

La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios

Jorge Ulises
Carmona Tinoco
(Coordinador)



Obra en homenaje al
Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor



Defensoría de los
Derechos
Universitarios

**La vinculación entre los derechos
humanos y los derechos universitarios**

*Obra en homenaje al
Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor*

La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios. Obra en homenaje al Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor, es publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de su Defensoría de los Derechos Universitarios, en el marco de la Cátedra "Desarrollo de un Modelo para la Defensa de los Derechos Universitarios en Instituciones de Educación Superior en América Latina" de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, así como de la red de cátedras; de las actividades de la Red de Defensores, Procuradores y Titulares de Organismos de Defensa de los Derechos Universitarios, REDDU; y de las labores permanentes de difusión de ese órgano universitario.

Los autores y Coordinador de la obra se hacen responsables por la elección y presentación de los hechos que figuran en la presente publicación y por las opiniones que aquí expresan, las cuales no reflejan necesariamente las de la UNESCO, y no comprometen a la Organización. Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos, no implican de parte de la UNESCO juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni sobre la delimitación de sus fronteras o límites.

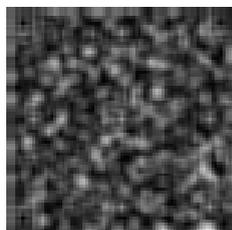
La imagen de la portada:

Rector Jorge Carpizo Mac Gregor (1985-1989)

IISUE/AHUNAM/Colección Universidad, no. 10023

ISBN 978-607-02-4850-4

Primera edición, 28 de noviembre de 2013



D.R.© Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 04510, México, D.F.

Defensoría de los Derechos Universitarios

Edificio "D", 2° piso (a nivel de la rampa), Circuito Exterior,

Delegación Coyoacán, Tel. 5622 6220, Fax. 5606 5070

www.ddu.unam.mx

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

Impreso y hecho en México



Defensoría de los
Derechos
Universitarios

La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios

*Obra en homenaje al
Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor*

Jorge Ulises Carmona Tinoco
(Coordinador)

ÍNDICE

Pág.

Presentación.....	5
-------------------	---

SECCIÓN PRIMERA PARTICIPACIONES INTERNACIONALES

Los mecanismos de defensa de los derechos universitarios en Brasil <i>Cristina Ayoub Riche</i>	13
---	----

Los derechos humanos al interior de las universidades <i>Carlos Enrique Arévalo Narváez</i>	25
--	----

Defensorías y derechos humanos en las universidades y los colegios canadienses <i>Martine Conway</i>	41
--	----

Una aproximación a la institución del defensor universitario: el caso español <i>Armigio Rojo Salgado</i>	51
---	----

SECCIÓN SEGUNDA PARTICIPACIONES NACIONALES

La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM: ¿juzga desde la perspectiva de género? <i>Socorro Apreza Salgado</i>	79
---	----

Derechos humanos, educación intercultural y educación superior: el caso del programa de apoyo a estudiantes indígenas en la UAEH <i>Lydia Raesfeld</i>	101
--	-----

El control de convencionalidad
Hugo Alberto Arriaga Becerra 117

Límites y alcances de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en las universidades en México
José Nieves Luna Castro 157

La reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011 y su relación con los derechos universitarios
Jorge Ulises Carmona Tinoco 171

SECCIÓN TERCERA DOS ESTUDIOS CLÁSICOS

Posibilidad del *ombudsman* en el derecho latinoamericano
Héctor Fix-Zamudio 205

Algunas reflexiones sobre el *ombudsman* y los derechos humanos
Jorge Carpizo Mac Gregor 227

Presentación

En esencia, esta obra reúne diversos puntos de vista en torno a dos figuras esenciales de la vida universitaria contemporánea; por un lado, a la defensa y protección de los derechos universitarios a través de una institución que ha adquirido relevancia en las instituciones educativas del mundo, y que en Iberoamérica se conoce comúnmente como defensor u *ombudsman* universitario. Por otro lado, desde una perspectiva multi e interdisciplinaria, se abordan los vínculos entre nuestra actividad, tanto en favor de los derechos universitarios como de los derechos humanos.

Comunidades académicas

Las universidades son comunidades académicas donde se presentan relaciones de muy distinta naturaleza entre los sujetos que la conforman: profesores y estudiantes. Al igual que en toda comunidad humana, a las instituciones de educación superior se han desarrollado sistemas normativos que se encuentran en permanente desenvolvimiento y evolución, los cuales, ya sea como consecuencia de su régimen de autonomía o bien por una distinta forma de creación legislativa, dichas normas confieren derechos que se han nombrado genéricamente como *derechos universitarios*.

La garantía de esa legalidad universitaria corresponde en el ámbito iberoamericano a la institución conocida como *defensoría u ombudsman*, de la que México y en la UNAM, Jorge Carpizo Mac Gregor y Héctor Fix-Zamudio serían dos de sus más fervientes impulsores, promoviendo en el año de 1985 el establecimiento de la Defensoría de los Derechos Universitarios, e iniciando el movimiento que cristalizaría en las comisiones de derechos humanos en cada una de las entidades federativas de nuestro país.

Al interior de dichas comunidades académicas se observa una necesaria confluencia entre estas dos categorías: derechos universitarios y humanos, los que por la universalidad que comparten, trascienden del ámbito estrictamente jurídico, para integrarse a la realidad y la vida de las instituciones de educación superior.

Derechos universitarios y humanos

Resulta claro que derechos humanos y derechos universitarios son categorías entre las que existe una relación muy estrecha e inseparable. Los derechos humanos son aquellos que expresan y protegen la dignidad humana, es decir, un mínimo irreductible de libertades y atributos que nos distingue como especie y reconocen en los seres humanos un valor intrínseco; los derechos humanos, acompañan a sus titulares en cualquier contexto y situación frente a los demás, como estándares mínimos que conllevan el respeto a una vida digna, un freno al ejercicio abusivo o arbitrario del poder, o la satisfacción de necesidades básicas para el adecuado desarrollo de la persona en lo individual y de manera colectiva.

Los derechos humanos poseen diversas características, entre las que destacan, ser *universales*, esto es, que gozan de ellos todos los seres humanos del mundo, sin limitaciones en razón de continentes, países y regiones o regímenes políticos; estos derechos son *indivisibles*, lo que significa que no puede haber preeminencia entre los derechos reconocidos, ni puede condicionarse la satisfacción de unos a costa de la carencia de otros; son *interdependientes*, o sea, están de tal manera imbricados, que la satisfacción o la afectación a alguno de ellos, necesariamente impacta a otros; son *progresivos*, lo que significa que no son estándares estáticos, sino que evolucionan de manera paulatina proscribiendo a su vez regresiones ante los alcances logrados.

Así, tales derechos tienen expresión jurídica a través de su consagración en la Constitución, pero también están también contemplados en los tratados o instrumentos internacionales. Un tratado internacional, al ser ratificado, pasa a formar parte del sistema jurídico interno, sus normas son, desde ese momento, aplicables y exigibles. Así lo reconoce, por ejemplo