J. Pueblos y Comunidades Indígenas
- K. Personas con Discapacidad
- L. Mecanismo de Prevención de la Tortura
- M. Sistema Penitenciario – Personas Privadas de la Libertad
- Personas Indígenas en Reclusión
- N. Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
- Ñ. Empresas y Derechos Humanos.⁸

Por ello, la CNDH de México considera que los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA) son

⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Iii. Grupos de atención prioritaria y otros temas, CNDH-México, 2020, disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60002>.

...aquellos derechos que se relacionan con la satisfacción de necesidades básicas de las personas, y comprenden distintos derechos humanos, entre ellos: los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la salud, al agua, al saneamiento, al trabajo, a la seguridad social, a una vivienda adecuada, a la educación, a la cultura, así como al medio ambiente sano.

Asimismo, se señala que cada Estado tendrá la obligación de garantizar tales derechos. En 2021 las principales quejas interpuestas se concentraron en seguridad social, derechos laborales y vivienda.

V. ATENCIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN BAJA CALIFORNIA

La instancia que precedió a la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Baja California (CEDHBC) fue la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana (PDHPC), que, con la iniciativa de ley aprobada para tales efectos en enero de 1991, entró en funciones el 10 de marzo del mismo año, al ser publicado en el *Diario Oficial de Baja California*. Esta instancia se hizo cargo del seguimiento de las denuncias de derechos humanos en Baja California hasta el 30 de mayo de 2015, fecha en que entró en funciones la actual CEDHBC. Por las características socioeconómicas y geográficas de Baja California, el mayor número de asuntos revisados por la Comisión ha correspondido a personas en situación de migración, a la población indígena que se encuentra en Baja California, salud, derechos de defensores y defensoras de derechos humanos, y ataques a periodistas.⁹ En tanto que el seguimiento de los DESCAs en Baja California por parte de la Comisión Estatal de Derechos Humanos ha sido un punto incluido recientemente.

En el reporte anual 2020 de la CEDHBC sólo se incluyó información respecto a los DESCAs en el apartado de capacitación. El 25 de noviembre de ese año, la Comisión Estatal ofreció a su

⁹ Informes de la CEDHBC, 2017-2018.

personal información sobre los “Mecanismos internos e internacionales de protección de los DESCAs”.¹⁰ Los reportes anuales, como la información pública desde las distintas plataformas de la CEDHBC, deben incluir datos sobre seguridad social, derechos laborales y vivienda.

Entre 2008 y 2020, Baja California no presentó grandes cambios en la estimación de personas con un ingreso inferior a la línea de pobreza extrema, ya que de 236,900 personas registradas en el año inicial, para 2020 el total fue de 196 mil personas. Por su parte, las personas vulnerables por carencias sociales manifestaron un aumento importante para el mismo periodo, al pasar de 1,314,200 en 2008 a 1,450,800 personas en 2018, y a 1,299,700 en 2020. Es importante señalar que aunque los porcentajes entre un año y otro aparecen en descenso, en los números absolutos no es así. Por otro lado, si se consideran los censos de población, lo que estas cifras indican es que casi la mitad de la población de Baja California se encuentra en esta situación.

En lo que corresponde a las carencias sociales, reflejo de los derechos económicos y sociales, al señalar rezago educativo, acceso a servicios de salud, acceso a seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, servicios básicos en la vivienda y acceso a alimentación nutritiva y de calidad, los indicadores para la entidad no son mejores. En el acceso y calidad en los servicios de salud fue donde se presentó un aumento mayor de personas con carencias. La falta de acceso a la salud pasó de 631,700 a 907,200 entre 2008 y 2020, mientras que el acceso a seguridad social pasó de 1,374,700 a 1,472,500 personas con carencia.

Una vida digna no es posible si consideramos los datos sobre carencias sociales en casi 50% de la población. De ahí que tanto la cobertura como la calidad de los servicios públicos a los que tienen derecho las personas que residen en Baja California deben ser atendidos por parte de la CEDHBC. Por ahora, no hay evidencia

¹⁰ Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Baja California, *Informe anual de gestión, 2020*, México, Baja California.

de avances sustanciales al respecto, ya que el personal de la Comisión se encuentra en capacitación para el monitoreo de supuestas violaciones en dicha materia. Una manera de acelerar los procesos es que la actual ley estatal, emitida en 2015, se modifique en su artículo 7o., que no señala de manera particular la atención a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. El primero de los incisos del artículo refiere que la Comisión tendrá como atribuciones “Recibir quejas de presuntas violaciones a los derechos humanos”. Por lo tanto, las subsecuentes partes no hacen ninguna precisión a otro tipo de derechos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) han tomado mayor atención en los últimos años en la comunidad internacional; sin embargo, el pacto que los respalda no alcanza la visibilidad de los derechos humanos, reconocidos desde 1948 en la declaratoria correspondiente de la ONU y en las ambientales. Quizá sea imperante que se hagan visibles los fondos y programas de Naciones Unidas asociadas al PIDESC, así como los dictámenes y recomendaciones sobre las comunicaciones que han sido emitidas y las recomendaciones a seguir. Las últimas reformas constitucionales de derechos humanos y de amparo celebradas hace una década en México, cuya universalidad quedó manifiesta, deben ser el aliciente para que en lo particular los derechos de las personas, de carácter económico, social, cultural y ambiental, tengan mecanismos propios y vías de denuncia propias.

Se requiere ratificar el Protocolo Facultativo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y nombrar a un comisionado que represente a México ante la ONU. El trabajo de la CNDH, cuya labor es loable y moralmente apreciada, también puede ser apoyado mediante alianzas estratégicas que impulse la propia ONU, así como por los gobiernos nacionales y entidades sub-nacionales. En el primer caso, se puede contar con las empresas adheridas al Pacto

Global, y con los Estados-nación para incentivar a que se incrementen el número de instancias comprometidas con el pacto. Una ventaja para México y Baja California es el monitoreo de indicadores de desigualdad, pobreza y carencias sociales que con oportunidad provee el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Los datos anuales y series largas pueden ser considerados por las comisiones estatales para dar un seguimiento a los DESCA y a las instancias que ofrecen los servicios. Sin embargo, en Baja California se requiere de una especial atención a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, desde el ajuste en la ley vigente, la capacitación interna y la difusión integral de los derechos en la comunidad, incluyendo a empresas amparadas en el régimen de IMMEX (antes Programa Maquilador).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH - OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA DEL SUR, Protocolo Facultativo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, disponible en: <https://acnudh.org/load/2010/12/carta-PF-PIDESC-FINAL.pdf>.
- COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE BAJA CALIFORNIA, *Informe anual de gestión 2017-2020*, México, Baja California.
- COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE BAJA CALIFORNIA, *Informe anual de gestión, 2017*, México, Baja California.
- COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE BAJA CALIFORNIA, *Informe anual de gestión, 2018*, México, Baja California.
- COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE BAJA CALIFORNIA, *Informe anual de gestión, 2019*, México, Baja California.
- COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE BAJA CALIFORNIA, *Informe anual de gestión, 2020*, México, Baja California.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, México, Iii. Grupos de atención prioritaria y otros temas, CNDH-

México, 2020, disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60002>.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, México, CNDH-México, 2012.

CONEVAL, *Estadísticas de pobreza en Baja California*, México, Coneval, 2018.

CONEVAL, *Estadísticas de pobreza en Baja California*, México, Coneval, 2020, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/coordinacion/entidad/BajaCalifornia/Paginas/principal.aspx>.

DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opcescr.aspx>.

DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2021, disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.

NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/UDHRIndex.aspx>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Guía del Pacto Global. Una forma práctica para implementar los nueve principios de la gestión empresarial*, Argentina, ONU-Cepal/OIT/UNDP-Argentina, 2004.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Antecedentes, El Pacto Mundial”, s. f., disponible en: www.un.org/es/context.shtml (revisado el 2 de febrero de 2012).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Los 10 principios, El Pacto Mundial”, s. f., disponible en: www.un.org/es/context.shtml.

SENADO DE LA REPÚBLICA, “Llaman a ratificar Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 2019, disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/45437-llaman-a-ratificar-protocolo-facultativo-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales.html>.

TERCERA PARTE
DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHO INTERNACIONAL

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA LLEGADA TARDÍA DE LA REFOMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS A BAJA CALIFORNIA

Elizabeth Nataly ROSAS RÁBAGO*
Laura Alicia CAMARILLO GOVEA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los aspectos torales de la reforma constitucional de 2011.* III. *El papel de los poderes públicos en Baja California frente a la reforma constitucional de 2011.* IV. *La llegada tardía de la reforma constitucional local en el caso del matrimonio igualitario.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 se concibe como una de las más trascendentes; a partir de ella podemos ubicar la paulatina apertura del ordenamiento jurídico mexicano al derecho internacional. Si bien esta reforma se realiza en el ámbito nacional, debido a su contenido e implicaciones

* Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California; rosas.elizabeth@uabc.edu.mx.

** Profesora titular por oposición de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I; govea@uabc.edu.mx.

tiene una gran vocación internacional; incluso, se puede observar que las modificaciones y adiciones se desprenden de los estándares de protección de los derechos humanos que se han desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, la reforma es el resultado de un proceso de transformación muy cercano al derecho internacional y que coloca a los derechos humanos como tema prioritario de la agenda estatal.

Es importante resaltar el gran avance que, a diez años de esta reforma, se ha vivido en México: la internacionalización del derecho nacional, la modificación y creación de normas secundarias, las reparaciones en casos de violaciones a derechos humanos, el control difuso de convencionalidad, entre otras. Sin embargo, persisten diversos desafíos para la protección de los derechos humanos en las entidades federativas, particularmente en Baja California, en donde los poderes legislativo y judicial se han desfasado en la adopción de medidas acordes a la naturaleza de sus funciones.

La CNDH ha recordado al Congreso del Estado de Baja California el momento histórico de la decisión que implicaba reconocer el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo y la contribución para eliminar la discriminación sistémica y estructural ejercida, garantizando al mismo tiempo el acceso a la certeza jurídica y a formar una familia, así como la importancia de que las instituciones a nivel federal, estatal y municipal se involucren para monitorear el cumplimiento del mandato constitucional en materia de derechos, incluido el Congreso local.¹

Es por ello que en esta investigación se analizará la recepción de la reforma constitucional de 2011 a diez años de su entrada en vigor y su impacto en las obligaciones a cargo del Congreso del Estado de Baja California para compatibilizar con los estándares de protección de los derechos humanos.

¹ CNDH, *La CNDH realiza un llamado urgente al Congreso del Estado de Baja California para que apruebe las reformas al Código Civil de dicha entidad, en favor del matrimonio entre personas del mismo sexo*, Comunicado de Prensa DGC/211/2020, 8 de julio de 2020, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/documento/la-cndh-realiza-un-llamado-urgente-al-congreso-del-estado-de-baja-california-para-que>.

II. LOS ASPECTOS TORALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Para dar efectiva vigencia a la reforma constitucional en materia de derechos humanos en nuestro país, resulta imperante señalar los aspectos relevantes de la reforma, sobre todo aquellos que se relacionan con las actividades a cargo de los poderes públicos: el bloque de constitucionalidad, la interpretación conforme, el principio pro persona, por identificar algunos de los principales, y su incidencia en las entidades federativas, particularmente en Baja California.

En primer lugar, el bloque de constitucionalidad federal, definido por Bidart Campos² como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución, y tiene como fin ser un parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales. De acuerdo con Arturo Guerrero, donde se prevé un bloque de constitucionalidad, las normas constitucionales se multiplican más allá de las fronteras de un texto constitucional cerrado.³

Desde la aparición de la reforma se deja de lado esa reticencia por parte del Estado de asumir responsabilidades internacionales en la protección de los derechos humanos, y se coloca a los tratados internacionales firmados por el Estado en una jerarquía constitucional. Por ello, el bloque de constitucionalidad constituye un parámetro de control de validez del resto de las normas que poseen rango constitucional y de la Constitución del estado. Si bien el bloque de constitucionalidad puede tener mayor injerencia en el derecho federal, incide en el deber de las autoridades al interior de las entidades federativas, como es el caso del Congreso del Estado de Baja

² Bidart, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.

³ Guerrero, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, México, CNDH, 2015, p. 44.

California, de modo que se empate la normatividad local con parámetros constitucionales e internacionales.

En segundo lugar, la cláusula de interpretación conforme es la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales) para lograr su mayor eficiencia y protección.⁴

En ese sentido, no se trata de colocar la norma internacional sobre la nacional o viceversa, sino que se requiere de un trabajo mucho más extenuante; se trata de realizar un verdadero análisis e interpretación entre ambas normas, para de esta manera poder aplicar el principio pro persona, es decir, el derecho más favorable para la persona.

Algunos países, en sus textos constitucionales, cuentan con una cláusula de interpretación conforme implantada en ellos. Colombia es uno de esos países, que desde 1991 cuenta con el principio de interpretación conforme en el artículo 93, que a la letra señala lo siguiente:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Con ello, se puede advertir que es una cláusula fundamental de cualquier texto constitucional evolucionado, y es elemental por su relevancia en la protección de los derechos humanos.

⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C., 2012, p. 358.

Portugal prevé, desde 1976, en su artículo 16.2 constitucional lo siguiente: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales debe ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Es decir, con este artículo se utiliza un léxico distinto, pero hace alusión exactamente a las mismas circunstancias y que funcionan perfectamente como base para ser aplicado. La aplicación del principio de interpretación conforme tiene como finalidad armonizar el derecho nacional e internacional de los derechos humanos.

Bajo este esquema de interpretación conforme, corresponde a las entidades federativas la constitución de elementos normativos que permitan brindar elementos de protección más amplia en armonía con los elementos constitucionales y convencionales.

Por último, el principio pro persona proviene esencialmente del artículo 1o. de la Constitución mexicana, adicionado recientemente por la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 11 de junio de 2011, que en su segundo párrafo señala que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia “...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, que en forma precisa abarca el contenido del principio mencionado.

Los derechos aparecen dispersos en el texto constitucional sin hacer especificaciones concretas sobre el derecho de que se trata, por eso es importante realizar un análisis e interpretación de dicho texto, con la finalidad de establecer los alcances nacionales e internacionales de la norma.

Incumbe a los órganos jurisdiccionales el papel más relevante en materia de interpretación de los derechos humanos: la interpretación jurídica que finalmente prevalecerá conforme a diversos métodos o enfoques y se pliegan, o deberán de hacerlo ahora, a la luz de la reforma constitucional, al principio pro persona, que rige tanto la interpretación como la creación y aplicación de normas en general.⁵

⁵ García, S. y Morales J., *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011, p. 90.

En otras palabras, recae directamente en las autoridades nacionales la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, y lo harán de conformidad con las normas y tratados internacionales, así como de las interpretaciones que las autoridades competentes realicen sobre dichas normas, aplicando en todo momento el principio pro persona, es decir, garantizando la protección más amplia en materia de derechos humanos para todas las personas.

Entre las obligaciones a cargo de los órganos legislativos, tanto federales como locales, se encuentra el principio pro persona, estrechamente ligado con la labor interpretativa para que a través de la armonía del universo normativo, internacional, nacional o local, se permita la aplicación de normas más benéficas para las personas. La actividad interpretativa y determinación de protección más amplia se encuentra limitada cuando los órganos legislativos locales no armonizan su legislación con los estándares nacionales e internacionales.

La Convención Americana, en su artículo 29, prevé los fundamentos para que ningún Estado parte violente los derechos y libertades que contiene el instrumento y las propias normas internas del Estado, a fin de excluir cualquier posibilidad de maniobras para violar derechos humanos. Dichas prohibiciones se encuentran estrechamente vinculadas con los principios desarrollados, en virtud de que no se pueden excluir los derechos y libertades inherentes al ser humano, y, por lo tanto, habrá de ajustarse a los criterios planteados para hacer un correcto respeto y protección de derechos humanos.

El principio pro persona se ha definido como el

...criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restric-

ciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.⁶

De esta interpretación que se realiza del principio pro persona podemos fácilmente inferir su absoluta relevancia dentro del ordenamiento jurídico, y la trascendencia que implica que se encuentre integrado actualmente dentro del texto constitucional. No se trata de un principio conceptual; se trata de un principio totalmente práctico, que marca una pauta importante en la forma de protección de los derechos humanos en nuestro país. Este principio existe por la protección a los derechos humanos, pero vive a través de la aplicación que las autoridades competentes en sus diferentes esferas realicen de él.

México se encuentra en un proceso que implica un reto actual particularmente para las autoridades del Estado, debido a que se transforma sustancialmente el panorama de protección de los derechos humanos. La Constitución mexicana no representa lo único a observar y no puede aplicarse de manera aislada, sino que requiere los esfuerzos de las legislaturas locales y de todas las autoridades del Estado para un correcto equilibrio que brinde una verdadera garantía de que los derechos humanos serán respetados con base en criterios internacionales, nacionales y locales.

El principio pro persona nos conduce a transformaciones que sin lugar a duda magnificarán el impacto de los derechos humanos en México. La clave de este principio radica en el último fragmento del párrafo segundo del artículo 1o. constitucional, y es únicamente que entre una gama de normas, locales, nacionales e internacionales, el juzgador deberá realizar una interpretación armónica entre la Constitución y los tratados internacionales y aplicar la que más beneficie a la persona.

⁶ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto, 1997, p. 163.

III. EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN BAJA CALIFORNIA FRENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Con la llegada de la reforma constitucional se despliegan diversos retos para los poderes públicos, particularmente en las entidades federativas. Por una parte, el Poder Judicial, con la ardua tarea de interpretar desde un enfoque de respeto y protección de los derechos humanos, y en un segundo plano, de hacerlo en relación con la sanción y reparación en los casos de violaciones a derechos humanos, tomando en consideración la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia de la Corte IDH. A partir de esta transformación, de la reforma y de la recepción de las sentencias de la Corte IDH, se desarrolla en México la obligatoriedad del Estado para la aplicación del control difuso de convencionalidad, que debe realizarse por las autoridades nacionales del Estado, por lo que la interpretación ha generado un desafío no sólo para el Poder Judicial, sino un reto mayor: la aplicación para todas las autoridades del Estado. Dicho control implica reconocer la relevancia y la pertenencia de los *corpus iuris* internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano, incluso desde los órganos legislativos de las entidades federativas.

La sentencia del *Caso Rosendo Radilla* no sólo tuvo incidencia en la reforma constitucional, sino que también originó discusiones jurídicas dentro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca del cumplimiento de la sentencia, y particularmente las obligaciones a cargo del Poder Judicial, así como el papel de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en México y su relación con la normatividad de carácter interno. En el cuaderno Varios 912/2010, la Suprema Corte determinó sobre obligaciones concretas correspondientes al Poder Judicial de la Federación, en particular sobre el deber de ejercer un control de convencionalidad de oficio, de acuerdo con sus propias competencias respecto de normas y actos internos y su armonización con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Poder Legislativo debe mantener una coherencia del sistema jurídico, basado en la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En consecuencia, una primera obligación legislativa, tanto en la legislación federal como en la local, es la de adecuar el derecho interno al derecho convencional, a través de: *a)* la creación de nuevas normas reglamentarias de los derechos y sus garantías, y *b)* la revisión de la legislación vigente para detectar las que deben modificarse.⁷ En ese sentido, el Poder Legislativo tiene dos obligaciones directas: revisión y modificación de la legislación existente para hacerla acorde al sistema jurídico, y, a su vez, efectuar un análisis que permita la creación de normatividad tendente a concretar la protección de los derechos humanos en los espacios faltantes.

En el caso de Baja California y el tema particular de análisis, el Congreso local fue omiso en la adecuación de la normatividad local con la nacional e internacional, manteniendo una norma discriminatoria que impactaría en la armonía del ordenamiento jurídico del Estado mexicano al no identificar la legislación que debe modificarse por no ser compatible con el ordenamiento jurídico.

De esta manera se lograría, a nivel federal y local, estar en sintonía con los estándares nacionales e internacionales que exigen tanto la supresión de normas contrarias a los derechos humanos como la expedición de otras acordes al respeto de los derechos humanos en la entidad.

En ese sentido, ¿qué sucede al respecto en Baja California? Existe falta de armonización de la Constitución y demás normatividad de la entidad con lo establecido en la Constitución y los estándares internacionales de derechos humanos. Los principales temas en la actualidad en los que existen leyes secundarias pendientes de modificación son: matrimonio entre personas del mismo sexo; interrupción legal del embarazo; derecho a un medio ambiente adecuado, a la igualdad y no discriminación, a la educación, al agua potable

⁷ Salazar, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 27.

para uso personal y doméstico, a la vivienda, a la movilidad segura, entre otras deudas pendientes del Poder Legislativo con esta entidad.

IV. LA LLEGADA TARDÍA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL LOCAL EN EL CASO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

En el marco de la celebración de los diez años de la reforma constitucional más importante para México, resulta oportuno hacer la valoración del impacto de esa reforma en el caso concreto de las entidades federativas y Baja California.

Ya se han puesto de manifiesto las razones por las que de los diferentes órganos involucrados en la materialización de la reforma y armonización de las leyes, destaca el papel del Poder Legislativo estatal en cuanto a sus obligaciones en la materia, como el propio artículo 1o. constitucional lo expresa.

Hasta hace muy poco tiempo, la Constitución del Estado Libre y Soberano de Baja California (en adelante la Constitución local) mantenía en su artículo 7o. el siguiente párrafo: “El Estado reconoce y protege la Institución del Matrimonio como un derecho de la sociedad orientado a garantizar y salvaguardar la perpetuación de la especie y ayuda mutua entre los cónyuges, satisfaciéndose este solamente, mediante la unión de un hombre con una mujer”.⁸

Tal afirmación o restricción al matrimonio entre cualquier persona plantea, a nuestro juicio, dos supuestos: por un lado, la postura del legislador local, quizá política o moral, que propició la presentación de diversos amparos para poder contraer nupcias en Baja California; por otro, la inconstitucionalidad del precepto, incluso la inconveniencia y la clara distancia entre ese postulado y los componentes sustanciales de la reforma constitucional que los reúne, como lo son el principio pro persona, la interpretación conforme, entre otros antes mencionados.

⁸ Véase el párrafo segundo del artículo 7o. de la Constitución local.

A diez años de la reforma constitucional, el legislador estatal hizo caso omiso de aquellos elementos que justificaban las modificaciones a la Constitución local, que si bien sufrió algunos cambios en torno a la materia, dejó pendiente uno de los temas centrales: el relativo al matrimonio igualitario.

Consideramos que la materialización de la reforma constitucional se traduce en actos o situaciones concretas en las que los legisladores y demás órganos o autoridades recogen los desplegados del lo. constitucional en el marco de sus atribuciones.

La reforma constitucional de 2011 impactó en muchos sentidos al sistema jurídico mexicano, incluyendo los poderes públicos y la interpretación judicial-progresista; se ve reflejada en algunos tópicos considerados aspectos emblemáticos. En el caso del matrimonio igualitario, a nivel federal, hay una cronología de eventos que fortalecieron una interpretación acorde a la reforma y que además se reforzó con la lectura interamericana que haría la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Elisa Franco sostiene que

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN), ha tenido oportunidad en el amparo en revisión 704/2014 y 2/2010 de analizar el impacto que ha tenido el reconocimiento constitucional como categoría sospechosa de las preferencias sexuales en sede jurisdiccional para la garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI, la igualdad y no discriminación representan un presupuesto indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos; por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al matrimonio y el derecho a la familia.⁹

En este caso particular, la primera Sala sostuvo que los prejuicios y discriminación representan “una auténtica barrera... particularmente el de formar una familia”.

⁹ Franco Martín del Campo, Elisa, “La incorporación de la orientación sexual y la identidad de género como categoría sospechosa. Un avance para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI”, en *La reforma constitucional en derechos humanos: una década transformadora*, SCJN, 2021, pp. 297-319.

Más adelante, en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la Corte señaló que la Constitución federal “no alude a un «modelo de familia ideal» que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación”. En ese sentido, debe entenderse a la familia como realidad social, protegiendo a todas sus manifestaciones: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos), que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales compuestas por un padre o una madre e hijos; familias extensas, etcétera. En este precedente también se indicó que no existe ninguna evidencia que muestre que se ponga en riesgo a los niños, niñas, adolescentes (NNA) por crecer en familias homoparentales.

Además, la Corte IDH, incluso citando a la SCJN, en el caso de *Atala Riffo vs. Chile*¹⁰ y en la Opinión Consultiva OC-24/17,¹¹ expresó que:

En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que, si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.¹²

Estos criterios jurisprudenciales bastarían para hacer las adecuaciones legislativas correspondientes en las entidades federativas;

¹⁰ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.

¹¹ OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”.

¹² Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, p. 182.

sin embargo, hoy por hoy la discusión sigue vigente en las entidades federativas, y en el caso de Baja California el proceso se encuentra abierto, aunque se anticipa la reforma constitucional —formal—.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos se pronunció el 11 de marzo de 2020¹³ al respecto y sostuvo que

Para garantizar el derecho al matrimonio igualitario en todo el país, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) hace un llamado respetuoso a diversos Congresos locales a promover la armonización normativa pendiente en sus códigos civiles y/o familiares para que todas las personas tengan garantizado un pleno acceso sus derechos humanos.

Antes, en 2015, emitió la Recomendación General número 23 sobre el matrimonio igualitario, por la que hizo hincapié en la necesidad de la armonización legislativa. Desde esta visión, todas las entidades federativas deberán hacer las adecuaciones constitucionales (locales) necesarias, pero además totalmente respaldadas por la interpretación de la SCJN, como antes se explicó.

En esa tesitura, el trabajo legislativo, eminentemente técnico y jurídico, debió haber hecho las reformas respectivas; sin embargo, como lo afirmamos, la reforma es tardía, ya que el pasado 16 de junio de 2021, después de algunos intentos fallidos y con la “insistencia” de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Congreso de Baja California, con 18 votos a favor, 4 en contra y una abstención, aprobó las modificaciones al artículo 7o. constitucional en torno al matrimonio.¹⁴

¹³ CNDH, Comunicado de Prensa DGC/075/2020, “Llama la CNDH a congresos locales de diversas entidades federativas a promover la armonización normativa que garantice el matrimonio igualitario”.

¹⁴ Comisión de Gobernación, Legislación y Puntos Constitucionales, inicialista: diputada Miriam Elizabeth Cano Núñez, aprobado por 18 votos a favor y 4 en contra, 1 abstención, votación celebrada el 16 de junio de 2021, por el que se reforma el artículo 7o. y 104 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

En este caso, los legisladores bajacalifornianos presentaron la exposición de motivos para la reforma en comento con el siguiente enfoque: primero, señalan que la orientación sexual es uno de los elementos del desarrollo de las personas y acaso la realización de los derechos no puede ser discriminatoria. Los legisladores que presentaron la iniciativa descansan sus argumentos en la discriminación por orientación sexual, invocan el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a la Observación General número 20 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, para luego dar paso a la interpretación jurisprudencial que se ha dado alrededor del matrimonio, y que un par de casos ya han sido citados con anterioridad. Cabe hacer notar que la exposición de motivos y el análisis de la reforma no alude al derecho interamericano *per se*, y se concentra en la constitucionalidad de aquélla.

La reforma constitucional local eliminó el párrafo en cuestión¹⁵ y modificó también el Código Civil para el Estado de Baja California. Se observa del dictamen en cuestión cómo la reforma constitucional local desembocó en una importante interpretación y lectura del Código Civil que, en el marco del concepto tradicional de matrimonio, estipuló preceptos inconstitucionales también.

La reforma constitucional local sobre matrimonio igualitario, que si bien se encuentra en proceso, es de llegada tardía, puesto que en *stricto sensu* no había discusión respecto el reconocimiento a ese derecho.

V. REFLEXIONES FINALES

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se ven materializados importantes avances que inciden en Baja California; sin embargo, persiste en la entidad la falta de modificación de la normatividad secundaria, adopción de directrices y políticas públicas para una armonización entre las normas

¹⁵ *Idem.*

estatales y federales, las prácticas estatales, tratados internacionales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La diferencia de trato entre los dos tipos de vínculos que radica únicamente en la orientación sexual de las personas que crean ese vínculo, siendo la orientación sexual una categoría protegida por la Convención, constituye un acto discriminatorio, ya que no tiene una justificación objetiva y razonable, porque además de que la orientación sexual de una persona es un componente de la vida privada, existe ya una institución que *de facto* y *de jure* ampara las uniones y garantiza la protección de sus derechos.

La falta de legislación local por parte del Congreso de Baja California mantuvo a la entidad federativa, por más de diez años, al margen de la protección de los derechos humanos y concretó la discriminación a las personas que pretendían generar este vínculo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BIDART, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995.

CNDH, “Llama la CNDH a congresos locales de diversas entidades federativas a promover la armonización normativa que garantice el matrimonio igualitario”, Comunicado de Prensa DGC/075/2020.

CNDH, “La CNDH realiza un llamado urgente al Congreso del Estado de Baja California para que apruebe las reformas al Código Civil de dicha entidad, en favor del matrimonio entre personas del mismo sexo”, Comunicado de Prensa DGC/211/2020, 8 de julio de 2020, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/documento/la-cndh-realiza-un-llamado-urgente-al-congreso-del-estado-de-baja-california-para-que>.

COMISIÓN DE GOBERNACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES, Inicialista: diputada Miriam Elizabeth Cano Núñez, aprobado por 18 votos a favor y 4 en contra, 1 abstención, votación celebrada el 16 de junio de 2021, por el que se

- reforma el artículo 7o. y 104 de La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.
- CORTE IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.
- FERER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.
- FRANCO MARTÍN DEL CAMPO, Elisa, “La incorporación de la orientación sexual y la identidad de género como categoría sospechosa. Un avance para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI”, en *La reforma constitucional en derechos humanos: una década transformadora*, SCJN, 2021.
- GARCÍA, S. y MORALES J., *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.
- GUERRERO, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, México, CNDH, 2015.
- OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”.
- PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto, 1997.
- SALAZAR, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014.

CAPÍTULO OCTAVO

CONSIDERACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN BAJA CALIFORNIA: A UNA DÉCADA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Carlos Ariel LIM ACOSTA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derechos humanos: historia, constitución y reforma.* III. *Baja California: panorama constitucional y agenda pendiente.* IV. *A manera de conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo se elaboró con motivo de las discusiones académicas organizadas por la doctora Roxana Rosas y el doctor Juan Vega, integrantes de la Estación Noroeste de Investigación y Docencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, llevadas a cabo virtualmente con el propósito de analizar el futuro de los derechos humanos en la frontera norte de México, con base en la conmemoración de la primera década de la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

La mencionada reforma constitucional trajo consigo un sinnúmero de transformaciones institucionales para el Estado mexicano

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California. ORCID: 0000-0001-9786-534X; ariel.lim@uabc.edu.mx.

que pueden verse materializadas en el establecimiento de instituciones gubernamentales, la elaboración de ordenamientos jurídicos especializados en la materia, la implementación de políticas públicas, así como la promoción y difusión educativa de los derechos humanos y sus garantías constitucionales. Sin embargo, se estima que ante la primera década de dicha reforma constitucional aún existe un largo camino institucional por recorrer, especialmente por lo que hace al análisis de los desarrollos regionales o locales en materia de derechos humanos en nuestro país.

En ese sentido, el objetivo general de este capítulo consiste en describir cuál ha sido el quehacer institucional realizado por el estado de Baja California en materia de desarrollo estatal de los derechos humanos, para formular una serie de consideraciones encaminadas a poner de manifiesto la necesidad actual de analizar, con mayor detenimiento, las transformaciones gubernamentales en la materia, a partir de la reforma constitucional de 2011.

Para ello, en primera instancia se hará un repaso histórico general y nacional constitucional sobre la evolución de los derechos humanos, para explicar en qué circunstancias se llegó a la reforma constitucional de 2011. Luego, se transitará al análisis del contexto institucional de Baja California.

II. DERECHOS HUMANOS: HISTORIA, CONSTITUCIÓN Y REFORMA

1. *Etapas en la historia de los derechos humanos*

El progreso histórico de los derechos humanos es una cuestión extensa y compleja, debido a que se ha construido a partir de múltiples áreas del conocimiento, como la filosofía, la ciencia política, la sociología, la religión, la economía, el derecho, las relaciones internacionales, la historia, la antropología social, entre otras. Ahora bien, de acuerdo con el propósito planteado en este capítulo, se estima pertinente realizar un abordaje desde una perspectiva histórica de los

derechos humanos. En ese sentido, en atención a la postura de Liborio L. Hierro,¹ se indica que los derechos humanos han transitado por cuatro fases o etapas históricas: declaración, positivización, internacionalización y especificación.

La declaración de derechos humanos, como primera fase histórica, se trata del surgimiento de proclamaciones formales y solemnes sobre los derechos de las personas. Como ejemplo de ello se encuentra Inglaterra con la Carta Magna de 1215; Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y Estados Unidos con el *Bill of Rights* de 1791. Al respecto, en tales documentos de carácter preponderantemente político es posible considerar que los gobiernos de tales naciones coincidieron en la aceptación de que las personas contaban con una serie de atributos o cualidades fundamentales, conocidas actualmente como derechos humanos, con los que se obtendría un compromiso público y social en el marco del desarrollo institucional de cada Estado.

En relación con la positivización, como segunda fase histórica, ésta consiste en que los derechos humanos transitaron de ser entendidos como un discurso preponderantemente político hacia el ámbito meramente jurídico. A partir de múltiples reformas y modificaciones a las disposiciones del orden jurídico del Estado, surge una relación bilateral entre el propio Estado y la sociedad, de modo que de acuerdo con ello se construyeron las bases institucionales en materia de derechos humanos para lograr su promoción, respeto, protección y garantía.

La internacionalización, como tercera fase histórica, esencialmente implica la combinación de las fases antes descritas: declarativa y positivista; sólo que ahora ambas etapas conjuntamente habrían de implementarse en el ámbito internacional. Lo anterior se ha tenido que realizar de esa forma con el propósito de procurar la universalización de los derechos humanos, así como para llevar

¹ Hierro, Liborio L., *Los derechos humanos: una concepción de justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 59 y ss.

a cabo una labor permanente de concientización de los Estados para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes adquiridos tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Respecto de la especificación, como cuarta fase histórica, principalmente está orientada al desarrollo concreto de los derechos humanos, de modo que se intensifica el estudio de las características particulares, rasgos esenciales o contenidos mínimos de cada uno de los derechos de las personas. Además, se presta atención a las cualidades de cada uno de los sujetos destinatarios de los derechos humanos.

Ahora bien, respecto al Estado mexicano, se estima que cuenta con una vocación por los derechos humanos, ya que a lo largo de su historia constitucional los ha reconocido política y jurídicamente. Consecuentemente, se aprecia que su realización se trata de un propósito institucional del Estado. De igual manera, el Estado mexicano se ha dedicado a la suscripción y ratificación de múltiples tratados internacionales en la materia, y el único tema pendiente en su agenda institucional es consolidar la fase de especificación de los derechos humanos.

2. *Constitución de 1917*

Es posible manifestar que a lo largo de la historia constitucional mexicana se ha dejado una huella importante en el forjamiento de una vocación y desarrollo institucional de los derechos humanos, ya que existen varios instrumentos jurídicos de rango constitucional que tuvieron vigencia en el territorio nacional, en los que, en su mayoría, fueron reconocidos los derechos humanos. Algunos de estos casos fueron: la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, las Bases y Leyes Constitucionales de 1835, las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843, el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos

de 1857 y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.²

De acuerdo con lo anterior, se puede referir que en la historia constitucional de México ha existido un desarrollo institucional en materia de los derechos de las personas, ya que con la Constitución de 1917, cuyo antecedente histórico inmediato fue la Revolución mexicana, se luchó por el reconocimiento de derechos de corte individualista, como la libertad, la igualdad, la propiedad, entre otros. Asimismo, se indica que como parte de las luchas del siglo XIX surgieron los derechos sociales, cuyos reclamos lograron plasmarse en la Constitución de 1917, en la cual se implementó un nuevo régimen, en el cual se instauró la justicia popular como parte de los derechos del hombre, incorporada al derecho constitucional como una innovación jurídica y política del país para el mundo.³

Entonces, a través de los instrumentos jurídicos que estuvieron vigentes en la historia constitucional mexicana, se puede indicar que los derechos humanos han estado presentes dentro del desarrollo de la vida constitucional de México, pues se ha logrado constatar que existe una vocación por la defensa de los derechos humanos, puesto que la Constitución de 1917 reconoció los derechos de las personas e implementó una serie de mecanismos constitucionales y legales para la protección y garantía de los citados derechos.

Ahora, se estima que desde la promulgación de la Constitución de 1917 el proceso de reforma constitucional que mayores implicaciones ha tenido en el desarrollo institucional del Estado mexicano es la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011.

² Cfr. Moreno-Bonett, Margarita y González, María del Refugio, *La génesis de los derechos humanos en México*, México, UNAM, 2006; Soberanes Fernández, José Luis, *Una historia constitucional de México*, México, UNAM, 2019.

³ Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 115 y ss.

3. *Reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011*

Algunos de los cambios más significativos que trajo consigo la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 consisten en que actualmente los derechos de las personas transitaron a ser considerados como un eje rector para el desarrollo jurídico e institucional del Estado mexicano, de tal manera que prácticamente en cualquier actividad de gobierno aparecen de forma transversal, lo que implica que en toda toma de decisiones tienen que estar siempre presentes.

En ese sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución mexicana, se dispone que "...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 en relación con lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la actualidad resulta intrascendente tanto la fuente normativa en la que se encuentran regulados los derechos humanos como el nivel jerárquico que posean tales disposiciones, debido a que los derechos humanos adquirieron naturaleza constitucional.

Asimismo, se dio la sustitución de la categoría *garantías individuales* por el concepto de *derechos humanos*, lo cual obedece a que el vocablo "garantías individuales" se construyó a través del paradigma de la idea de los derechos subjetivos, mientras que conforme a los recientes desarrollos de la teoría jurídica contemporánea se optó por emplear el concepto con mayor compatibilidad relativo a las necesidades actuales.

Igualmente, se elevó a rango constitucional el principio pro persona, establecido anteriormente en el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Del mismo modo, se adicionó la cláusula de *interpretación conforme* como herramienta para interpretar jurídicamente los derechos humanos.

Sin embargo, en la época contemporánea aún existen varias cuestiones pendientes encaminadas a analizar las implicaciones que se derivaron del nuevo contenido constitucional, a partir de junio de 2011; entre ellas es posible mencionar los problemas de movilidad humana, discriminación estructural, agua potable y saneamiento, contaminación del medio ambiente y pobreza. Incluso, este aspecto habría de direccionarse hacia las entidades federativas, en las cuales la relación gobernante-gobernado es más cercana, en relación con el gobierno federal o bien las instancias internacionales.

Una vez referido lo anterior, corresponde situarnos en el espacio geográfico y temporal de nuestro análisis, que es la frontera norte de México, especialmente Baja California.

III. BAJA CALIFORNIA: PANORAMA CONSTITUCIONAL Y AGENDA PENDIENTE

1. Aspectos generales como entidad federativa

En las diversas facetas de la historia constitucional mexicana se encuentra que, desde la fundación de México como nación soberana e independiente, se establecieron varios elementos relativos a la forma de gobierno, los cuales se estima pertinente recordar. Al respecto, en la actualidad se encuentran presentes los siguientes: República representativa, democrática, laica y federal.⁴ Por lo que hace a la temática a tratar en esta sección del documento, se refiere a que la forma de gobierno federal es un tipo de organización política en el cual existen varios niveles de gobierno (federal, estatal y municipal), los cuales guardan cierta independencia entre sí, pero operan de manera coordinada.⁵

⁴ Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵ Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 2.

Lo que en la época contemporánea es conocido como Baja California, inicialmente fue clasificada como un territorio que estuvo bajo la administración del gobierno de la Federación, el cual tomaba todo tipo de decisiones sobre lo que ocurría en la región. Esta situación se mantuvo así hasta hace no mucho tiempo, ya que en 1948 se fundó el Consejo Territorial del Comité Pro-Estado Libre, encabezado por Gustavo Aubanel Vallejo, para impulsar la constitución de Baja California como estado libre y soberano. Fue hasta 1952, con el entonces presidente de la República, Miguel Alemán Valdés, que a través de una reforma a la Constitución federal se obtuvo su cambio de categoría a estado integrante de la Federación.⁶

En ese sentido, Baja California en la actualidad cuenta con aproximadamente 70 años de existencia institucional, de modo que se trata de una de las entidades federativas más jóvenes del país, la cual cuenta con datos estadísticos muy interesantes, como que tiene una población actual estimada de 3.7 millones de habitantes, según el Censo de Población y Vivienda 2020 que realizó el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI);⁷ destaca, además, la presencia de la ciudad de Tijuana como el municipio más poblado a nivel nacional, seguido, en segundo lugar, por la alcaldía de Iztapalapa en la Ciudad de México.

Asimismo, Baja California se encuentra ubicada físicamente en la región noroeste de México; sus límites territoriales colindan en el norte con el estado de California, Estados Unidos de América, de modo que esta condición geográfica impacta inevitablemente de múltiples maneras, especialmente en el ámbito político, económico y social, convirtiéndose en una de las entidades federativas donde se vinculan múltiples identidades y perspectivas culturales.⁸

⁶ “Decreto que reforma los artículos 43 y 45 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de enero de 1952.

⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Panorama sociodemográfico de Baja California: Censo de Población y Vivienda 2020*, México, INEGI, 2021, p. 9.

⁸ Demichelis Ávila, Renata y Muro Polo, Adriana, *Derechos humanos en contexto: aproximación para el fortalecimiento de la sociedad civil (Baja California)*, México, Elementa DHH, 2019, p. 12.

Al respecto, entre las principales problemáticas que tiene Baja California están la movilidad humana, la delincuencia organizada, el consumo y tráfico de drogas, la trata de personas, el medio ambiente sano, el estrés hídrico, el comercio industrial manufacturero y el turismo médico, la discriminación multifactorial.

2. *Derechos humanos en la Constitución local*

En el presente apartado se realiza, en términos generales, un análisis sobre la situación de los derechos humanos en el estado de Baja California, para identificar algunas áreas de oportunidad y proponer mejoras regulatorias en torno al texto constitucional local. Al respecto, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California (en adelante Constitución de Baja California o Constitución local) fue promulgada en 1953, y a lo largo de sus casi 70 años de vigencia ha sufrido un sinnúmero de reformas y adiciones, que en su mayoría estuvieron dirigidas a transformar la organización y funcionamiento de la administración pública del gobierno del estado, así como de los ayuntamientos. De este modo, es posible identificar a la Constitución de Baja California como un ordenamiento principalmente orgánico, ya que menos del diez por ciento de su contenido hace referencia a los derechos de las personas.

De acuerdo con lo anterior, la Constitución local únicamente reconoce algunos derechos humanos, en contraposición con la Constitución mexicana y el régimen internacional.⁹ Asimismo, es posible afirmar que los derechos humanos son regulados de manera parcial, incompleta y dispersa a lo largo de la Constitución local. En ese sentido, cabe comentar que a diez años de la reforma constitucional de 2011 ha sido escaso el desarrollo constitucional local en materia de derechos humanos, a pesar de que las entidades federativas,

⁹ Véanse los artículos 5o., 7o., 8o., 9o., 11, 56, 98 y 99 de la Constitución de Baja California.

de acuerdo con la Constitución mexicana, cuentan con la libertad legislativa de generar un progreso aún mayor que a nivel federal en materia de derechos humanos.

Sin embargo, ha ocurrido lo contrario en Baja California, pues existen algunas disposiciones constitucionales locales que han generado amplias controversias jurídicas y políticas. Un ejemplo de ello es el artículo 7o., última parte, que textualmente dispone que se "...tutela el derecho a la vida, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida". La porción normativa transcrita ha sido múltiples veces criticada en el sentido de que no se adecua a los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, considerándose un fragmento susceptible de invalidez jurídica.

En relación con lo aquí expuesto, es posible referir que existe una agenda pendiente en materia constitucional local, debido a que han sido escasas las adecuaciones en materia de derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 2011. Igualmente, en cuanto a la legislación secundaria, se encontró una problemática similar.

3. Un ejemplo específico de desarrollo institucional y jurídico sobre derechos humanos: acceso al agua potable y estrés hídrico

Para lograr el objetivo planteado en este apartado se ha optado por relatar una sola problemática actual en materia de derechos humanos, vigente en el estado de Baja California, que consiste en el tema del acceso al agua potable y el estrés hídrico, a partir de la cual se podrá apreciar de mejor manera cómo ha sido la transformación institucional de los derechos humanos en la región de Baja California.

Por lo que se refiere al acceso al agua potable, desde la óptica de los derechos humanos, en febrero de 2012 se adicionaron dos párrafos al artículo 4o. de la Constitución federal para elevar a rango constitucional el derecho al agua para uso personal y doméstico,

así como el derecho al medio ambiente sano. En cuanto al tema hídrico, el texto constitucional dispone lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.¹⁰

Respecto del precepto constitucional transcrito, señala que para llevar a cabo el acceso al agua potable es indispensable la participación de todos los niveles de gobierno, dada la dinámica del agua como bien de la naturaleza, por lo que no sería posible que esta temática quede constreñida a los esquemas de división territorial y gubernamental de cada entidad federativa. En ese sentido, las acciones encaminadas a garantizar el acceso al agua habrán de ser coordinadas por todos los órdenes de gobierno; inclusive, a nivel internacional es necesario el fomento a la cooperación internacional sobre el tema, ya que las aguas depositadas en la corteza terrestre no conocen las fronteras humanas, lo que ocurre con la obtención de agua potable en Baja California proveniente de Estados Unidos.

Un punto importante en el tema hídrico es involucrar de mejor manera a las entidades federativas, las cuales, por lo general, en sus Constituciones locales hacen una declaración que manifiesta que las personas gozarán de los mismos derechos reconocidos por la Constitución federal, y en pocas Constituciones locales se hace una declaración más extendida de los derechos humanos.¹¹ Esto sucede en el

¹⁰ Artículo 4o., párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Sánchez Sánchez, Alejandro, *Derecho constitucional local: referente, el estado libre y soberano de Baja California*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2012, p. 147.

caso de Baja California, que no ha aprovechado su libertad de configuración legislativa para generar un progreso superior al ofrecido por la Constitución federal.

En cuanto a la problemática de acceso al agua potable, se encuentra que en Baja California este derecho es de reciente aparición en su régimen jurídico. Al respecto, únicamente se encuentra regulado el aspecto del agua como parte de los servicios urbanos que ofrecen el estado y los municipios. La única referencia normativa sobre la visión del agua como derecho humano en Baja California es el artículo 7o., párrafo quinto, de la Constitución local, el cual dispone que “El acceso al agua para consumo personal y doméstico es un derecho que tiene toda persona. La Ley garantizará su distribución y saneamiento; las autoridades en la materia tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir con la prestación de este servicio en los términos de la Ley”.¹²

En ese sentido, el derecho de acceso al agua cuenta con un desarrollo jurídico elemental en Baja California; de hecho, existen acciones gubernamentales positivas sobre el acceso y cuidado del agua. Uno de los proyectos más importantes se encuentra en la ciudad de Tijuana, donde el gobierno, a través de la Comisión Estatal de Servicios Públicos de Tijuana (CESPT), fundó el *Proyecto Morado* para promover el reúso de aguas tratadas en el riego de áreas verdes, en la industria y la construcción, con el fin de obtener una mayor conservación del agua potable para uso doméstico en la entidad. El proyecto pretende impulsar una cultura ecológica del agua, realizando el reúso del agua, como el riego de todo tipo de espacios públicos que contribuyan a elevar la calidad ambiental del entorno social y urbano.

Ahora bien, durante años hubo otras actividades encaminadas hacia el desarrollo del agua como derecho humano, entre ellas se encuentra que la actual gestión del Poder Ejecutivo estatal, para el periodo 2019-2021, tuvo a bien promover la creación de Secretaría

¹² Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, artículo 7o.

para el Manejo, Saneamiento y Protección del Agua (Seproa), dependencia responsable de diseñar y coordinar la política pública en materia de gestión de recursos hídricos del estado, así como fomentar el uso racional del agua.¹³

Hasta este punto, se planteó la existencia de un desarrollo institucional, jurídico, político, esencial, susceptible de mejorar sobre aspectos concretos de los derechos humanos, lo cual es concordante con la fase de especificación de los derechos humanos, descrita en el primer apartado del documento. Asimismo, es inevitable pensar que aún existen problemáticas sin atender, de manera que a continuación señalo una lista de tópicos pendientes por atender en la región de Baja California, con la convicción de que el desarrollo institucional de los derechos humanos sea un pilar para el crecimiento de los derechos de las personas.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Una vez analizados los temas descritos en el presente trabajo, se estima haber obtenido algunas consideraciones que merecen ser compartidas.

Primera. Los derechos humanos han evolucionado de tal manera que la agenda pendiente en la época actual está encaminada a identificar las cualidades de los diferentes sujetos titulares de los derechos humanos, así como promover el desarrollo del contenido específico de los derechos en particular.

Segunda. El Estado mexicano a lo largo de su historia constitucional ha sido partícipe en la realización de los derechos de las personas, lo cual puede verse reflejado en las transformaciones institucionales, como instancias gubernamentales, legislación, políticas públicas y educación.

Tercera. La reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011 ha sido un marco de referencia para crear nuevos ins-

¹³ Artículo 38 bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Baja California.

trumentos y mecanismos para su promoción, respeto, protección y garantía.

Cuarta. El estado de Baja California ha tenido algunos avances en materia de derechos humanos y lo que hace falta es el impulso de nuevos desarrollos institucionales en la materia.

Quinta. La Constitución de Baja California es un instrumento jurídico de naturaleza orgánica en el que los derechos humanos notoriamente ocupan un lugar secundario.

Sexta. El caso de la problemática del agua en Baja California es un ejemplo de que para lograr un efectivo desarrollo institucional se requiere conjuntamente del fortalecimiento jurídico de los derechos humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional. Parte especial: poderes federales y locales*, México, Oxford, 2017.

DEMICHELI ÁVILA, Renata y MURO POLO, Adriana, *Derechos humanos en contexto: aproximación para el fortalecimiento de la sociedad civil (Baja California)*, México, Elementa DDHH, 2019.

ELEMENTA DDHH, *Retos para la transformación: trayectoria institucional para hacer frente a graves violaciones a derechos humanos en México*, México, Elementa DDHH, 2018.

HIERRO, Liborio L., *Los derechos humanos: una concepción de justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Panorama sociodemográfico de Baja California: Censo de Población y Vivienda 2020*, México, INEGI, 2021.

LARA PONTE, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2007.

LEÓN-PORTILLA, Miguel y PIÑERA RAMÍREZ, David, *Baja California. Historia breve*, 2a. ed., México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 2011.

- MACÍAS SANVOAL, María del Refugio y LATORRE RODRÍGUEZ, Pablo (coords.), *Estudios constitucionales y de derechos humanos*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2021.
- NERIA GOVEA, Miguel de Jesús y HERNÁNDEZ AGUIRRE, Christian Norberto (coords.), *Temas selectos de derecho constitucional contemporáneo*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2015.
- OLMEDA GARCÍA, Marina del Pilar, *Evolución de la Constitución de Baja California 1953-2012*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2013.
- SAMANIEGO LÓPEZ, Marco Antonio (coord.), *Breve historia de Baja California*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2014.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alejandro, *Derecho constitucional local: referente, el estado libre y soberano de Baja California*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2012.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El Estado federal mexicano: un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- VALDEZ DELGADILLO, Daniel Octavio *et al.* (coords.), *COVID-19: efectos jurídicos de una pandemia*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2020.

CUARTA PARTE
REFORMA CONSTITUCIONAL
E IGUALDAD DE GÉNERO

CAPÍTULO NOVENO

FACTORES SOCIALES DE LA IGUALDAD Y LA EQUIDAD DE GÉNERO FRENTE A LA SIMILITUD DE CONDICIONES Y CIRCUNSTANCIAS DE UN HOMBRE FRENTE A UNA MUJER Y DE UNA MUJER FRENTE A UN HOMBRE

Javier PALACIOS XOCHIPA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto de la violencia de género a partir de los conflictos estructurales.* III. *Discriminación positiva de la mujer.* IV. *Igualdad y equidad de género.* V. *¿Igualdad y equidad de género o similitud de condiciones de un hombre frente a una mujer y de una mujer frente a un hombre?* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente documento analizaremos de manera detallada algunas condiciones que generan los factores sociales que propician una confusión entre términos, lo cual provoca una discrepancia y aumento de la brecha de sexualidad y género entre hombres y mujeres.

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California; javier.palacios.xochipa@uabc.edu.mx.

De igual manera, entenderemos a la violencia de género a través de la concepción de los conflictos estructurales como premisa necesaria para entender a la violencia a partir de conductas normalizadas a través del tiempo.

Por otro lado, analizaremos la condición de discriminación positiva a partir de las acciones positivas o afirmativas y que da origen a la gran confusión entre igualdad y equidad de género, cuyos términos se contraponen frente a la similitud de condiciones de un hombre frente a una mujer y de una mujer frente a un hombre.

II. CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO A PARTIR DE LOS CONFLICTOS ESTRUCTURALES

Para poder iniciar este estudio es importante que analicemos al conflicto como la parte fáctica u ontológica a partir de la epistemología de la mediación; es decir, observaremos al conflicto desde una condición natural de toda sociedad, la cual, al estar en constante cambio o, mejor dicho, en progreso, produce estos fenómenos. Por lo tanto, entendemos al conflicto como un fenómeno social y como la unidad fundamental de la mediación.

Pues bien, el conflicto también tiene que ser definido como la disputa entre dos o más caracteres, entendiendo a éstos como cualquier situación, persona, acción, u omisión en donde pueda converger o generarse un conflicto.

Esto se explica a partir de las visiones que tiene el conflicto, es decir, desde la perspectiva psicológica y la perspectiva sociológica del conflicto. La primera entendida como la parte unipersonal del conflicto, la cual pretende describir a los conflictos a partir de las disputas existentes dentro de una persona; por ejemplo, imaginemos que estamos despertando por la mañana y que no pudimos descansar, y además nos despertamos con hambre; el conflicto estriba en elegir si seguir durmiendo o comer algo. Al parecer es un ejemplo absurdo; sin embargo, podemos darnos cuenta de que un conflicto no necesariamente puede propiciarse entre personas, cosas, bienes

o entre estados, sino que también se puede observar a través de situaciones unipersonales.

Por otro lado, encontramos al conflicto visto desde la perspectiva social, la cual nos indica que un conflicto ya no se encuentra dentro de la esfera unipersonal de la persona, sino que trasciende allende de su voluntad y que impacta de manera directa e indirecta en el ámbito social dentro del cual el individuo se desenvuelve.

Ahora bien, una vez que hemos entendido de manera general al conflicto, es importante que analicemos al conflicto estructural; por ende, recordemos que este último es aquel conflicto que refleja conductas, las cuales han permeado la estructura social de modo tal que las hemos normalizado; sin embargo, dichas conductas a fin de cuentas tienen una complejidad para poder mitigarlas.

Esto es, “disputamos por un problema cuya solución requiere largo tiempo, esfuerzo importante de muchos o medios más allá de nuestras posibilidades personales”.¹

Es por lo anterior que englobamos a la violencia de género dentro de los conflictos estructurales, en virtud de lo que anteriormente mencionamos respecto a la “normalización de las conductas”, es decir, conductas machistas, “hembristas”, entre otras, las cuales han permeado en la estructura social durante el devenir histórico y cultural de la propia humanidad, dando pie a una violencia estructural.

En resumen, nos estamos enfrentando a un conflicto estructural, toda vez que los conflictos a los que tanto hombres como mujeres se encuentran sometidos tienden a comportarse de una manera totalmente radical con respecto a la misma situación que se presenta con las conductas “normalizadas”; es decir, existe una función que se deriva de la acción social de la violencia de género que produce una brecha no sólo a nivel interpersonal, personal y social, sino que además incluye a instituciones encargadas de velar por la justicia de los habitantes que integran esta sociedad.

¹ Redorta, Josep, *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós Contextos, 2014, p. 178.

III. DISCRIMINACIÓN POSITIVA DE LA MUJER

En el mundo globalizado actual existen muchas acepciones respecto a la discriminación; sin embargo, para entender mejor a la positiva, nos circunscribiremos a entender solamente dos acepciones, es decir, a la discriminación negativa y a la discriminación positiva de una persona.

La discriminación negativa es la condición más entendida y notoria dentro de la actualidad en la que nos desarrollamos como individuos y personas. Se trata de una discriminación que se caracteriza por ser de índole directa hacia las personas.

De esta manera, la condición de discriminación “se trata de los casos en los que un grupo dado no recibe los mismos derechos ni las mismas oportunidades que otro, aunque ambos formen parte de la misma sociedad”.²

De acuerdo con lo anterior, siempre hemos analizado a la discriminación negativa hacia cualquier persona; sin embargo, nunca nos hemos detenido a analizar si existe la parte positiva de la discriminación, o si podemos discriminar a alguna persona de manera positiva.

Efectivamente, es muy poco explorado este término, ya que por lo regular entendemos a la discriminación negativa como aquella discriminación que es única. Por tal motivo, cuando observamos vulneraciones a los derechos de las personas, así como a su dignidad, creemos que estamos frente a una sola manifestación de discriminación.

Recordemos que, efectivamente, vulnerar tanto derechos, así como la dignidad de las personas, sí constituye discriminar o encuadrar nuestra conducta en un acto de discriminación, pero habrá que analizar qué tipo de discriminación utilizamos o utiliza la persona que discrimina.

² López Vela, Valeria, “Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Nagel”, *Revista de Filosofía Open Insight*, México, 2016, p. 52.

Por lo tanto, es momento de definir a la discriminación positiva, la cual es entendida a partir del paradigma de la igualdad y la equidad de género, ya que todo esto deviene del ámbito constitucional, en virtud de establecerse la condición de que tanto hombres como mujeres son iguales ante la ley.

Esto es, que técnicamente los hombres y las mujeres gozan de esta igualdad; sin embargo, en la realidad social en la que nos desenvolvemos esto no sucede así; es por ello por lo que logramos entender que muchas ocasiones tanto la desigualdad como la discriminación se logran entender como similares, ya que subsisten entre sí; sin embargo, ambos conceptos tienen sus propias peculiaridades.

Ahora bien, el fundamento de la discriminación positiva recae en las acciones afirmativas, que son entendidas como aquellas acciones que tratan de mitigar la desigualdad y la discriminación a través de conductas que propicien un ambiente armónico y que traten de cerrar o disminuir la brecha tanto del sexo como del género, y que, además, devienen de sentencias judiciales.

Ante todo esto, surge una duda respecto al detrimento de los derechos respecto de un género o un sexo al hablar de las acciones afirmativas o positivas, lo que implica distinciones de trato a las personas en aras de equilibrar la brecha entre los derechos, siempre y cuando dicha distinción sea objetiva y no discriminatoria.

Así pues, se considera discriminación positiva a toda aquella condición de trato distintivo hacia una persona o grupo social, el cual es beneficiado ante los demás por su condición de género, sexualidad o condición social.

Nos referimos a este término de discriminación positiva, ya que muchas veces tratamos de finalizar los conflictos derivados de la igualdad y la equidad de género dando ciertos beneficios a las mujeres por su condición de serlo; sin embargo, caemos en una discriminación positiva al dotarles de beneficios que los hombres no pueden tener, por su condición de serlo, siendo, además, discriminados negativamente.

IV. IGUALDAD Y EQUITAD DE GÉNERO

Para entender a cabalidad estas dos condiciones que tratan de cerrar o disminuir la brecha entre hombres y mujeres, es necesario que analicemos dos conceptos clave, esto es, saber en qué consiste la sexualidad y el género.

El primero se refiere a la condición biológica que diferencia a hombres y mujeres entre sí; es decir, es una condición propia de la naturaleza de ambos sexos que nos hace únicos a partir de nuestra situación netamente biológica y que, además, no se puede cambiar.

Por otro lado, tenemos al género, el cual se entiende como aquella manifestación cultural, social, antropológica o de cualquier otra índole no biológica que nos hace diferentes a hombres y mujeres. Es decir, son aquellas circunstancias sociológicas en general que nos hacen sentir identificados con algún género de los que existen actualmente; sin embargo, esta situación no está definida por cuestiones netamente biológicas.

De todo esto surge entonces la necesidad de descifrar la diferencia existente entre igualdad y equidad, ya que muchas ocasiones creemos que son dos términos que denotan lo mismo y que son sinónimos.

Al hablar de equidad de género no nos referimos a una situación donde pretendemos tener una igualdad desde una perspectiva de la sexualidad, ya que, como hemos visto, es imposible tener una igualdad biológica.

A pesar de modificar o alterar el cuerpo humano, es muy complicado renunciar a esta sexualidad por el simple hecho de que biológicamente nos identificamos y nos diferenciamos entre hombres y mujeres.

Bajo las dos perspectivas anteriores, cuando hablamos de equidad estamos frente a la visión del género, cuya neutralidad para cerrar la brecha entre los diversos géneros que existen es prácticamente compleja, ya que estos diversos géneros tienen condiciones diferentes entre sí, lo que produce que no pueda existir una condición netamente neutral.

Recordemos que el género es entendido como todas aquellas condiciones sociales, antropológicas, culturales, folclóricas y hasta económicas que hacen que una persona se identifique dentro de un sexo distinto al suyo. Es por tal motivo que se tiene una variedad de géneros que conviven de manera cotidiana en la sociedad y no es posible realizar distinción alguna entre los géneros existentes.

Derivado de lo anteriormente expuesto, con la equidad de género tenemos un problema a la hora de subvalorar derechos, ya sea de hombres o de mujeres, ya que, al realizar esta acción, estamos condicionando que ambos géneros realicen actividades de acuerdo con sus roles sociales, culturales o incluso folclóricos y antropológicos. Esto desata una disputa por ver quién tiene una ponderación mayor sobre o frente al derecho del otro

Es por tal motivo que para poder cerrar de manera efectiva esta brecha, que lamentablemente aún existe, es necesario tratar de observar una nueva filosofía neutral para poder dar equilibrio y aminorar esta brecha, y que resulte, además, en armonizar nuestra convivencia social.

V. ¿IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO O SIMILITUD DE CONDICIONES DE UN HOMBRE FRENTE A UNA MUJER Y DE UNA MUJER FRENTE A UN HOMBRE?

En este último apartado veremos una nueva filosofía que se genera desde una perspectiva neutral para tratar de establecer un nuevo paradigma a la hora de hablar de sexualidad y género en el ámbito social, académico, cultural y antropológico.

Nos referimos específicamente a la similitud de condiciones de una mujer frente a un hombre y de un hombre frente a una mujer, cuyo adepto de similitud genera una gran controversia por la semántica misma de la palabra; sin embargo, esta condición la explicaremos con más detalle a lo largo de este apartado.

Para empezar, es necesario recapitular acerca de las palabras “igualdad” y “equidad”, que, como ya vimos, son expresiones

que utilizamos de manera incorrecta para referir la similitud entre ambos sexos y géneros, que se relacionan dentro de esta investigación.

Decíamos que la igualdad se utiliza en términos de sexualidad, mientras que la equidad se establece dentro del aspecto propio del género; pues bien, al descifrar estas dos palabras, nos encontramos con el problema de sustituirlas por una o unas que expliquen mejor este fenómeno, así como que se enfoque o enfoquen a sujetarse a la realidad social, cultural y antropológica de nuestra actualidad.

Para ello propongo que empecemos a utilizar el concepto de similitud de circunstancias que tiene una mujer frente a un hombre y un hombre frente a una mujer, el cual indica que debe existir una proporción de circunstancias y condiciones de acuerdo con las actividades que realice una mujer y un hombre, sean o no “propias” de su sexo o género, en las cuales se eliminen etiquetas, estándares sexuales y de género, así como falsas creencias respecto a desempeñar roles dentro de la sociedad y establecer condiciones que eliminen la discriminación y la violencia en cualquiera de sus formas hacia mujeres y hombres.

Por otro lado, esta acepción también engloba situaciones que estabilizan las formas de convivencia que exige la nueva forma de vivir en sociedad; además, trata de legitimar una participación proporcional entre hombres y mujeres, de tal forma que tengamos una mejora en la remuneración social, económica y cultural entre ambos sexos.

De igual manera, el término “similitud” conviene más para explicar este fenómeno, ya que con él no generamos una brecha entre los sexos y los géneros, toda vez que no intentamos igualar a un hombre con una mujer en virtud de su sexo, mucho menos dar equidad, por no estar legitimados para ello; por el contrario, procuramos derrotar esta brecha al sugerir proporcionalidad en las condiciones que desempeñan hombres y mujeres, lo que también suprime a la discriminación positiva y, desde luego, a la discriminación negativa.

Lo que también pretendemos con esto es liberar del mito del trato preferencial de la mujer como resultado de la mala aplicación de la discriminación positiva, cuyos fines nunca fueron alcanzados,

ya que abrieron más la brecha existente entre hombres y mujeres, al ponderar de manera desproporcionada los derechos de las mujeres frente a los de los hombres. Por lo tanto, con esta similitud de circunstancias también se ponderan los derechos de hombres y mujeres de manera proporcional, generando un ambiente de armonía y, sobre todo, de paz social.

Nos podemos dar cuenta de que hablar de igualdad y equidad generó muchos conflictos estructurales a lo largo del tiempo que estuvieron vigentes dichos términos; sin embargo, gracias a ello nos dimos cuenta de los errores que se cometieron, y pudimos ver este fenómeno a partir de una nueva perspectiva, la cual, considero, cambia radicalmente el paradigma que logra evolucionar el pensamiento crítico entre los estudios de género que se han realizado durante muchos años.

De igual manera, podemos apreciar que el feminismo como filosofía es muy buen consejero; sin embargo, como movimiento social logró muchos avances, pero radicalizado obtuvo muchos retrocesos dentro de la convivencia social, lo que generó un descontento de ciertos grupos y la desproporción del trato hacia las mujeres.

VI. CONCLUSIONES

Nos hemos dado cuenta de que aún queda mucho por hacer para tratar de hablar de una posición más neutra y poder cerrar la brecha entre mujeres y hombres; sin embargo, constatamos que los movimientos feministas han dado muy buenos y excelentes resultados, tratando de lograr equilibrar la convivencia armónica entre mujeres y hombres.

Por lo tanto, tenemos que utilizar de manera más adecuada los términos para poder referirnos a una neutralidad que refleje de manera efectiva este equilibrio.

Se propone utilizar el término “similitud de condiciones de un hombre frente a una mujer y de una mujer frente a un hombre” con la finalidad de atender a la necesidad de dotar de un nuevo

paradigma a los diversos factores sociales que no están generando una neutralidad adecuada a las cuestiones de sexualidad y género con las que se identifican las personas.

Esta nueva idea de “similitud de condiciones de un hombre frente a una mujer y de una mujer frente a un hombre” genera una neutralidad más objetiva a la hora de reconocer derechos y obligaciones entre hombres y mujeres, lo que provoca que la brecha social de este conflicto estructural se vaya aminorando cada vez más.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRET BURGÚÉS, M. E., “Presentación” e “Introducción”, en ALEGRET BURGÚÉS, M. E., *La discriminación positiva*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

BOGINO LARRAMBERE, Mercedes y FERNÁNDEZ-RASINES, Paloma, “Relecturas de género: concepto normativo y categoría crítica”, *Revista de Estudios de Género. La ventana*, V (45), 2017, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88450033007>.

LÓPEZ VELA, Valeria, “Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Nagel”, *Revista de Filosofía Open Insight*, México, 2016.

REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós Contextos, 2014.

CAPÍTULO DÉCIMO

DERECHO A LA “IGUALDAD” DE GÉNERO EN BAJA CALIFORNIA A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Luz Berthila BURGUEÑO DUARTE*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Impacto de la reforma constitucional de 2011 a la “igualdad” de género.* III. *La “igualdad” de género en la normatividad de Baja California.* IV. *Tareas pendientes.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El paradigma de tutela a los derechos humanos se incrementó a raíz de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución federal) de 2011, centrada en nuevas promesas dentro de sus artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, de los cuales destaca la amplitud a la tutela internacional de los derechos humanos derivado de la inclusión de los tratados internacionales a su artículo 1o., así como del cambio semántico del verbo “reconocer” en lugar del de “otorgar”, lo que refleja un *ius naturalismo racionalista*, “que entronca directamente con el pensamiento de John Locke y de los filósofos de la Ilustración, quienes concebían

* Profesora investigadora de tiempo completo, Facultad de Derecho Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California (UABC); investigadora nivel I del Sistema Nacional de Investigadores, Conacyt; luz.burgueno@uabc.edu.mx.

a los derechos naturales como ínsitos en el hombre y anteriores a la propia comunidad política, misma que no los creaba, sino simplemente los reconocía”.¹

Esta reforma constitucional generó gran expectativa en el marco del reconocimiento y protección más amplia a los derechos de las mujeres; no obstante, en la desigualdad material existen dos problemas torales; uno emanado de la normatividad vigente en el estado de Baja California (BC) que resulta obsoleta y violatoria de estos derechos, y otro relativo a la falta de voluntad de parte de los operadores de justicia por estudiar y aplicar el principio pro persona y de interpretación conforme² a fin de otorgar la más amplia tutela a los derechos de las mujeres.

Por lo que, de manera breve, enunciaremos algunas de las violaciones a los derechos de las mujeres insertas en la normatividad del estado, a fin de resaltar la necesidad urgente de arribar a modificaciones de fondo y de forma, pues de lo contrario la igualdad de género seguirá siendo una promesa sin cumplir.

II. IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 A LA “IGUALDAD” DE GÉNERO

A la vuelta de diez años de dichas reformas, nos cuestionamos si los paradigmas constitucionales se han convertido en un espejismo emanado de lo que en tantos sentidos se observa como letra muerta, o quizá sólo estamos frente a la innegable dicotomía

¹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo. Como nuevo paradigma constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2013, p. 2.

² *Ibidem*, p. 9, sostiene que “La cláusula de interpretación conforme, además fortalece de manera muy vigorosa la doble protección que tienen los derechos humanos en nuestro país, la primera que es la esencial en el ámbito interno y otra subsidiaria y reglamentaria en el ámbito internacional. Virtud a esta doble tutela, se otorga el mismo nivel a los derechos reconocidos expresamente en nuestra ley fundamental, y que por tanto son de carácter supremo, con los establecidos por los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.

igualdad-desigualdad, en la que el ser humano se desenvuelve desde que se involucran dimensiones generalizadas que resaltan y afirman las distinciones, pues las generalizaciones son constructos sociales que no necesariamente reflejan las individualidades. Ya sostenía Montesquieu que “los hombres nacen en igualdad, pero no saben conservarla: la sociedad hace perder dicha igualdad que posteriormente se puede recuperar sólo mediante la ley”.³

En este contexto, los derechos de las mujeres han sido analizados desde la lucha por la “igualdad”, una igualdad centrada en la desigualdad entre los géneros, emanada principalmente de los roles de género establecidos por los diversos constructos sociales. De ello se destaca la confrontación que existe entre la igualdad formal expresada en el derecho y la desigualdad material manifiesta en la condición de hecho que circunda los roles de género basados en relaciones de poder y dominio de lo masculino sobre lo femenino. Estas desigualdades de hecho demandan más que una reforma constitucional, pues no basta con profesar conceptos kantianos que sostengan que todos somos iguales ante la ley cuando no existen los canales para materializar y exigir dichas máximas.

III. LA “IGUALDAD” DE GÉNERO EN LA NORMATIVIDAD DE BAJA CALIFORNIA

La clara e insostenible desigualdad que existe entre hombres y mujeres, tanto en el ámbito de lo público como de lo privado, sigue lacerando los derechos más elementales de éstas: el derecho a vivir en paz y en salvaguarda de su dignidad humana. Tomemos en cuenta que “la vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su

³ Cfr. Giorgi, Raffaele de, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*, “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”, México, Fontamara, 2015, p. 36. “El derecho por tanto, en cuanto razón positivizada, debía contener condiciones de igualdad: condiciones de accesibilidad general a la acción, requisitos generalizables de la autor-representación individual: en otros términos, el derecho debía contener las mismas condiciones de posibilidad de la acción social”.

posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón —al amparo de las pautas culturales dominantes— para mantenerla bajo su control absoluto.⁴

En aras de abatir esta desigualdad material, el artículo 4o. de la Constitución federal, desde la igualdad formal, sostiene que “la mujer y el hombre son iguales ante la ley”, lectura que ante la reforma constitucional de 2011 al artículo 1o. cobra mayor peso a la luz de compromisos internacionales asumidos por México, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que en su artículo 5o. exige a los Estados firmantes a “modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Estos compromisos internacionales obligan a México a salvaguardar los derechos humanos de las mujeres mucho antes de las reformas constitucionales de 2011, dejando en claro la CEDAW, en su artículo 1o., que

...la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

A la par, tenemos los compromisos asumidos a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, centrada

⁴ Buompadre, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital. Modalidades mediante el uso de tecnología*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016, p. 51.

en reconocer y garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, estableciendo en su artículo 7o. la obligación del Estado de “incluir en sus legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

Por ello, no basta que la tutela de los derechos de las mujeres se centre en la normatividad nacional, sino que se debe atender a la mayor protección, incluida la normatividad internacional aplicable, pues la suma de ambos niveles de protección permitirá nivelar los índices de discriminación que actualmente viven las mujeres. No obstante, observamos que dichos compromisos internacionales no se alcanzan en la normatividad vigente en el estado de Baja California (BC), y como ejemplo citaremos algunas de las últimas reformas a diversas legislaciones del estado, que se refieren a derechos de género, en base a las cuales las y los encargados de impartir justicia sustentan, o bien limitan, su actuar.

1. *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California*

Dedica sólo el artículo 7o. a la tutela de los derechos humanos, reconociendo en su primer párrafo la aplicación de los tratados internacionales, lo que deviene de la reforma constitucional de 2011 en que se centra el presente debate. No obstante, desde entonces hasta la última reforma a la Constitución de BC, del 6 de diciembre 2021, este artículo 7o. consagraba un segundo párrafo que establecía: “El Estado reconoce y protege la Institución del matrimonio como un derecho de la sociedad orientado a garantizar y salvaguardar la perpetuación de la especie y ayuda mutua entre los cónyuges, satisfaciéndose este solamente, mediante la unión de un hombre con una mujer”. Lo anterior no obstante que, de forma paradójica, en su apartado A reconoce a los tratados internacionales y al principio pro persona; en su apartado E reconoce y garantiza el derecho de las

víctimas, y en el apartado F garantiza el principio de paridad de género. Estas disposiciones hacían cuestionable, entre otros aspectos, los fines del matrimonio, y la evidente negación hacia los matrimonios cuyo fin es diverso al de la perpetuación de la especie y ayuda mutua, así como la franca vulneración de derechos hacia los matrimonios igualitarios.

Celebramos que la Constitución de BC, vigente a partir de la reforma del 6 de diciembre de 2021, haya eliminado dichos preceptos altamente estereotipados, pero debemos estar atentos a la materialización efectiva de estas nuevas disposiciones normativas.

2. *Ley de la Familia para el Estado de Baja California* (reforma de diciembre de 2011)

En su artículo 19 se establece que “Toda persona tiene derecho en la elección de su estado de vida; a conocer el alcance de los derechos y las obligaciones inherentes al matrimonio, que permita al hombre y a la mujer asumirlas con pleno conocimiento, con madurez y responsabilidad”.

El artículo 20 señala que “el Estado, a través de las autoridades competentes, establecerá campañas permanentes de información y sensibilización dirigidas a las familias sobre planificación familiar, así como el conocimiento de los métodos naturales de reconocimiento de la fertilidad; los cónyuges decidirán de manera conjunta sobre los mismos”, mientras que el artículo 21 salvaguarda el “derecho de los padres a decidir el orden de los apellidos, pudiendo ser en forma indistinta el paterno o materno de ambos padres, que recibirán sus hijos”.

Como se observa, persiste el concepto de matrimonio cisgénero, enfatizándose en concepciones de familia socioculturales e incluso de índole religiosa que vulneran el carácter general que debe prevalecer en toda norma; es insostenible que el estado pretenda normar las formas de planificar la familia, lo cual está en franca vulneración del derecho consagrado en el artículo 4o. constitucional

que en su segundo párrafo sostiene que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. Esto es, el Estado no tiene derecho a determinar como válidos sus métodos naturales, lo que sea que esto signifique.

Por otro lado, esta legislación deja de lado que existen diversas formas de familia,⁵ centrándose sólo en la planificación familiar derivada del matrimonio, a la par de coartar el derecho de la mujer a decidir de forma unilateral sobre el espaciamiento de sus hijos al ser su cuerpo el que estará expuesto a la procreación y, atento a los roles de género, más comprometido su proyecto de vida.

3. *Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Estado de Baja California (reforma de 2012)*

Resulta loable y a la vez un llamado de buena voluntad el que sus artículos 11 y 12 exijan a las autoridades ceñirse a lo dispuesto por los instrumentos internacionales suscritos por México en materia de discriminación, enfatizando la aplicación del principio pro persona cuando se presenten diferentes interpretaciones en tutela de los derechos a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias. El punto es que este llamado no es congruente con la realidad, pues las autoridades del estado, en su mayoría, se limitan a lo que establece la normatividad estatal.

⁵ Correa, Raúl, “Cambios importantes de concepción. Hay 17 diferentes formas de familia”, *Gaceta UNAM*, 20 de mayo 2019, plantea cómo la concepción de la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas. Hay al menos 17 diferentes formas o tipos de parentela identificadas, más las que se acumulen. “Y creo son pocos para los reacomodos que se van dando en la sociedad”, señaló Germán Palafox, director de la Facultad de Psicología. En ese sentido, Raúl Contreras Bustamante, titular de la Facultad de Derecho, planteó la necesidad de respetar la diversidad de las familias porque la sociedad cambió y hay que adecuar las concepciones jurídicas a las nuevas realidades, además de establecer una serie de políticas públicas para reconocer esto. Consultado el 22 de junio de 2021 en: <https://www.gaceta.unam.mx/hay-17-diferentes-formas-de-familia/>.

4. *Ley para la Igualdad de Trato y Oportunidades entre Mujeres y Hombres del Estado de Baja California (reforma de noviembre de 2015)*

Esta legislación tiene como objeto el proteger, fomentar y hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres mediante lineamientos y mecanismos institucionales que orienten hacia el cumplimiento de la misma, con base en los principios, políticas y objetivos que sobre igualdad entre mujeres y hombres prevé la Constitución y la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, centrándose en los principios de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana.

Cabe destacar que dicha normatividad se centra en el actuar de todos los poderes públicos del estado, organismos públicos descentralizados y municipios, a fin de que hagan efectivo el derecho a la igualdad, a la no discriminación y el respeto a la dignidad humana. Esto, en sentido estricto, implica que estas autoridades deben dejar de aplicar los añejos cánones de la Constitución del Estado (algunos ya expuestos con antelación) a fin de hacer válidos aquellos consagrados en la Constitución nacional, pues paradójicamente ambas Constituciones presentan problemas de colisión normativa.

5. *Ley de Víctimas para el Estado de Baja California (reforma de 2018)*

En el marco de su artículo 4o., sostiene una interpretación conforme a la Constitución federal, los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado mexicano y la Ley General, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de los derechos de las personas, sustentándose en los principios de buena fe, progresividad, característicos de la tutela de los derechos humanos.

De nueva cuenta, vemos cómo desde la normatividad sí es pro-
teccionista; sin embargo, e insistimos, las autoridades de la entidad

no se han dado a la tarea de aplicar estos alcances internacionales ni federales a la tutela y salvaguarda de los derechos de las mujeres.

6. *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Baja California (vigente a partir de 2016)*

Cabe destacar que en sus reformas de 2020 incluye el tema de violencia política. Además, consagra el amplio espectro de las modalidades de la violencia al definirla en su concepción física, psicológica, patrimonial, económica, sexual, obstétrica, digital, mediática y cualquier análoga.

En sus reformas de 2019 destaca el surgimiento de la obligación a cargo de la entonces Procuraduría General de Justicia de crear una base de datos de violencia de género, capacitar a policías en atención a casos de violencia y diseñar una política transversal e integral en torno a delitos violentos contra las mujeres.

Estas obligaciones a cargo del estado distan mucho de acercarse a la realidad, en un sistema de impartición de justicia en donde se revictimiza a las mujeres que han sufrido violencia, por no disponer de los protocolos adecuados, instalaciones, personal capacitado, etcétera, lo que nos coloca entre los estados con mayores índices de delitos violentos contra las mujeres.

Sólo para darnos una idea, según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, los presuntos delitos cometidos contra mujeres de enero a marzo de 2021 en Baja California son: trata de personas: 90% de las víctimas son mujeres; Tijuana es el quinto de 100 municipios con presuntos delitos de feminicidio; 715 homicidios dolosos a mujeres: BC es el primer lugar, con 99; 14,368 lesiones dolosas: BC es el sexto lugar, con 565; 359 mujeres víctimas por corrupción de menores: BC es el tercer lugar, con 40; 108 mujeres víctimas de trata de personas: BC, con 39; 59,313 denuncias por violencia familiar: BC es el séptimo lugar con 2,612; 4,808 violaciones sexuales: BC es el séptimo

lugar con 192 violaciones; 3,940,941 llamadas de emergencia al 911 por violencia y delitos sexuales contra mujeres: BC es el sexto lugar.

Son datos alarmantes que, aunados a la cifra negra de la no denuncia, del silencio y del miedo, nos hablan de una realidad que no está siendo alcanzada por el paradigma de la reforma constitucional de 2011, ya que en BC las mujeres viven expuestas a elevados índices de violencia, y las autoridades encargadas de tutelar y salvaguardar sus derechos han sido incompetentes, máxime frente a elevados escenarios de corrupción y del imperio de la delincuencia organizada, frente a lo cual se ha “aprendido” a vivir y sobrevivir en entornos de violencia e inseguridad.

7. Código Civil de Baja California

En su artículo 22 establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, y agrega que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código. Esto lleva a análisis diversos a los alcanzados en materia penal, como veremos en el apartado siguiente.

No obstante el derogado artículo 144, cabe resaltar que hasta el 14 de septiembre de 2021 esta normatividad sostenía que “cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta”; postura contraria a la libre determinación del individuo, que al abrogarse elimina estas barreras normativas que forjan el constructo social. No obstante, la mentalidad de una sociedad conservadora no se cambia con una reforma; en ello hay mucho trabajo por hacer y camino que recorrer.

Esta concepción progresiva deriva en gran parte de la aprobación al Dictamen 59, emitido por el Congreso del Estado de BC el pasado 16 de junio de 2021, de acuerdo con el cual se aprobaron los matrimonios igualitarios en el estado, instruyéndose a armonizar

la normatividad relativa. Esto llevó al Poder Legislativo de Baja California a reformar, el 14 de septiembre de 2021, el artículo 143 de su Código Civil y definir al matrimonio como "la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua".

Se superó así la visión de matrimonio y de familia cisgénero, así como la valía única del matrimonio en torno a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua, lo que evidentemente violentaba los derechos consagrados en el artículo 4o. constitucional.

Lo anterior, sin duda, abre una importante área hacia la tutela y salvaguarda de los derechos de las personas que han determinado construir sus vidas desde su propia identidad sexual.

8. *Código Penal de Baja California*

En el ámbito penal es altamente notoria la vulneración a los derechos de las mujeres víctimas del menoscabo a bienes jurídicos básicos, como la vida, la salud, la paz, la dignidad, la libertad sexual, tema en el cual hay mucho análisis por hacer, y por el momento nos centraremos en algunos tipos penales que resaltan en su involución.

Tenemos el caso del tipo penal de *feminicidio*, consagrado en el artículo 129, el cual hasta antes de la reforma de noviembre de 2020 tenía una punibilidad de 20 a 50 años, lo que implicaba una sanción menor a la del homicidio calificado, por lo que se modificó en concordancia con el Código Penal Federal para ser de 35 a 60 años.

Al destacarse la falta de eficacia en la investigación y persecución de estos delitos, cobra importancia señalar el proteccionismo hacia los servidores públicos que de manera culposa (esto es, negligente, indiferente, incompetente) retardan o entorpecen la administración de justicia, pues el artículo 323 de este ordenamiento, en su fracción VII, establece una responsabilidad penal para los servidores públicos que dolosamente retarden o entorpezcan la administración

de justicia. Esto es, sólo cuando la voluntad final del sujeto activo está dirigida a la producción del resultado contrario a la norma es que se les podrá sancionar, pero en todos aquellos casos en que dicha violación al derecho de acceso a la justicia “no sea dolosa”, no podrá ser imputada el servidor público, siendo la víctima quien asumirá el coste: la violación a su derecho humano.

El tema del *aborto* se encuentra en constante evolución a la luz de los derechos de las mujeres, lo que se evidencia en la última reforma al Código Penal de Baja California (CPBC) del 12 de noviembre de 2021, logrando evolucionar el elemento normativo del tipo penal de aborto, entendido antes de la reforma como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez” (artículo 132), para quedar abrogado por la siguiente definición: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Con ello se deja a salvo el derecho de la mujer a decidir, y se define el inicio del bien jurídico de la vida a partir de la implantación del embrión en el endometrio, periodo que la ciencia médica ha sostenido se da a partir de la semana doce de gestación. Esto ha permitido terminar con el debate que sostenía la anterior definición de aborto: la vida a partir de la concepción.

Cabe destacar que de la reforma penal en comento se deroga el anterior artículo 136 y lo hace evolucionar de manera importante; se dejan atrás los anacrónicos requisitos que se establecían para el caso de aborto producto de violación o inseminación artificial no consentida, los cuales se centaban en la decisión del agente del Ministerio Público, siempre que: 1) se denunciara, 2) que el MP lo autorizara dentro de los primeros 90 días de gestación, 3) que se acreditara el hecho. Esto significaba que en esos 90 días a partir de la violación se tenía que acreditar el hecho, situación que a la luz del artículo 2o. del Código Nacional de Procedimientos Penales implicaba acreditar el “hecho que la ley señala como delito”, que no obstante que no sea este el espacio para tal análisis, sostenemos que este

planteamiento abarca la conducta típica, antijurídica y culpable del sujeto activo, lo que evidentemente no se alcanzaba en ese plazo. Pues bien, la reforma del 12 de noviembre de 2021 ha abrogado dichos requisitos, debiendo ahora prevalecer el principio de buena fe a favor de la víctima.

A su vez, resaltamos la inclusión de la fracción IV del artículo 136 del CPBC que señala: “Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada”, lo que salvaguarda el derecho de la mujer a decidir sobre la calidad de vida que espera ofrecer a dicho producto. Este paso evolutivo de la norma aún tiene tareas pendientes relevantes, como lo son los canales para la debida exigibilidad del derecho en comento, pues hemos identificado el desconocimiento de parte del sector salud sobre esta reforma penal, lo que hace evidente la falta de protocolos, lineamientos o políticas públicas que de manera efectiva brinden el apoyo necesario a la mujer que solicite la asistencia médica para efectos de dicha interrupción del embarazo. Otra tarea pendiente es la armonización con el artículo 7o. de la Constitución de BC, primer párrafo, que aún establece que “esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida”. Esto implica una preocupante antinomia con la reforma penal en cuestión, y hace vulnerable la materialización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Por otra parte, el tipo penal de *estupro* genera una ociosa carga de la prueba hacia la víctima mujer menor de edad, al tipificarlo, en su artículo 182, como “al que realice cópula con persona mayor de 14 años y menor de 18, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción y engaño”; es necesario integrar el tipo penal con uno de los dos medios comisivos que se instauran como elementos

objetivos del tipo penal: la seducción y el engaño. Estos elementos, de algún modo, son parte intrínseca a la dinámica de pareja en la que se centraría esta cópula consentida, en donde resulta revictimizante someter a la víctima a reconstruir los elementos que permitan acreditar que hubo seducción o engaño, pues de lo contrario la conducta del sujeto activo será atípica. Esto resulta ocioso y absurdo, pues más allá de la existencia de estos medios comisivos o no, lo relevante es el consentimiento de la víctima menor de edad en un plano de consentimiento “no válido”, precisamente porque en su minoría de edad se considera que no ha alcanzado su desarrollo sexual pleno como para determinarse por dicho bien jurídico de manera libre y consciente; ante ello, resulta innecesario someterla a la revictimización de tener que “acreditar” escenas personales y, por qué no, incómodas en la dinámica de la narrativa en las instituciones de impartición de justicia.

Es evidente cómo los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, a pesar de algunas reformas importantes, se violentan desde la supuesta igualdad formal establecida en la normatividad que hemos citado, lo que desencadena una desigualdad material en temas centrales para el sano desarrollo de todo individuo, como lo es la libertad sexual, tema álgido en cuanto a los delitos de que es víctima la mujer, sin duda de forma exponencial a la victimización que presentan los varones. Ante ello, debemos tener en cuenta que

...la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegido importa un segmento o una parcela de un bien jurídico más general: la libertad personal, entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. Así, la libertad sexual se manifiesta como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad.⁶

En este contexto, como sostiene Habermas,

⁶ Buompadre, *op. cit.*, p. 93.

...los jueces han de apelar a la dignidad humana en casos de violación de libertades individuales o de derechos de poblaciones pobres y marginalizadas, así como en casos de desigualdad entre géneros, racial, étnica o religiosa. Por lo tanto, se convierte en un argumento sustantivo para fundamentar tanto la universalización de derechos como la introducción de nuevos.⁷

Este concepto de dignidad debe prevalecer en la aplicación e interpretación de la normatividad nacional e internacional.

IV. TAREAS PENDIENTES

Para el derecho internacional, los principios de universalidad de los derechos humanos y de no discriminación se instauran como piedra angular, al ser inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición, frente a lo cual todos los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos.

Emanado del bloque de constitucionalidad que deriva de las reformas que nos ocupan, este interés internacional es parte de nuestro ordenamiento nacional, por lo que nos encontramos frente a paradigmas que parecen inalcanzables cuando falta voluntad y capacidad de parte de sus ejecutores, lo que no implica la anuencia para dejar de aplicar la máxima protección a los derechos humanos, ya que "la garantía no consiste en poner un derecho en la Constitución sino en asegurar los medios para la tutela de las disposiciones constitucionales".⁸ En este sentido, la normatividad del estado de BC,

⁷ Chabaneau, Lucía Pérez y Silvera Rivero, Patricia, "*Desigualdades y justicia social en Brasil y Uruguay*", *Contribuciones sociológicas para pensar los derechos humanos*, 2018, DOI: <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v32i44.4>, p. 87.

⁸ 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*, Ciudad de México, vol. 48, núm. 143, mayo-agosto de 2015.

como se ha analizado, tiene mucho trabajo por hacer a fin de estar acorde a los nuevos paradigmas, ya que

...la reforma tenderá a reducir las demandas en contra del Estado mexicano ante órganos internacionales, ya que el hecho de que los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos sean constitucionalizados, aportará un fundamento para su protección interna (aunque no lo garantiza). Lo que hoy termina resolviéndose a nivel internacional, podrá ser resuelto previamente a nivel nacional.⁹

Frente a las realidades expuestas, resulta necesario cuestionarnos la impunidad y la recurrente violación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas, a fin de replantearnos el sentido de la pena en el derecho penal; nos permitimos hacer una reflexión desde una postura funcionalista sistémica, a la luz de las teorías de Günther Jakobs, quien reputa al delito en el marco del Estado moderno como una mera “irritación” o “desliz reparable” mediante la pena, “cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”; distingue, para ello, entre persona e individuo, en donde la persona se orienta en función de lo lícito y lo ilícito, en tanto que el individuo se orienta en función de la satisfacción y la insatisfacción.¹⁰ En donde los delinquentes “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho”, lo que en clave del funcionamiento sistémico equivale a decir que “no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”.¹¹

Coincidimos con Gimbernat Ordeig sobre la imperiosa necesidad de atender los derechos de género en el ámbito del derecho

⁹ *Idem.*

¹⁰ Niño, Luis Fernando y Matus Acuña, Jean Pierre, *Dogmática jurídica y ejercicio del poder. Riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latinoamericana*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016, p. 29.

¹¹ *Idem.*

de acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencia desde lo que este autor enuncia como “una aplicación segura y calculable del derecho penal”, con base en el cual

...se hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación; en cambio cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuando menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite.¹²

V. CONCLUSIONES

Nos permitimos dejar como reflexión algunas manifestaciones que con gran sentido crítico expone Peter Häberle, quien sostiene que “la calidad de una Constitución en el Estado constitucional se mide por las *funciones* que aquélla debe desempeñar y por la posición y el valor reales y vividos que ha adquirido en una sociedad civil abierta”,¹³ ya que “la constitución no es solo un conjunto de reglas jurídicas, sino también una guía cultural para el ciudadano”,¹⁴ derivado de lo cual “las Constituciones tienen que crear posibilidades de identificación para el ciudadano”.¹⁵

Los paradigmas constitucionales, entonces, deben ser alcanzables, deben establecer el piso mínimo para la salvaguarda de los

¹² *Cif. Niño, op. cit.*, p. 54.

¹³ Häberle, Peter, *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2017, p. 167.

¹⁴ *Ibidem*, p. 168.

¹⁵ *Ibidem*, p. 177.

derechos de género, en atención a lo cual toda mujer viva en paz, en un entorno libre de violencia y en pleno ejercicio de su dignidad humana en aras de la construcción de su propio proyecto de vida. Esto se alcanzará sólo desde la igualdad formal sustentada en una normatividad vanguardista, progresista y garante de derechos humanos, que sea interpretada y aplicada por personas y órganos encargados de impartir justicia, comprometidos y con un alto espíritu de justicia. Este binomio constituye el urgente reto para el estado de Baja California, en donde actualmente los derechos de las mujeres se enfrentan a desigualdades formales y materiales.

Los derechos humanos son el “fundamento de las democracias liberales y tienen pretensión de universalidad, al no realizarse de forma homogénea, sus principios básicos son cuestionados y se alejan cada vez más de la defensa de los derechos humanos”.¹⁶ En este tenor, cuestionamos los resultados alcanzados a diez años de la reforma a la Constitución federal, al ser evidente que miles de mujeres siguen sin tener garantizado el pleno ejercicio de sus derechos humanos, lo que se evidencia en los altos índices de violencia que enfrentan las mujeres en el estado de Baja California; una realidad que demanda la materialización del bloque de constitucionalidad que tanto se nos ha prometido con dicha reforma.

Las marcadas desigualdades de género evidencian el tipo de sociedad en que vivimos; es urgente que ciudadanos y autoridades asumamos la responsabilidad horizontal que implica exigir el reconocimiento de nuestros derechos a la par de comprometernos profundamente hacia el respeto de los derechos de terceros. Es urgente luchar por una mejor sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital. Modalidades mediante el uso de tecnología*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016.

¹⁶ Chabaneau, *op. cit.*, p. 1.

- CHABANEAU, Lucía Pérez y SILVERA RIVERO, Patricia, “*Desigualdades y justicia social en Brasil y Uruguay*”, *Contribuciones sociológicas para pensar los derechos humanos*, 2018, DOI: <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v32i44.4>.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo. Como nuevo paradigma constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2013.
- 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*, Ciudad de México, vol. 48, núm. 143, mayo-agosto de 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Seguridad y justicia: plan nacional y reforma constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, serie 05, 2019.
- GIORGI, Raffaele de, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna, “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”*, México, Fontamara, 2015.
- NIÑO, Luis Fernando y MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Dogmática jurídica y ejercicio del poder. Riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latinoamericana*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016.
- VALADÉS, Diego (comp.), *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO
SEXO, HACIA LA IGUALDAD DE DERECHOS
CIVILES EN BAJA CALIFORNIA

Cinthy Erika GÓMEZ TAGLE BRAVO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una reflexión del matrimonio igualitario en México*. III. *Reconocimiento en Baja California*. IV. *Reforma del matrimonio entre personas del mismo sexo en Baja California*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la frontera norte de México, el estado de Baja California se considera una entidad vanguardista debido a su contexto binacional, con una apertura cultural y social que le permite destacar en diversos rubros, y se ha concedido especialmente a Tijuana, Baja California, posicionarse como una de las ciudades jóvenes más importantes del país; pero tratándose del matrimonio entre personas del mismo sexo su desarrollo avanzó a otra velocidad, lento en el trabajo legislativo y forzado por las resoluciones de la Corte y las reformas constitucionales de junio de 2011 en materia de derechos humanos, que hasta después de diez años lograron modificar el criterio

* Jefa del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Iberoamericana, Campus Tijuana; cinthya.gomez@tijuana.ibero.mx.

que permitió en el estado armonizar el marco legal con los instrumentos internacionales.

II. UNA REFLEXIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

El matrimonio entre personas del mismo sexo es un tema ampliamente estudiado. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en nuestro país ha definido su legalidad y sostenido diversos criterios¹ que lo reconocen y protegen, a partir del análisis integral de su constitucionalidad, el concepto de familia protegida, de su finalidad, e incluso de la figura de la sociedad en convivencia, todo ello con base en el principio de igualdad y no discriminación. La Corte señala que prohibirlo o vincular las preferencias sexuales y la procreación como requisito es discriminatorio, con fundamento en el artículo 1o., quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece lo siguiente:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Además, el artículo 4o. constitucional señala que la ley deberá proteger la organización y el desarrollo de la familia; por ello, la Corte, en una reflexión profunda, examinó los modelos de familia: la familia tradicional y las diversas configuraciones de familia que se conciben de hecho, y analizó la procreación como finalidad del matrimonio.

¹ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 43/2015, 1a./J. 84/2015, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 85/2015, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 86/2015, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 67/2015.

En el mismo sentido, a nivel internacional se reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación en diversos instrumentos y tratados internacionales,² como son:

- 1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³
- 2) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴
- 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵
- 4) Declaración Universal de Derechos Humanos.⁶
- 5) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁷
- 6) Declaración del Milenio.⁸
- 7) Principios de Yogyakarta Indonesia.⁹

En la sentencia del *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*¹⁰ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que una mujer pierde la custodia de sus hijas por su preferencia sexual, la Corte señala:

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación, además de estar obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

² Bayefsky, Anne F., *El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional*, 1990, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>.

³ Artículo 2o., fracción primera, y artículo 26.

⁴ Artículo 2o., segundo párrafo.

⁵ Artículo 1o., primer párrafo, y artículo 24.

⁶ Artículos 1o., 2o. y 7o.

⁷ Artículo II.

⁸ Artículo 6o.

⁹ Véanse los Principios de Yogyakarta Indonesia, disponibles en: <http://yogyakarta.principles.org/principles-sp/about/>.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

Asimismo, la Opinión Consultiva 24/2017 de la CIDH del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, relativa a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, prevé como obligatoria la figura del matrimonio en las legislaciones de los Estados signatarios.

Por su parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió la Recomendación General 23/2015,

...dirigida a los Titulares de los Poderes Ejecutivos y a los Órganos Legislativos de todas las entidades federativas del país, con el fin de adecuar los correspondientes ordenamientos en materia civil y/o familiar, para permitir el acceso al matrimonio a todas las personas y en condiciones tales que se impida cualquier tipo de discriminación.¹¹

Por otra parte, la doctrina, así como debates y un gran número de foros, se han ocupado de su reflexión, por lo que diversas entidades federativas han adaptado y modificado sus leyes, pero lo que pudiera parecer un tema lo suficientemente analizado, lamentablemente no es aún una realidad para muchos estados de México, en donde las personas, al pretender acceder a este derecho, deben transitar procesos prolongados y costosos, obstaculizando el acceso a la justicia.

III. RECONOCIMIENTO EN BAJA CALIFORNIA

Resulta relevante destacar que con la publicación del “Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”¹² en diciembre de 2009, que reconoce el matrimonio como la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, sin establecer

¹¹ Véase Comisión Nacional de los Derechos Humanos, disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=283>.

¹² Publicado en el *DOF* el 4 de diciembre de 2009.

el requisito de ser entre un hombre y una mujer, el estado de Baja California se posiciona y rechaza este derecho, por lo que una de las primeras acciones que el estado realizó fue presentar una controversia constitucional¹³ ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra de la Asamblea Legislativa y del jefe de gobierno del entonces Distrito Federal, por la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, y la inconstitucionalidad de la reforma que reconoce el matrimonio como la unión de dos personas; ante ello, la Corte sobresee la controversia sin entrar al fondo, por falta de interés legítimo.

Después de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la acción de inconstitucionalidad, el Congreso de Baja California, no conforme con las uniones entre personas del mismo sexo, aprobó con gran mayoría una reforma¹⁴ a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California por la cual se adicionó un párrafo segundo al artículo 7o. para establecer la definición del matrimonio como la unión de un hombre con una mujer, así como la perpetuación de la especie como finalidad del matrimonio, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 7. El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, y los demás derechos que reconoce esta Constitución, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de igual manera esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.

¹³ Controversia Constitucional 13/2010.

¹⁴ Decreto núm. 56 publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el 27 de mayo de 2011.

El Estado reconoce y protege la Institución del Matrimonio como un derecho de la sociedad orientado a garantizar y salvaguardar la perpetuación de la especie y ayuda mutua entre los cónyuges, satisfaciéndose este solamente, mediante la unión de un hombre con una mujer.¹⁵

En armonía con la Constitución del estado, diversas disposiciones del Código Civil de Baja California se destacaban por vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación, e imponían como requisito que el matrimonio debía ser únicamente entre un hombre y una mujer, por lo que excluían de manera tácita a las personas del mismo sexo para poder contraerlo, con la finalidad de salvaguardar la perpetuación de la especie. Entre los preceptos mencionados encontramos los siguientes:¹⁶

Artículo 143. El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para convivir y realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil.

[...]

Artículo 144. Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

A pesar de la negativa del Congreso y de los dirigentes de la administración pública, Baja California tuvo que evolucionar; motivada por la movilización social dio origen a otras alternativas para garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación, apoyadas por las instituciones de defensa de los derechos humanos, la SCJN y posteriormente diversos gobiernos.

El primer matrimonio entre personas del mismo sexo fue una pareja de dos hombres que debido a la negativa del registro civil del XX Ayuntamiento de la ciudad de Mexicali, Baja California, para celebrar el matrimonio, presentaron un amparo que fue

¹⁵ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, artículo 7o.

¹⁶ Código Civil de Baja California, artículos 143 y 144.

atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que consideró amparar y proteger a los quejosos en contra del párrafo segundo del artículo 7o. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de Baja California, así como en contra de los artículos 143 y 144 del Código Civil de la entidad federativa; por tal motivo se ordenó al Ayuntamiento de Mexicali a realizar el matrimonio; después de varios desafíos a la resolución de la Corte por parte del gobierno de Mexicali, en 2015 lograron casarse y así abrir las puertas a más parejas que, apegadas a un amparo federal, tuvieron la oportunidad de celebrarlos, aunque con una complicada situación para que se respetara su derecho, un derecho previamente reconocido por la Constitución.

Por otra parte, en armonía con los criterios de la Corte, se emitieron dos recomendaciones de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Baja California (CEDHBC) a las autoridades; la primera es la Recomendación 15/2017 del 29 de diciembre de 2017, dirigida a la Secretaría General de Gobierno del Estado, por negar el registro matrimonial a dos parejas de mujeres, puesto que constituían violaciones a los derechos humanos, a la legalidad, a la seguridad jurídica, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la familia, al matrimonio, al trato digno y a no ser sometido a violencia institucional, además de la inobservancia del principio pro persona, ya que la pareja de mujeres acudió a las oficinas del registro civil con la finalidad de contraer matrimonio civil y al solicitar información al respecto les indicaron que los matrimonios del mismo sexo no estaban aprobados en la ciudad y les sugirieron presentar un juicio de garantías ante un juez federal o viajar a la Ciudad de México para poder contraerlo. Debido a la negativa, la pareja acudió a la CEDHBC a presentar una queja en virtud del agravio a sus derechos humanos; la Comisión solicitó informe justificado a las autoridades, las cuales admitieron la negación con fundamento en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Baja California, ya que las leyes del estado no contemplaban el matrimonio igualitario, aunado al hecho de que tampoco la estructura de las actas de matrimonio contemplaba a las parejas del mismo sexo.

En respuesta a la Recomendación, el gobierno del estado emitió, el 3 de noviembre de 2017, un oficio a los ayuntamientos y oficinas del Registro Civil para facilitar el matrimonio. Por lo tanto, la CEDHBC compartió en entrevista que en 2017 implementó un procedimiento administrativo de acompañamiento, en el que las personas interesadas presentaban la petición ante las oficialías del Registro Civil, quienes, apegadas al marco jurídico estatal, lo negaban; ya con la negativa, comenzaban, acompañadas de la Comisión, un proceso que podía tardar entre dos y tres meses, y concluía mediante una conciliación que permitía la celebración del matrimonio; gracias a ello las parejas del mismo sexo que deseaban contraer matrimonio ya no tenían que presentar un amparo, por lo que se celebraron más de 200¹⁷ matrimonios con la intervención de la CEDHBC.

La segunda recomendación emitida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos fue la 16/2018¹⁸ del 27 de diciembre de 2018, dirigida al secretario general de gobierno del estado y al presidente municipal del H. XXII Ayuntamiento de Mexicali, B.C., sobre el caso de violaciones a los derechos de igualdad y no discriminación, a la legalidad, a la seguridad jurídica, al trato digno, así como al derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho al matrimonio y la familia, por negar a otra pareja de mujeres llevar a cabo su ceremonia de matrimonio civil, “expresando como tal que el funcionamiento de las Oficialías del Registro Civil se encuentran sujetas al marco jurídico aplicable”.

Además de las recomendaciones, la CEDHBC emitió dos exhortos: el primero, en diciembre de 2019, dirigido a los ayuntamientos y al Registro Civil del estado; posteriormente, en julio de 2020, emitió un segundo exhorto dirigido al Congreso del Estado.

Por otra parte, presentó, el 22 de julio de 2020, al presidente de la Comisión de Gobernación, Legislación y Puntos Constitucionales

¹⁷ Véase Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Baja California, disponible en: <https://www.derechoshumanosbc.org/noticias/cedhbc-reitera-exhorto-para-aprobaci%C3%B3n-de-matrimonios-igualitarios> (fecha de consulta: 17 de abril de 2021).

¹⁸ *Idem*.

del Poder Legislativo de Baja California, una opinión técnica¹⁹ en relación con la reforma a la Constitución local y al Código Civil del Estado sobre el acceso a la institución del matrimonio para todas las personas.

La titular de la Oficialía del Registro Civil del XXIII Ayuntamiento de la ciudad de Tijuana, Baja California, compartió en entrevista que en respuesta a las recomendaciones y exhortos por parte de los organismos protectores de derechos humanos, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a los tratados internacionales de los que México es parte y a los criterios de la SCJN, el Ejecutivo estatal y municipal instruyó a las oficialías del Registro Civil para permitir y agilizar el trámite, por lo que a partir de 2019 ya no fue necesario presentar un amparo ante los juzgados de distrito o una queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos para recibir el acompañamiento, y directamente las parejas del mismo sexo podían acudir a las oficialías del registro civil en el estado a realizar la solicitud. Debido a la disposición del Ejecutivo, tan sólo en la ciudad de Tijuana, las oficialías registraron más de 100 matrimonios sin intervención de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, de los cuales la mayoría son parejas de mujeres.

Cabe destacar que, a partir de las medidas realizadas por el gobierno del estado, se desprende del informe anual de la Comisión para 2019-2020 que disminuyeron las quejas recibidas por violaciones a derechos humanos de las personas LGBTI en todo el estado.

IV. REFORMA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN BAJA CALIFORNIA

Por otra parte, al analizar el tema del desarrollo legislativo en Baja California a partir de la reforma constitucional de 2010, se encontró, desde un inicio, oposición del Congreso del Estado para armonizar la legislación estatal con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, con una clara negativa de evolución del derecho y protección de los derechos

¹⁹ *Idem.*

humanos. Se sostiene lo anterior porque, como se ha mencionado, desde la resolución de la SCJN que permitió el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el Congreso retrasó y rechazó la posibilidad de alcanzar este derecho, sin sustento o fundamento legal, ya que en diversas ocasiones se presentaron iniciativas que no fueron bien recibidas, como es el caso de la sesión del Congreso en julio de 2020, en el que se sometió a votación una iniciativa de reforma al segundo párrafo del artículo 7o. de la Constitución del estado y de los artículos 143, 144, entre otros más, del Código Civil de Baja California, para modificar y reconocer el matrimonio como la unión libre entre dos personas, pero no se alcanzó la mayoría calificada en los votos de las y los legisladores para la aprobación de las reformas, puesto que de 25 votos, se obtuvieron únicamente 15 votos a favor, 3 en contra y 7 abstenciones; en virtud de eso se tuvo que regresar el Dictamen 48 a la Comisión de Gobernación, Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso para ser analizado nuevamente y con ello se retrasó la reforma.

Sobre esta sesión del Congreso, resulta interesante analizar la tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a./J. 45/2015 (10a):²⁰

LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL. Si bien los Congresos estatales poseen libertad de configuración para regular el estado civil de las personas, dicha facultad se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México. El principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguna de las categorías prohibidas, constituye una

²⁰ Jurisprudencia 45/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 533.

violación del derecho citado. La discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural. Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada. La mera vigencia de una ley puede discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, puede discriminar indirectamente debido a un impacto diferenciado.

De lo anterior se deriva que la libertad de los congresos para regular el estado civil de las personas debe necesariamente realizarse en armonía con los preceptos constitucionales, de ahí la importancia de que el Congreso bajacaliforniano adecuara sus criterios a lo establecido en la Constitución federal.

Finalmente, y después de diez años, hay una evolución: el 16 de junio de 2021, el Congreso del Estado aprobó una iniciativa con dieciocho votos a favor, cuatro en contra y tres abstenciones, para reformar el artículo 7o. y 104 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, así como diversas disposiciones del Código Civil del Estado, para eliminar la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo; los municipios ratificaron la reforma: Mexicali, Tijuana y Tecate a favor, y en *afirmativa ficta*, Ensenada, Playas de Rosarito y San Quintín. Cabe mencionar que en la Constitución del estado no se reformó, como se había intentado en ocasiones anteriores, el párrafo segundo del artículo 7o. para permitir el matrimonio entre dos personas libres, sino que se eliminó en su totalidad todo el párrafo que definía y limitaba al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y la finalidad del mismo; se reformó el artículo 104 que contenía disposiciones a favor de la esposa y los hijos, para mencionar a los cónyuges. En el Código Civil se reformó, entre otros, el artículo 143, y se derogó el artículo 144, que establecía la condición de perpetuación de la especie. La reforma constitucional se publicó en el *Periódico Oficial del Estado de Baja California* el 8 de agosto de 2021, y la reforma al Código Civil en el *Periódico Oficial* el 14 de septiembre de 2021 para

quedar de la siguiente manera: “Artículo 143. El Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código”.²¹

V. CONCLUSIÓN

Es indudable que existen avances en la legislación en materia de igualdad y no discriminación, pero a diez años de la reforma, y con toda una evolución en temas de derechos humanos elevados constitucionalmente, el matrimonio igualitario llegó tarde en las entidades federativas. A Baja California le tomó más de una década alinear su legislación; no obstante, ahora será importante evaluar las consecuencias de la negativa que se manejó durante años, ya que envió a la ciudadanía un mensaje de rechazo y exclusión, que va a requerir de una verdadera transformación cultural y cambios de paradigma en la sociedad de la frontera norte, para lograr la plena protección de los derechos humanos de las personas LGBTI.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. *Libros*

BAYEFSKY, Anne, “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, *Human Rights Law Journal*, Alemania, 1990.

CEDH, *Informe anual de actividades 2020*, CEDH, documentos oficiales, 2020.

CEDH, *Opinión técnica en relación a la reforma a la Constitución local y Código Civil del Estado sobre el acceso a la institución del matrimonio*

²¹ Código Civil de Baja California, artículo 143.

- para todas las personas*, CEDH, documentos oficiales, CEDHBC/TIJ/0T/089/20, 22 de julio de 2020.
- CNDH, Recomendación General núm. 23, CNDH, documentos oficiales, 6 de noviembre de 2015.
- MARTÍNEZ, Alejandra y GÓMEZ, Haydee, *Los derechos de la diversidad sexual*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
- Opinión Consultiva núm. 24, *Identidad de género e igualdad y no discriminación en parejas del mismo sexo*, OC-24/17, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
- SOTELO GUTIÉRREZ, *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación del Distrito Federal y sus efectos jurídicos*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Inconstitucionalidad de las disposiciones que discriminan a las personas por motivo de su orientación sexual*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

2. *Jurisprudencia nacional e internacional*

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012.
- Tesis 1a./J.43/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 19 de junio de 2015, Reg. Digital 2009407.
- Tesis 1a./J.84/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 25 de diciembre de 2015, Reg. Digital 2010676.

3. *Instrumentos internacionales*

Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, 1144, entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

Declaración Universal de Derechos Humanos, A. G. Res. 217 A (III), ONU, 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA, Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948.

Declaración del Milenio, ONU, A/RES/55/2, aprobada en la octava sesión plenaria de la Cumbre del Milenio de 2000.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A. G. Res. 2200A (XXI), ONU, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A. G. Res. 2200A (XXI), ONU, entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

Principios de Yogyakarta: Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, ONU, 26 de marzo de 2007.

QUINTA PARTE
GRANDES RETOS DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN EL SIGLO XXI

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

LOS PUEBLOS INDÍGENAS
EN BAJA CALIFORNIA: EL DERECHO
A TENER DERECHOS, EL GRAN DESAFÍO

Saúl RAMÍREZ SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los pueblos indígenas en Baja California*. III. *El derecho a tener derechos político-electorales*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la celebración de los diez años de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, nuestro país trascendió a un Estado más garantista, pues reconoció el goce de los derechos humanos y se establecieron sus garantías.

Este nuevo paradigma jurídico provocó cambios en la cultura jurídica en general y, particularmente, en las personas, comunidades y pueblos indígenas, ya que esta reforma implicó cambios sustantivos en el entendimiento y la interpretación de los derechos humanos.

* Candidato a doctor en derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Estación Noroeste de Investigación y Docencia; es miembro fundador de la organización Agenda Ciudadana por el Desarrollo y la Corresponsabilidad Social A. C.; *saubrasa13@gmail.com*.

Esta cultura jurídica para los pueblos indígenas significó una nueva modalidad de hacer exigibles sus derechos humanos, tanto individuales como colectivos. El artículo 1o. de la Constitución federal ha fortalecido de manera especial la igualdad sustantiva y material de los pueblos indígenas, como fundamento de los derechos de igualdad y no discriminación; estos derechos deben ser considerados como un derecho transversal que debe ser vinculado con los derechos político-electorales de este grupo social.

Esto es, la salvaguarda de la participación y representación política de los pueblos indígenas contribuirá a que este grupo social se introduzca en la arena política donde se toman las decisiones, sobre todo para que se inserten y formen parte de la esfera política, ocupando espacios para que tengan la oportunidad de discutir sobre su devenir, así como para buscar abatir los grandes retos y desafíos de sus derechos humanos. Esto es, se requiere garantizarlos, protegerlos y hacerlos exigibles.

En este marco se reflexionará sobre los derechos de los pueblos indígenas en Baja California a la luz del decenio de la reforma al artículo 1o. de nuestra CPEUM y la exigibilidad de los derechos indígenas con base en la judicialización de los asuntos.

II. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN BAJA CALIFORNIA

En el estado de Baja California existe una gran diversidad de comunidades y pueblos indígenas. De hecho, las instituciones públicas y los mismos pueblos indígenas en la entidad se han caracterizado por definirse como grupos sociales nativos y migrantes.

El artículo 7o. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California reconoce a los indígenas como autóctonos y como los pertenecientes a cualquier otro pueblo indígena procedentes de otro estado de la República y que residan temporal o permanentemente dentro del territorio de la entidad.

Esto es, la Constitución local reconoce claramente a los Kiliwas, Kumiai, Pai pai, Cucapá y Cochimí como pueblos indígenas

autóctonos, mientras que a los mixtecos, zapotecos, purépechas, otomís, tzeltales, tzotziles, mixes, entre muchos otros, los reconoce como pueblos indígenas procedentes del interior del país. Se sabe que existen generaciones de indígenas que ya nacieron en la entidad y que mantienen su sentido de pertenencia con la comunidad de origen más que al lugar de nacimiento.

Para las instituciones, tanto de la administración pública estatal como federal, y los órganos autónomos, las estadísticas son un indicador esencial para diseñar, ejecutar o implementar cualquier tipo de acción, estrategia o política pública. Sin embargo, en el ámbito político electoral se observa que no necesariamente puede seguir este criterio, sobre todo cuando se trata de garantizar los derechos políticos de los pueblos indígenas.

Estos derechos políticos de las comunidades y pueblos indígenas son uno de los principales y grandes retos que se tienen que reconocer en el universo y catálogo de los derechos humanos colectivos que están pendientes de proteger y salvaguardar en Baja California.

Los datos estadísticos¹ de la Encuesta Intercensal del INEGI 2015 menciona que en Baja California existe una población total de 3.3 millones de personas, de las cuales se identifican como indígenas a más de 283 mil personas en la entidad federativa. Esto representa alrededor del 8.5% de la población total bajacaliforniana, de los cuales el 49.2% son mujeres indígenas.² Asimismo, es impor-

¹ En el mundo, de acuerdo con el Banco Mundial, hay alrededor de 370 millones de indígenas en más de 90 países, mientras que en América Latina, conformada por 17 países, la población que se autoidentifica como indígena, según los últimos censos y estimaciones a 2018, asciende a 58.2 millones de personas, esto significa alrededor del 10% del total poblacional. Véase en Banco Mundial (<https://www.worldbank.org/>), y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) / Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC), “Los pueblos indígenas de América Latina - Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/47), Santiago, 2020, p. 154.

² A nivel nacional existe una población indígena de más de 12 millones de personas que viven en hogares indígenas, lo que representan el 10.6% de la población total del país. Este dato estadístico identifica la población indígena a través

tante señalar que la población indígena en la entidad se concentra, principalmente, en los ayuntamientos de Tijuana y Ensenada.³

Este dato estadístico, construido por el INEGI y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (ahora Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas [INPI] en 2015, es resultado del cumplimiento de lo establecido en el artículo 2o. de la CPEUM

del hogar indígena, definiéndolo como aquel donde el jefe o la jefa del hogar, su cónyuge o alguno de sus ascendientes, declararon hablar alguna lengua indígena, independientemente de si todos los miembros del hogar hablan la lengua indígena, es decir, es un dato que está construido a partir de la familia nuclear y extensa, pues se considera a todos los miembros del hogar como población indígena, aun cuando hayan manifestado no hablar la lengua indígena. El otro dato estadístico que proporciona la Encuesta Intercensal establece más de 25 millones de personas que se autoadscriben como indígenas. Esto representa el 21.5% de la población total del país.

³ En el municipio de Tijuana se concentra la mayoría de las y los indígenas que viven en el estado, ya que tiene una población total de más de 1.6 millones de personas, de los cuales más de 37 mil ciudadanos viven en hogares indígenas, representando el 2.3% del total de la población de la demarcación. En tanto que la población que se autoidentifica como indígena representa más de 123 mil personas, es decir, alrededor del 8% del total de la población tijuanaense. El municipio de Ensenada cuenta con una población total de 483 mil personas, de las cuales 48 mil viven en hogares indígenas, representando el 10% del total de los ensenadenses, en tanto que las personas que se autoadscriben como indígenas asciende a más de 87 mil, lo que representó el 18% respecto al total de la población ensenadense. Como se muestra en los datos absolutos, la población indígena es mayor en el municipio de Tijuana que en el ayuntamiento de Ensenada. El municipio de Tecate tiene una población total que asciende a más de 102 mil personas, de las cuales 2,611 ciudadanos conforman la población que vive en hogares indígenas, que representan el 2.6% de la población total del municipio. En tanto que las personas que se autoidentificaron como indígenas fueron alrededor de 12 mil personas, lo que significa el 12.5% del total de la población del ayuntamiento. El municipio de Playas de Rosarito cuenta con una población total de 96 mil ciudadanos, de los cuales se contabilizan 3,859 personas como población que vive en hogares indígenas, que representan alrededor del 4% del total de los rosarisenses. La población que se autoidentifica como indígena ascendió a 8,866 personas, lo que representa el 10.2% del total de población del municipio. Por último, el municipio de Mexicali cuenta con una población total de 988 mil ciudadanos y se calculó que 11 mil personas viven en hogares indígenas, representando el 1.2% del total de la población. En tanto que las personas que se autoadscribieron como indígenas ascendió a 45 mil indígenas, lo que representa el 4.6% de la población total.

sobre el derecho de las personas a autoidentificarse y pertenecer a un pueblo indígena. Este derecho es un criterio fundamental para que las mujeres y hombres determinen conscientemente su identidad indígena.

Es importante señalar que los registros de la Encuesta Intercensal del INEGI de 2015 muestran la especificidad y las particularidades estadísticas de los pueblos indígenas, en comparación con los datos del Censo de Población y Vivienda 2020 del INEGI, que no reflejan una desagregación como los datos de la intercensal. Por ejemplo, el censo de 2020 reconoce una población de más de 3.7 millones de personas en Baja California; sin embargo, no registró el número de personas que se autoidentifican como indígenas y tampoco señaló el número de personas que viven en hogares indígenas, como sí lo hizo la intercensal.

Así es que el Censo 2020 sólo registró a las personas de tres años y más en el país que hablan lengua indígena, lo que representa una población de más de 7.3 millones de personas. Por lo que este dato es un registro que no evidencia la diversidad ni el total de la población indígena, lo que demostró que el Censo 2020 incumplió con lo mandatado en el artículo 2o. de la CPEUM, relativo a que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”.

Ahora, el peligro latente que se corre es que sólo se tomen como datos únicos de población indígena los referidos a los registros de hablantes de lenguas indígenas, lo que significaría un gran retroceso, ya que sólo serían personas indígenas aquellas que hablen una lengua indígena, un esencialismo que ya había sido superado, debido a que el criterio etnolingüístico es una característica de las personas indígenas, pues es el sentido de pertenencia y de comunalidad lo que da vida y sentido a este grupo social.⁴

⁴ Ramírez Sánchez, Saúl, 2006, “Los cargos comunitarios y la transpertenencia de los migrantes mixes de Oaxaca en Estados Unidos”, *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 3, pp. 31-53.

	2015			2020
	Total	Población indígena autoadscrita	Población en hogares indígenas	
Nacional	119,530,753	25,694,928	12,025,947	126,014,024
BC	3,315,766	283,055	104,088	3,769,020
Ensenada	486,639	87,595	48,566	443,807
Mexicali	988,417	45,467	11,861	1,049,792
Playas de Rosarito	96,734	9,867	3,860	126,890
San Quintín	SD	SD	SD	117,568
Tecate	102,406	12,800	2,611	108,440
Tijuana	1,641,670	126,409	37,264	1,922,523
SD: Sin datos. San Quintín es un municipio creado en 2020.				
FUENTE: elaboración propia con datos del INEGI relativos a la Encuesta Intercensal 2015 y al Censo de Población y Vivienda 2020.				

Más aún, con estas cifras estadísticas (cuadro 1) las políticas públicas para la atención de personas, comunidades y pueblos indígenas son las que están en peligro, pues se reducirían, como ha venido sucediendo con la aprobación, en la Cámara de Diputados, del Presupuesto de Egresos de la Federación en los últimos años.⁵

Lo señalado es una tendencia que buscará la desaparición de las políticas y las instituciones indigenistas como un proceso de absorción y asimilación ya vivido en los años cincuenta. Se prevé una escalada de iniciativas de ley que buscarán desaparecer dependencias públicas o fusiones institucionales que perjudicarán los avances realizados en las últimas décadas en materia de salvaguarda de derechos de las comunidades y pueblos indígenas, como la propuesta de ensamblar el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) con el INPI. Esta situación de registros puede fustigar a un etnocidio estadístico.

En el caso de la Constitución de Baja California, en el artículo 7o., también reconoce el criterio de conciencia que las personas tienen de autoadscribirse a una identidad indígena como parte de una comunidad o pueblo indígena. Este artículo garantiza la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y promueve la igualdad de oportunidades para eliminar cualquier práctica discriminatoria. Asimismo, en este artículo se establece el mandato de creación de instituciones y políticas públicas en la entidad, las cuales tendrán que ser diseñadas y operadas en coordinación con las comunidades y pueblos indígena, mandato que aún está lejos de cumplirse.

Asimismo, queremos resaltar la última reforma que se hizo a este artículo, en la cual se reconoció el derecho de las mujeres y los hombres indígenas residentes en el estado a participar en la elección de diputaciones y municipales para integrar los ayuntamientos

⁵ Ramírez Sánchez, Saúl y Victoria Saavedra, José Enrique, “Fuera máscaras. El neoindigenismo de la 4T en tiempos de pandemia”, en González Martín, Nuria (ed.), *COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia*, vol. IV: *Política, derecho y economía*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

del estado. Este reconocimiento fue publicado en el *Periódico Oficial* el 2 de septiembre de 2020, pero es un derecho muy ambiguo, toda vez que este derecho lo tenemos todas las personas mexicanas, independientemente de su pertenencia étnica.

Una vez más, las y los legisladores de la XXIII Legislatura del Congreso de Baja California se equivocaron, pues lo que exigen las comunidades y pueblos indígenas es una participación política plena y efectiva que garantice la representación política real en los espacios públicos de la entidad, como sucedió con las acciones afirmativas indígenas implementadas por el instituto local electoral en el proceso electoral 2020-2021.⁶

A pesar de ello, la norma más importante para este grupo social, el artículo 7o., sigue sin garantizar en su totalidad los derechos políticos de las comunidades y pueblos indígenas en Baja California, por lo que en el siguiente apartado se abordará esta temática.

III. EL DERECHO A TENER DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

El derecho a tener derechos político-electorales para los pueblos y comunidades indígenas de Baja California significa pertenecer a la comunidad, es decir, sentirse incluidos y formar parte de la comunidad bajacaliforniana, tener voz en la toma de decisiones; en este caso, representar a los pueblos indígenas en el Congreso del Estado y en los ayuntamientos de la entidad.

Para ello, es necesario recuperar la resolución del Incidente de Inejecución de Sentencia del Recurso de Inconformidad RI-30/2018 INC del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California

⁶ Burgueño Duarte, Luz Berthila y Ramírez Sánchez, Saúl, *Diagnóstico sobre erradicación de la violencia política y la discriminación hacia las mujeres indígenas y pueblos indígenas en Baja California, a la luz de las acciones afirmativas implementadas en el IEEBC y las iniciativas de derechos indígenas ingresadas en el Congreso de BC, como parte del cumplimiento de las Sentencias*, Figshare Book, 2021, DOI: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.15049107.v1>.

(TJEBC), promulgada el 29 de septiembre de 2020 y que a la letra establece lo siguiente:

PRIMERO. Se declara el cumplimiento defectuoso de la sentencia del RI-30/2018 dictada por este Tribunal, en los términos de la presente resolución.

SEGUNDO. Se impone al Congreso del Estado de Baja California, la medida de apremio consistente en apercibimiento.

TERCERO. Se vincula al Congreso del Estado de Baja California, a la debida observancia de la sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho, dictada en el expediente RI-30/2018, en términos de la presente resolución.

CUARTO. Se vincula al Consejo General Electoral del Instituto Estatal Electoral de Baja California, en términos de la presente sentencia.

El Tribunal Electoral local estableció, más allá del apercibimiento, el mandato para que la XXIII Legislatura del Congreso del Estado de Baja California realizara las adecuaciones legislativas en materia de reconocimiento de derechos políticos de las personas, comunidades y pueblos indígenas, la cual debió celebrarse a más tardar a la conclusión del proceso electoral 2020-2021. Estas adecuaciones, hasta el momento, no se han realizado.

Además, se instruyó al Poder Legislativo a implementar la consulta indígena bajo los principios del consentimiento libre, previo e informado, la cual debe tomar en “cuenta las indicaciones y recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y la autoridad sanitaria federal, emitidas con motivo de la emergencia sanitaria para evitar la propagación del virus COVID-19” (RI-30/2018 INC).

El derecho internacional es muy claro sobre el procedimiento y el derecho a la consulta indígena, como bien se estipula en el artículo 6o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que señala que los Estados deben consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que afecten sus derechos, y cuya finalidad sea el consentimiento

o el acuerdo entre los pueblos indígenas y los gobiernos. Tal como se determina a continuación:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Este precepto circunscribe los principios del consentimiento libre, previo, informado, de buena fe y de medios idóneos para lograr la consulta indígena. Sin embargo, estos mandatos resueltos por el Tribunal Electoral local no han sido concretados por el Congreso local. Así es que se esperaría que la consulta indígena que llegue a realizar el Poder Legislativo cumpla con los estándares internacionales y la vinculatoriedad jurídica pertinente.

Asimismo, el Tribunal electoral local vinculó al Instituto Electoral local para que emitiera acciones afirmativas a favor de las comunidades indígenas, como ya lo había establecido la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la Sentencia SUP-REC-28/2019, correspondiente al 20 de febrero

de 2019, la cual ha sido considerada como la sentencia más importante para la entidad de Baja California, y quizá lo sea, puesto que se tuvo que llegar a la Sala Superior del TEPJF para que ordenara a la autoridad local de Baja California que implementara diversos estudios para establecer las acciones afirmativas indígenas, con el argumento principal de que el principio de proporcionalidad no condiciona los derechos humanos. Esta sentencia emitió tres resolutivos que a la letra dicen:

PRIMERO. Se revoca la sentencia controvertida emitida por la Sala Regional Guadalajara, así como, en vía de consecuencia, la dictada por el Tribunal de Justicia Electoral del Estado de Baja California en el recurso de inconformidad RI-40/2018.

SEGUNDO. Se revoca el punto resolutivo SEGUNDO y las consideraciones que lo sustentan, contenidos en el Dictamen número uno, de la Comisión Especial de Igualdad de Género y No Discriminación, aprobado por el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Baja California, el veinte de diciembre de dos mil dieciocho.

TERCERO. Se vincula al mencionado Instituto local para que, con la debida oportunidad, realice los estudios concernientes e implemente acciones afirmativas en materia indígena, que sean aplicables en el siguiente proceso electoral local ordinario, en materia de registro y postulación de candidaturas al Congreso local, así como a los Ayuntamientos en que ello sea viable.

El razonamiento del Tribunal federal es sumamente relevante debido a que pondera el principio de igualdad y no discriminación con la urgente necesidad de garantizar los derechos políticos de los pueblos y comunidades indígenas. A propósito de la conmemoración de los diez años de la reforma constitucional del artículo 1o., nuestro país vive una etapa garantista de los derechos humanos, por lo que los impartidores de la justicia electoral están obligados a proteger los derechos a la participación y representación política de las y los indígenas.

Bajo estas circunstancias, la autoridad electoral local tuvo que acatar estas resoluciones, realizando la consulta indígena y la emisión de las reglas del juego para ejecutar las acciones afirmativas indígenas. Esta consulta no cumplió con lo establecido en el artículo 6o. del Convenio 169 debido a que no fue vinculatoria. A pesar de esto, el Consejo General del Instituto Electoral local dio una gran sorpresa, en sentido positivo, pues aprobó los Lineamientos para Garantizar el Cumplimiento de los Principios Constitucionales de Paridad de Género, Igualdad Sustantiva y No Discriminación en la Postulación de Candidaturas y en la Etapa de Resultados del Proceso Electoral Local Ordinario 2020-2021 en Baja California.

Se trató de unos lineamientos progresistas, pues se propusieron acciones afirmativas a favor de las personas, comunidades y pueblos indígenas: dos postulaciones en las diputaciones para el Congreso del Estado por el principio de mayoría, y al menos una candidatura para regidurías por el principio de mayoría en los municipios de Mexicali, Playas de Rosarito, Tecate y Tijuana, así como dos fórmulas para el municipio de Ensenada.⁷

Para garantizar la postulación de las y los candidatos a las diputaciones y regidurías, la autoridad electoral local estableció el requisito de la autoadscripción indígena calificada. Esto significó que no basta con que la persona sea indígena, sino que la persona debe acreditar los vínculos y las relaciones de pertenencia a la comunidad indígena, misma que debe ser comprobada por el trabajo realizado en la comunidad. Para ello, los lineamientos establecieron algunas alternativas de documentales que podían ofrecer los partidos políticos o las coaliciones para demostrar el sentido de pertenencia de las y los candidatos a la comunidad indígena.⁸

⁷ Instituto Estatal Electoral de Baja California (IEEBC), “Lineamientos para garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales de paridad de género, igualdad sustantiva y no discriminación en la postulación de candidaturas y en la etapa de resultados del proceso electoral local ordinario 2020-2021 en Baja California”, Comisión de Igualdad Sustantiva y No Discriminación, Dictamen núm. 7, 2020.

⁸ *Idem.*

En estos Lineamientos se estableció el principio de ajuste para que estas acciones afirmativas a favor de los pueblos indígenas tuvieran éxito y se asegurara la representación indígena en los cargos de elección popular. Este principio de ajuste se estableció debido a que el principio de representación proporcional para las diputaciones no es el mismo que conocemos a nivel federal, pues la peculiaridad de esta representación proporcional en Baja California se cimienta en los mejores candidatos y candidatas que perdieron la elección, es decir, las y los candidatos que no ganaron, pero tuvieron las más altas votaciones, son incluidos en las fórmulas de la lista de representación proporcional.

En este sentido, el principio de ajuste consideraba que en el supuesto de que no ganaran las fórmulas indígenas, el instituto local electoral con base en este principio podría ajustar la lista e incorporar hasta dos cuotas indígenas.

Finalmente, el derecho a tener derechos, una frase de Hannah Arendt,⁹ autora del libro *Los orígenes del totalitarismo*, toma relevancia para esta reflexión, pues pareciera que las personas de origen indígena no fueran mexicanas, ya que se necesitan medidas especiales para garantizar y salvaguardar sus derechos políticos, los cuales no están estipulados en el ordenamiento más importante para los ciudadanos mexicanos, la carta magna, ni en la Constitución local.

Por ello, se deben retomar estos Lineamientos, perfeccionarlos y presentar la iniciativa correspondiente ante el Congreso local, a fin de reformar el marco jurídico de Baja California. Así, la XXIV Legislatura del Congreso de Baja California, con una demanda histórica de los pueblos y comunidades indígenas, así como las y los diputados, cumplirían con el mandato de la Sentencia RI-30/2018 INC, armonizando y legislando en favor de los pueblos indígenas en la entidad. Esto es, el derecho a tener derechos político-electorales.

⁹ Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Uno de los principales razonamientos para la implementación de las acciones afirmativas indígenas fue el derecho a la igualdad y no discriminación, el cual fue considerado como un derecho transversal vinculado con los derechos político-electorales de las personas, comunidades y pueblos indígenas. Estos razonamientos fueron producidos gracias a la reforma del artículo 1o. constitucional de 2011. Así que si no hubiéramos pasado a un Estado más garantista, posiblemente estas medidas especiales llamadas “acciones afirmativas” no hubieran sido posible ejecutarlas y, mucho menos, las personas indígenas hubieran alcanzado las dos diputaciones en la XXIV Legislatura del Congreso de Baja California.

En segundo lugar, se observó que el principio de proporcionalidad de la población indígena no debe ser un condicionamiento para la implementación de las acciones afirmativas indígenas. Así pues, por primera vez en la historia de Baja California hay dos diputadas indígenas que pertenecen, una al pueblo mixteco de Oaxaca y otra al pueblo Cochimí. Además, los ayuntamientos de la entidad cuentan con siete regidores de origen indígena en los diversos municipios de Baja California, incluyendo dos consejeros fundacionales en el nuevo municipio de San Quintín.

Si bien es cierto que transformar las instituciones y la cultura jurídica son procesos lentos, también lo es que tocando puertas y buscando aliados se pueden ir dando pequeños pasos. Como bien dice el profesor Friedman, los cambios sociales producen cambios jurídicos, lo que se refleja en el cambio de la cultura jurídica de las y los indígenas, cambios que han permitido la exigibilidad de sus derechos a través de golpes de sentencias, cuyo resultado jurídico son las resoluciones a favor de la implementación de acciones afirmativas para salvaguardar sus derechos; en este caso, los derechos político-electorales.¹⁰

¹⁰ Friedman, Lawrence M., *Legal System, The: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975.

La implementación de las acciones afirmativas fue resultado del esfuerzo de muchas y muchos ciudadanos y organizaciones que buscan una democracia que respete la diversidad y el derecho de todas y todos a estar en espacios de toma de decisiones. Sin embargo, así como se reconoce el avance que representan las acciones afirmativas, también preocupa que fue relativamente sencillo usurpar las fórmulas indígenas en el proceso electoral, sin que hayan existido consecuencias legales en una buena parte de los casos.

Ahora, el gran reto y desafío de los pueblos indígenas es que las acciones afirmativas se conviertan en el derecho a tener derechos político-electorales en el marco jurídico de la entidad. Un tema legislativo que deberá ser retomado por la agenda legislativa de las diputadas indígenas de la XXIV Legislatura. Además, existen más temas en el tintero que deben ser abordados y legislados, como el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho público; el derecho a la consulta con el consentimiento libre, previo e informado; la protección de la biodiversidad y el medio ambiente en las comunidades indígenas bajo su propia visión, así como el reconocimiento de los territorios indígenas y la salvaguarda de los lugares sagrados y ancestrales, entre muchos otros.

Esta agenda legislativa debería ser retomada por las legisladoras indígenas, ya que son las voces de las comunidades y pueblos indígenas; al menos, ese tendría que ser el espíritu de la representación política, salvo que las diputadas indígenas sólo respondan a la racionalidad partidaria, lo cual sería algo lógico, pues al final de cuentas fueron los institutos políticos quienes las postularon.

Así es que la adyacente reforma político-electoral en la entidad tendrá que reconocer y brindar el derecho de postulación a las comunidades y pueblos indígenas, a fin de garantizar la calidad de las y los futuros legisladores indígenas, así como evitar la postulación de falsas fórmulas indígenas y buscar la tipificación de la usurpación indígena como delito electoral.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.
- BANAKAR, Reza, *Normativity in Legal Sociology. Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Switzerland, Springer International Publishing, 2015.
- BURGUEÑO DUARTE, Luz Berthila y RAMÍREZ SÁNCHEZ, Saúl, *Diagnóstico sobre erradicación de la violencia política y la discriminación hacia las mujeres indígenas y pueblos indígenas en Baja California, a la luz de las acciones afirmativas implementadas en el IEEBC y las iniciativas de derechos indígenas ingresadas en el Congreso de BC, como parte del cumplimiento de las sentencias*, Figshare Book, 2021, DOI: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.15049107.v1>.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)-FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (FILAC), *Los pueblos indígenas de América Latina - Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial*, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/47), Santiago, 2020.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/ConstitucionPolitica/ConstitucionPolitica.pdf>.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, disponible en: https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_I/20220113_CONSTBC.PDF.
- FEBBRAJO, Alberto (ed.), *Law, Legal Culture and Society. Mirrored Identities of the Legal Order*, New York, Routledge, 2019.
- FERRARI, Vincenzo, *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*, trad. Santiago Perea Latorre, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- FERRARI, Vincenzo, “Cincuenta años de sociología del derecho. Un balance”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 129, 2010.

- FERRARI, Vincenzo, *Primera lección de sociología del derecho*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- FRIEDMAN, Lawrence M., *Legal System, The: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975.
- INEGI, Encuesta Intercensal de 2015, México, 2015.
- INEGI, Censo de Población y Vivienda 2020, México, 2020.
- Instituto Estatal Electoral de Baja California (IEEBC), *Lineamientos para garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales de paridad de género, igualdad sustantiva y no discriminación en la postulación de candidaturas y en la etapa de resultados del proceso electoral local ordinario 2020-2021 en Baja California*, Comisión de Igualdad Sustantiva y No Discriminación, Dictamen núm. 7, 2020.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Saúl, “Los cargos comunitarios y la transpertenencia de los migrantes mixes de Oaxaca en Estados Unidos”, *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 3, 2006.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Saúl, *El sentido de transpertenencia de los mixes migrantes de Tlahuilottepec, Oaxaca*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2010.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Saúl y VICTORIA SAAVEDRA, José Enrique, “Fuera máscaras. El neoindigenismo de la 4T en tiempos de pandemia”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (ed.), *COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia*, vol. IV: *Política, derecho y economía*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

REVISIÓN CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN RETO PENDIENTE A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Eduardo Elías GUTIÉRREZ LÓPEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reforma constitucional de 2011: un cambio de posicionamiento epistémico.* III. *La posición naturalista: algunos pendientes conceptuales.* IV. *¿Es posible hablar de universalidad y progresividad de los derechos humanos a la luz de la realidad del siglo XXI?* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Por lo general, se enuncia a la reforma constitucional de 2011 como un antes y un después en el tema de los derechos humanos en México, y aunque en efecto se generaron cambios sustantivos y positivos con esta reforma, principalmente en las tareas jurisdiccionales y en la integración de las fuentes nacionales e internacionales que reconocen derechos humanos, persisten retos, y surgieron otros, de la

* Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel candidato; elias.gutierrez@uabc.edu.mx.

mano de fenómenos como la globalización y las tensiones políticas. Sin embargo, cuando se discute sobre los desafíos y áreas de oportunidad acerca de los derechos humanos y su ejercicio en México, los análisis se centran en su apartado empírico, es decir, en la forma en cómo éstos deben regularse, gestionarse y protegerse desde su situación práctica o aplicativa.

El énfasis pragmático deja de lado la reflexión teórica de los derechos humanos, la comparación de sus enfoques analíticos y la discusión en torno a sus fundamentos. De hecho, por lo general, se estiman innecesarias estas perspectivas, ya que el problema a resolver parece práctico y no teórico y las situaciones críticas en la protección de derechos humanos demandan acciones rápidas, concretas y viables, y ello no parece ofrecerlo el apartado teórico.

No obstante, resulta paradójico que a pesar del predominio pragmático como postura epistémica para estudiar los derechos humanos en México, los problemas para su ejercicio siguen estando presentes. Lo anterior, al menos, abre la pauta para repensar si la revisión teórica acerca de los fundamentos de los derechos humanos podría abonar a la solución de una problemática que se ha tratado exclusivamente como una cuestión de carácter empírico.

La reforma de 2011 al artículo 1o. constitucional representó, desde el punto de vista teórico, una reconfiguración epistémica en torno a cómo concebir los fundamentos de los derechos humanos. Lo anterior se refleja en el hecho de que, de una posición positivista que entendía a los derechos provenientes de la figura estatal al llamarles *garantías individuales*, se transitó a un enfoque teórico de corte naturalista que percibe a los derechos humanos como valores consustanciales y preliminares a la noción de Estado, de tal suerte que, por ningún motivo, podrían comprenderse como prerrogativas otorgadas por una representación estatal.

A diez años de dicha reforma y ante la permanencia de retos añejos y el surgimiento de otros, se torna menester considerar si una revisión crítica de los fundamentos de los derechos humanos podría aportar parcialmente a la resolución de estos desafíos. Estas

reflexiones teóricas en lo absoluto invitan a desatender el problema empírico de los derechos humanos, si no a sumar esfuerzos desde otra óptica para encontrar respuestas que la práctica cotidiana puede obviar.

En ese sentido, este trabajo pretende hacer una breve revisión de los fundamentos clásicos de los derechos humanos, basados en una noción jurídica naturalista y que alimentaron epistémicamente a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Asimismo, se aprovechará el espacio para repasar la sostenibilidad teórica de algunos principios de los derechos humanos recogidos por esta reforma, como la universalidad y la progresividad.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011: UN CAMBIO DE POSICIONAMIENTO EPISTÉMICO

Antes de la reforma constitucional de 2011 persistía el término *garantías individuales* para referirse a aquellas prerrogativas que eran contempladas en términos del propio texto constitucional como expresiones de un acto soberano derivado del Estado, por lo que se caracterizaban por ser una tarea de creación y no de reconocimiento.¹ Desde un óptica filosófica, este posicionamiento epistémico se encuadra dentro del positivismo jurídico, pues encuentra en la figura del Estado y, en particular, en la labor de creación normativa, el surgimiento no sólo de las bases orgánicas y operativas del Estado, sino de la constitución misma de los derechos de las personas.

La reforma constitucional de 2011, hasta cierto punto, vino a aminorar un problema conceptual que se venía arrastrando en México, en el sentido de, por un lado, reproducir una narrativa

¹ Carreón Gallegos, Ramón Gil, “Derechos humanos, garantías individuales y derechos fundamentales. Problema terminológico o conceptual”, en Cienfuegos Salgado, David y Froto Mandariaga, Germán (coords.), *Los derechos humanos en el momento actual*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila-Poder Judicial del Estado de Coahuila-Universidad Autónoma de Coahuila-Editorial Laguna, 2012, p. 137.

académica que describía a los derechos humanos como elementos inherentes a la especie humana, pero a su vez contar con un material constitucional del que se desprendía una posición Estado-céntrica. Por tal motivo, muchas de las razones que se defendieron al discutir y votar la propuesta de reforma al artículo 1o. constitucional versaron en el amparo de una concepción naturalista de los derechos humanos, acorde a esas narrativas que no sólo comenzaban a imperar a nivel nacional, sino que ya eran parte del debate común en el ámbito internacional.²

Desde entonces, es decir, después de la reforma, hablar de derechos humanos se ha convertido en una mecanización argumentativa, sin dejar de lado que también se ha hecho y se hace un uso excesivo y equívoco de su significado en diferentes espacios públicos y privados. La mecanización argumentativa se ve traducida en el hecho de que se replica incontables veces el discurso naturalista para justificar la génesis y los fundamentos de los derechos humanos, pero no se somete a discusión o se confronta con otros posicionamientos, aunado a que este discurso deja muchos espacios conceptuales vacíos, como, por ejemplo, la idea ambigua de naturaleza humana y la cerrazón a ligar determinados derechos con algunos eventos histórico-sociales.

Para autores como Gallardo,³ los derechos humanos son producciones sociohistóricas en tanto surgen en el entorno de un proceso que experimentan las sociedades modernas que luego les legitiman, pero que también dejan espacio para la lucha y la reivindicación de grupos discriminados por dichas producciones. En consecuencia, los procesos transicionales dispares que han vivido los países alrededor del mundo en los contextos político, económico y social son muestra de la supeditación de ciertos derechos a diversos

² Para mayor profundización, véanse las iniciativas, discusiones y dictámenes en la siguiente dirección electrónica: https://www.constitucion19172017.ijf.gob.mx/sites/default/files/reformas_amparo_dh/refilh10junio2011_2.html.

³ Gallardo, Helio, “Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana”, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año 2, núm. 4, julio-diciembre de 2010, p. 69.

procesos históricos y estructurales, y no necesariamente a la naturaleza a que alude el posicionamiento epistémico de la reforma de 2011.

De modo paralelo, es imposible no pensar en el modo en cómo fenómenos como la globalización y la revolución tecnológica han puesto en la mesa de discusión nuevos desafíos y con ello nuevas variantes de derechos humanos que, seguramente, si se remitiera el análisis a los fundamentos clásicos, no podríamos encontrar respuesta en la concepción de naturaleza humana. A esto habría que agregar variables que son producto directo de la globalización, como las desigualdades sociales que proyectan dos realidades: un sector minoritario que se integra con ánimos a las aparentes ventajas de la globalización, y el otro sector, más amplio, que está sufriendo los estragos, muchos de ellos nuevos, de estos procesos globalizantes.⁴

III. LA POSICIÓN NATURALISTA: ALGUNOS PENDIENTES CONCEPTUALES

Además de lo ambiguo que *per se* resulta el término *naturaleza humana*, pues subsiste una notoria imprecisión para determinar si se trata de una naturaleza biológica, racional o de otra índole, existe otro problema conceptual con la posición naturalista, el cual se resume en la siguiente interrogante: ¿todos los derechos emanan de la naturaleza humana? Si se parte de la premisa de que los derechos humanos son preexistentes a la conformación de los Estados, se tendrían que eliminar ciertos elementos detonadores para la reconfiguración de nuevos derechos, como son los hechos histórico-sociales, las transiciones políticas o las luchas por la reivindicación de libertades materializadas por diferentes grupos.

La cuestión de admitir una perspectiva epistémica historicista para fundamentar los derechos humanos haría complicado sostener

⁴ Lima Torrado, Jesús, "Globalización y derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2000, p. 56.

a la universalidad como uno de sus principios, ya que, a diferencia del enfoque naturalista, en esta otra perspectiva se asumen los derechos como valores relativos y variables, así como posteriores a la sociedad y, por ende, al Estado.⁵

No es una tarea intrincada identificar dentro de los diferentes derechos humanos, a muchos que tuvieron su origen o su mejor composición en diversos sucesos históricos o en un repensar colectivo que las propias sociedades efectuaron para el mejor desarrollo de estas prerrogativas. Por ejemplo, si el énfasis se lleva a cabo sobre los derechos económicos, sociales y culturales, es evidente que nociones como las de trabajo digno, vivienda digna o aspectos que se han sumado a una mejor idea de los derechos a la salud o a la educación, son elementos que han necesitado desde su origen, y hasta sus adaptaciones, una serie de factores no naturales pero sí importantes para su mejor ejercicio: deliberaciones colectivas, procesos históricos, fracasos de modelos económicos y políticos, etcétera.

Sin embargo, habrá quienes argumenten que los denominados derechos de primera generación sí conservan esa protección derivada de la postura epistémica del naturalismo; empero, también algunos derechos, como los políticos, han sido construidos desde la creatividad y capacidad del ser humano para edificar formas organizativas y jerarquías tribales que con el tiempo evolucionaron. De hecho, en derechos tan esenciales como el derecho a la vida encontraremos cimientos de un enfoque sociológico de los derechos humanos, ya que, verbigracia, en el contexto del siglo XXI los conceptos de vida o de vida digna van de la mano de diferentes elementos que se han ido sumando no sólo porque la realidad social es otra, sino también porque las capacidades humanas experimentan transiciones o avances.

Bajo esa tesitura, estos huecos teóricos o dudas que encuentran pocas respuestas en los estudios tradicionales de los derechos humanos ponen en evidencia la necesidad de reflexionar acerca de los fundamentos. No obstante, la reforma constitucional

⁵ Fernández, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1982, p. 93.

de 2011 vino a proporcionar una respuesta, al parecer indiscutible, a estos problemas conceptuales; una respuesta que si bien ya venía fortaleciéndose desde los trabajos académicos, se terminaría por institucionalizar a raíz de este suceso representativo a nivel constitucional.

Esta institucionalización ha hecho más complicado plantear una discusión acerca de los fundamentos de los derechos humanos y encontrar una solución desde el apartado teórico, pues se ha publicitado este tema como un asunto resuelto. Es por ello por lo que en todos los planos normativos y políticos se reproduce un discurso hegemónico naturalista para entender los derechos humanos que no admite contravención y ocasiona que el apartado teórico se contemple como un aspecto superfluo.

Empero, tal vez la relegación de los factores detonadores de cambios y transiciones en los derechos humanos que no encuentran cabida en la noción clásica del naturalismo ha impedido que se encuentren desenredos a los diversos conflictos que hoy presentan los derechos humanos en su apartado empírico. Estos argumentos no pretenden que lo empírico pase a un segundo plano, pues finalmente es menester que los derechos humanos se analicen desde una visión práctica y eficaz en la esfera de acción de las personas y en sus diversas relaciones sociales,⁶ pero el desarrollo empírico podría desarrollarse más sólidamente en la medida en que se sustente en un mejor enfoque teórico.

IV. ¿ES POSIBLE HABLAR DE UNIVERSALIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA REALIDAD DEL SIGLO XXI?

Más allá de la génesis de los derechos humanos, éstos presentan otras vicisitudes teóricas emanadas de algunas de sus características,

⁶ Gutiérrez López, Eduardo Elías, “Principales enfoques analíticos de los derechos humanos: una revisión a su pertenencia metodológica”, *Ius Comitalis*, año 3, núm. 5, enero-junio de 2020, p. 119.

muchas de las cuales son esenciales para la concepción naturalista adoptada por la reforma constitucional de 2011. Por ejemplo, la noción de *universalidad* es una de las características de los derechos humanos que más se obvian o que menor discusión producen en cuanto a posibles deficiencias o contradicciones. No obstante, el universalismo encuentra varias problemáticas en un escenario global cada vez más matizado por un pluralismo ideológico.

Desde una visión crítica, la universalidad de los derechos humanos puede constituirse en un localismo globalizado,⁷ es decir, en una globalización que va de modo descendente generando imposiciones culturales, ideológicas o de comprensión del mundo. Una postura contraria al universalismo, y que poco se difunde desde la óptica jurídica, es el multiculturalismo, que propone un balance entre la dinámica global y la legitimidad local,⁸ para evitar un imperialismo ideológico y salvaguardar las cosmovisiones de los pueblos y grupos sociales.

Por su parte, otra característica que también presenta ciertas dificultades teóricas es la *progresividad*, que es un principio que tanto se alude en los discursos políticos como en las argumentaciones jurisprudenciales. Esta característica también cuenta con fisuras que se traslucen con las tensiones políticas, las limitaciones económicas y los contextos delineados por complejidades sociales.

De hecho, el propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su parte II, artículo 3o., establece que “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.⁹ Con esta aseveración se interpretan tres debilidades de la *progresividad*: a) es una característica que cumplen con más regularidad

⁷ Santos, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, núm. 28, 2002, p. 66.

⁸ *Idem*.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, parte II, artículo 2o.

los países desarrollados, por lo que podría asumirse como un privilegio y no como un principio; *b*) depende de sucesos materiales o históricos, como podría ser una crisis económica, una pandemia o un crecimiento económico significativo; por lo tanto, se aleja de la noción de naturaleza consagrada en el texto constitucional mexicano desde la reforma de 2011, y *c*) genera estratificaciones por nacionalidad, en el sentido de que la progresividad debe ser garantizada primeramente para personas nacionales y después, si es posible, para personas extranjeras, contraviniendo la tesis de la universalidad de los derechos humanos.

V. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, a diez años de la reforma constitucional de 2011 persisten desafíos teóricos que han sido desatendidos por la preocupación, la mayoría de las veces justificada, por el apartado empírico de los derechos humanos. Sin embargo, lo que se ha deseado proyectar en este trabajo no es una disociación entre la teoría y la praxis, o una suerte de jerarquización entre ambas. Por el contrario, se ha optado por la continuidad de las tareas prácticas, pero, de forma paralela, iniciar una labor de reflexión y reconsideración de los fundamentos y características que acompañaron a la citada reforma en materia de derechos humanos.

El conflicto no sólo se localiza en las complejidades implícitas a una ambigua noción de naturaleza y su distanciamiento de los hechos histórico-sociales, sino a una serie de debilidades y pendientes que definen a la postura epistémica del naturalismo para explicar a los derechos humanos. Al mismo tiempo, las deudas conceptuales han alcanzado hasta a los mismos principios que definen a los derechos humanos; en concreto, a la universalidad y a la progresividad, pues ambos también encuentran dificultades para enfrentarse y responder a fenómenos como la globalización, las dinámicas económicas, el multiculturalismo y las movilidades humanas.

Probablemente si se apuntara la atención a las causas detonadoras de cambios en la realidad y transición de los derechos humanos y en los fenómenos que tensan su adecuación, se podrían sumar respuestas al problema empírico que ha llegado a un estado crítico en muchos países. Aferrarse a una posición epistémica para maquillar el estado actual de los derechos humanos es contradictorio con sus mismas finalidades, ya que asumir temas como resueltos y pretender mantener un *statu quo* conceptual eliminan el sentido crítico en un área tan determinante para el conocimiento jurídico.

Una propuesta idónea para este repensar en los fundamentos y características de los derechos humanos tendría que provenir de la multidisciplinariedad, pues a condición de que se entienda que este tema no debe ser monopolizado por los estudios jurídicos, es posible que su apartado teórico se desarrolle y, a la postre, ello se traduzca en soluciones a la cuestión empírica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARREÓN GALLEGOS, Ramón Gil, “Derechos humanos, garantías individuales y derechos fundamentales. Problema terminológico o conceptual”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y FROTO MANDARIAGA, Germán (coords.), *Los derechos humanos en el momento actual*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila-Poder Judicial del Estado de Coahuila-Universidad Autónoma de Coahuila-Editorial Laguna, 2012.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1982.
- GALLARDO, Helio, “Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana”, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año 2, núm. 4, julio-diciembre de 2010.
- GUTIÉRREZ LÓPEZ, Eduardo Elías, “Principales enfoques analíticos de los derechos humanos: una revisión a su pertenencia metodológica”, *Ius Comitalis*, año 3, núm. 5, enero-junio de 2020.

LIMA TORRADO, Jesús, “Globalización y derechos humanos”,
Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 17, 2000.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, núm. 28, 2002.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL EL DESAFÍO SIGUE
SIENDO HERMENÉUTICO Y ARGUMENTATIVO

Jesús Antonio CAMARILLO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Sobre el principio pro persona como concepto básico y controvertido de la reforma.* III. *Hacia un diálogo interjurisdiccional crítico y real.* IV. *A manera de cierre.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la que se considera la más trascendente reforma en materia de derechos humanos que se haya realizado a la Constitución mexicana desde su promulgación en 1917. Uno de los cambios torales fue la modificación del artículo 1o., reformado en sus párrafos primero y quinto, y con dos párrafos adicionales, el segundo y el tercero. Por constituir un texto normativo medular, sobre el cual gira la sustancia de la disputa conceptual e interpretativa de la reforma, reproducimos su contenido:

* Profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez; jcamaril@uacj.mx.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.¹

Al incorporar, entre otras cuestiones, el principio pro persona y la interpretación conforme, la reforma constitucional en derechos humanos representa un viraje sustancial que contribuye a poner distancia con el decimonónico Estado legalista en materia de derechos básicos; sin embargo, las perplejidades que la citada reforma suscita siguen siendo varias y se centran, sobre todo, en el plano hermenéutico y argumentativo. En este texto se abordan algunos aspectos de una agenda que tiene segmentos pendientes y que postergan

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1o.

un adecuado despliegue en los niveles de la creación y adjudicación de normas desde una perspectiva en clave derechohumanista.

II. SOBRE EL PRINCIPIO PRO PERSONA COMO CONCEPTO BÁSICO Y CONTROVERTIDO DE LA REFORMA

A partir de su puesta en vigencia, la reforma constitucional en derechos humanos impactó en el imaginario colectivo de los operadores del derecho. Juristas prácticos y juristas teóricos empezaron a penetrarse con los contenidos de la reforma incorporando en su léxico cotidiano algunas figuras conceptuales claves. Una de ellas, quizá la más utilizada en los enunciados que aluden a este cambio constitucional, es la del principio *pro homine* o principio pro persona. Así, de manera imperceptible, el uso de la expresión se convirtió en el lugar común que representa, quizá hasta el día de hoy, el signo visible de los enunciados normativos de la reforma constitucional.

Además, en su uso, hasta la fecha, se repara poco sobre la equívocidad del concepto; por ello, quien lo utiliza en su discurso debería señalar a cuál de sus diversos sentidos se está refiriendo. Esto es así porque el principio *pro homine* ha sido concebido como criterio hermenéutico, como principio de adjudicación y como modelo de validación. Cada uno de estos usos genera implicaciones diferentes. Como criterio hermenéutico ha sido entendido como una perspectiva interpretativa que informa todo el derecho de los derechos humanos, y en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.²

² Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

Vale la pena recordar que, como criterio hermenéutico, el principio *pro persona* encuentra sus primeras incursiones no en la legislación o en las cartas constitucionales, sino más bien en la agenda de la convencionalidad. Pedro Nikken, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos recuerda que fue la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, la que prescribió un método de interpretación orientado a la determinación del alcance de los tratados, en la forma más adecuada a su propósito, como es la protección de los derechos fundamentales. Uno de los numerales de la citada Convención prescribe: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.³

Como principio de aplicación o adjudicación, esto es, como criterio de selección de la norma aplicable que, como tal, permite optar entre dos normas válidas para encontrar la solución más protectora de los derechos, el principio *pro persona* operaría, por ejemplo, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes normativas supremas del sistema jurídico mexicano: la Constitución y los tratados internacionales, y en donde la elección de la norma aplicable dependerá del mejor tratamiento a la persona.

Ahora bien, el principio *pro homine* también ha sido entendido como criterio de validación. Considerarlo de esta forma presupone posicionarse previamente en una concepción específica sobre el concepto de validez. Reduciendo la tensión sobre el problema de la validez a dos concepciones, se alude a una noción formal de validez normativa cuando se afirma que una norma es válida en virtud de haber sido creada por una instancia con competencia para generarla, dicha competencia proviene, a su vez, de parámetros formales establecidos en normas superiores del propio sistema;⁴ en cambio, la noción

³ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, p. 100.

⁴ En este sentido, para Norberto Bobbio el problema de la validez es el problema de la existencia de la norma en cuanto tal, independientemente del juicio de

de validez material ha sido presentada como una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. Uno de los máximos exponentes de esta concepción de la validez es Luigi Ferrajoli:

Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.⁵

Vistos los distintos “usos” que puede tener el principio *pro homine*, el operador del derecho tiene como uno de sus principales desafíos darle el mayor alcance argumentativo al principio, identificando previamente cuál será el carácter con que arropará al principio pro persona, independientemente de si su función como agente del derecho tiene relación con la creación de nuevos niveles normativos generales y abstractos —función legislativa en sentido amplio— o en su actividad de adjudicación del derecho.

Debemos tener en cuenta que, como principio, el *pro homine* porta una amplia textura abierta, que quizá pueda ser visto como un “concepto esencialmente controvertido”. Estos conceptos presentan ciertas características y fueron rotulados así por el filósofo escocés Walter Bryce Gallie. Siguiendo esa impronta, la profesora Marisa Iglesias Vila apunta que se trata de conceptos con una alta carga evaluativa; siempre presentan una dimensión valorativa,

valor sobre si ella es justa o no. En tanto que el problema de la justicia se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez requiere un juicio de existencia o de hecho, puesto que se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, es decir, si esa regla es o no jurídica (Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Colombia, Temis, 2002, p. 21).

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 22.

al expresar un valor o referirse a algo que se valora positiva o negativamente.⁶ Se trata de conceptos complejos, porque aluden a estándares y bienes sociales a los que se les atribuye una estructura compleja, y a pesar de que se valora el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diversas formas, por lo que se requiere elaborar teorías o juicios complejos que, a su vez, suelen involucrar otros conceptos, para así poder identificar cuál es la relación de prioridad entre los diferentes rasgos conceptuales.

Otra de las características torales es que se trata de conceptos argumentativos y suelen estar inmersos en una permanente controversia que no se reduce a un mero conflicto de intereses y actividades, sino más bien se ubica en un debate acerca del uso adecuado de los términos que se utilizan; por lo tanto, suscitan debates semánticos caracterizados por el desacuerdo existente entre los interlocutores y por la actitud de esos interlocutores frente al desacuerdo.

Estos conceptos también son funcionales, pues su existencia auspicia determinados debates, ya que su función no consiste en generar consenso. Lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es su dimensión dialéctica, esto es, la necesidad de justificación de cualquier posición que trate de dar contenido a este concepto.

La anterior caracterización general, sostenemos, puede ser adscrita al principio *pro homine*, pese a la recurrente tendencia a presentarlo con un concepto o figura fácilmente asequible o con una significación unívoca.

Este principio posee una marcada carga de significación evaluativa. Al verse como un parámetro de orientación hermenéutica se le suele atribuir una inmediata y no siempre razonada conformidad con postulados éticos y no sólo con referentes jurídicos o intrasistémicos. Un ejemplo de esta carga evaluativa emitida a nivel de tribunales internacionales es la definición que del principio *pro persona*

⁶ Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.

emitió el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo E. Piza Escalante, quien en la Opinión Consultiva OC/86 señaló que dicho principio debe entenderse como un criterio fundamental “que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”.⁷

La definición de Piza Escalante evoca el carácter evaluativo que se suele asignar al principio pro persona. Al incorporar la equívoca noción de “naturaleza” en la definición del citado principio se aumenta su ambigüedad, pues la expresión ha sido utilizada como un término genérico que adquiere diversos significados. Además, su sola mención trae a colación la tensión teórica entre quienes consideran que los derechos humanos son inherentes al ser humano y los que sostienen que son derechos generados en el devenir histórico y en el consenso intersubjetivo.

La complejidad del principio pro persona se evidencia a través de la diversidad de formas en que es presentado: modelo hermenéutico, instrumento de adjudicación y modelo de validación. En el primero de los sentidos, como criterio metodológico de interpretación que sirve de guía para encontrar una decisión interpretativa correcta en materia de derechos fundamentales; sin embargo, debemos tener presente el problema de la indeterminación, que en el ámbito de los derechos fundamentales tiende a incrementarse, tanto por tratarse de enunciados que admiten un mayor margen de valoración cuanto por la dificultad de establecer mecanismos que garanticen el respeto a un supuesto contenido mínimo.⁸ En el segundo, para dar prioridad, de entre dos normas válidas, a la aplicación de la más protectora de derechos fundamentales. En el tercero, como criterio de validez normativa, para invalidar o expulsar del ordenamiento jurídico, normas consideradas como inconstitucionales o antitéticas a la convencionalidad.

⁷ Disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1844/19.pdf>

⁸ Cfr. Asís Roig, Rafael de, “Los derechos y la argumentación judicial”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, 2004, p. 27.

Pero sea cual sea la manifestación específica del principio *pro homine*, constituye un concepto argumentativo. Su utilización impone a los oficiales del derecho una exigencia de justificación; es decir, la carga de explicitar las razones que soporten su uso en cada decisión constitucional, legal o judicial que se adopte. Y no su mera evocación nominal.

III. HACIA UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO Y REAL

Una de las formas que puede contribuir a la optimización de una reforma en materia de derechos fundamentales es la consolidación de instrumentos de deliberación interorgánica. El diálogo jurisprudencial se ha entendido como un conjunto de influencias e interacciones hermenéuticas que no necesariamente transitan por formas orgánicas y competenciales en estricto sentido y que se presentan entre tribunales constitucionales o cortes supremas internas y la Corte Interamericana o entre cortes nacionales entre sí.

En un sentido amplio también, la expresión diálogo jurisprudencial o judicial se utiliza simplemente para designar el hecho de que en una sentencia o resolución judicial se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento jurídico distinto, externo, de aquel en que un determinado juez actúa.⁹

El diálogo interjurisdiccional es una manifestación del diálogo interorgánico, que presupone un escenario en el que queda muy atrás la idea de la monopolización de la decisión judicial anclada en ideologías extremadamente autoritativas y abre la pauta para el surgimiento de caminos deliberativos. Se ubica entonces en una posición pluralista en la que se excluye la idea de intérpretes únicos y explicita una perspectiva abierta sobre el protagonismo de los intérpretes de la constitucionalidad y la convencionalidad.

⁹ Cfr. Vargas Alfaro, Marvin, “Diálogo jurisprudencial y control judicial interno de convencionalidad: dos ideas irreconciliables”, *Revista Judicial*, Poder Judicial de Costa Rica, núm. 126, junio de 2019, p. 94.

Para Luis Jimena Quesada, el diálogo interjudicial se ve impregnado por una idea básica que radica en

...la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de derecho, como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad.¹⁰

En la actualidad, uno de los específicos diálogos jurisprudenciales de los que se hace recurrente mención es el que se produce entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales o supremas cortes internas de los Estados.

Algunos autores han considerado que la interacción jurisprudencial entre la Corte IDH y los tribunales internos tiene todavía mucho camino por recorrer para ser considerado un auténtico diálogo. Al respecto, Jorge Contesse considera que en la noción de “diálogo interjurisprudencial” la opinión de la Corte IDH tiene un mayor peso relativo, operando como una última palabra, y lo que interesa a ésta —incluso al punto de realizar visitas oficiales a los Estados— es que los jueces locales reciban, entiendan y ojalá internalicen los estándares internacionales y la comprensión que tiene de éstos.¹¹

Para Contesse, la Corte IDH debería adoptar una genuina actitud de conversación transnacional.

¹⁰ Jimena Quesada, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 329.

¹¹ Contesse, Jorge, *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Yale, disponible en: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELAI3_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf

No le basta decir que está embarcada en un diálogo con los jueces locales y visitarlos en sus despachos para luego decidir casos con el objetivo que ellos adopten los estándares y los repliquen en sede local. Tal entendimiento quizá podía sostenerse en los años en que la Corte comenzó a funcionar, dada la débil institucionalidad de los países suscriptores de la Convención Americana y el tipo de casos que le tocaba conocer (principalmente, violaciones de derechos humanos graves y sistemáticas cometidas por regímenes no democráticos). Pero hoy la situación no es la misma. Si bien subsisten problemas de institucionalidad, los países ya no son gobernados por dictaduras sangrientas que trabajan sobre la base de políticas de terror de Estado y, por lo mismo, los espacios para desplegar agendas de derechos y someterlas a examen de los órganos locales demanda de parte de los órganos del sistema interamericano una actitud diferente.¹²

Por ello, es necesario estimular un diálogo judicial crítico y analítico, cuyo desarrollo plantea demandantes desafíos a las jurisdicciones internas, pero también representa un desafío para la propia Corte IDH. A la jurisdicción interna le corresponde receptor con un sentido heurístico las resoluciones de la Corte IDH o de otros tribunales internacionales. Heurístico en el sentido de que la resolución interamericana que se emita brinde a los tribunales internos las oportunidades deliberativas y de descubrimiento, o, en su caso, adscripción de sentido a los contextos específicos en los que realiza la función.

Es precisamente a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos cuando observamos que la Suprema Corte mexicana adoptó una posición más abierta al diálogo jurisprudencial, mostrando su intención de dejar de hacer solamente una recepción pasiva y mecánica de las resoluciones de la Corte IDH. El sentido deliberativo se presenta a partir del análisis que la SCJN realizó sobre los alcances que debería tener la sentencia pronunciada por la Corte IDH en el emblemático *Caso Radilla*

¹² *Idem.*

Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos, deliberando sobre los efectos vinculantes de una resolución del tribunal internacional y fijando, a partir del estudio de la resolución de la Corte IDH, los parámetros para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, integrado por todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; todos los derechos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, y los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano sea parte, y los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

Esta manera de receptor una sentencia del tribunal internacional, que propicia la discusión en el seno del tribunal interno sobre los alcances e implicaciones de la misma, no agota los distintos caminos por los que se puede conducir el diálogo interjudicial, pero marca una pauta que no debe ser abandonada por la jurisdicción doméstica.

Después de todo, la estimulación de relaciones sinérgicas entre los órganos de cierre de la jurisdicción interna y la Corte IDH y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales puede, a su vez, facilitar el descubrimiento de trayectos plausibles para optimizar la protección de los derechos fundamentales, que son expresión directa de la dignidad humana.¹³

IV. A MANERA DE CIERRE

La reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, presentada como la más importante reforma que en

¹³ Bazán, Víctor, “La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales constitucionales”, *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al sistema interamericano*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos de Regularidad Constitucional, 2015, pp. 88 y 89.

el derecho de los derechos se haya dado en nuestro país, abrió la puerta a la irrupción de un cúmulo de desafíos que tienen que ver con la consolidación o no de un Estado constitucional de derecho.

Como toda reforma legal o constitucional de gran calado, impone nuevos criterios hermenéuticos y adjudicativos que, a su vez, generan enormes desafíos para los diversos operadores de la juridicidad en México. Quizá debemos recordar que el cambio normativo por sí mismo no altera la realidad social en la que se inserta, sobre todo si no va acompañado de cambios estructurales en la enseñanza y en la culturización de sus destinatarios y de sus mismos artífices.

En nuestro país sigue vivo, en muchos rubros, el severo legalismo. El culto a la ley y la entronización e idealización del legislador o, en su caso, del juzgador no ha desaparecido del todo. Dar paso a una reforma como la que se analiza en este libro implica ir excluyendo poco a poco los prejuicios y las inercias que acompañan todavía al estudio del derecho, a su interpretación y a su adjudicación.

V. BIBLIOGRAFÍA

ASÍS ROIG, Rafael de, “Los derechos y la argumentación judicial”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, 2004.

BAZÁN, Víctor, “La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales constitucionales”, *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al sistema interamericano*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos de Regularidad Constitucional, 2015.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Colombia, Temis, 2002.

CONTESSÉ, Jorge, *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Yale.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006.

- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000.
- JIMENA QUESADA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), “Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa”, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- VARGAS ALFARO, Marvin, “Diálogo jurisprudencial y control judicial interno de convencionalidad: dos ideas irreconciliables”, *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, núm. 126, 2019.

Diez años de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011: los derechos humanos en México, perspectivas desde la frontera norte, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 10 de junio de 2022. En su edición se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

Con un enfoque plural y multidisciplinario, la presente obra tiene como propósito sumar esfuerzos en la investigación jurídica para analizar el desarrollo, efectividad y problemáticas regionales relevantes en torno a los derechos humanos en la frontera norte de México, particularmente respecto del estado de Baja California y estados vecinos.

La obra está integrada por los siguientes cinco ejes temáticos: migración y derechos humanos en la frontera norte; derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; derecho constitucional y derecho internacional; igualdad de género, y, finalmente, grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI.

La Estación Noroeste de Investigación y Docencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM presenta este libro con la intención de dar frente a la diversidad de problemas jurídico-sociales que acontecen en el universo de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Lo anterior, con la idea de continuar con el debate riguroso que esperamos se traduzca en la propuesta de soluciones concretas.

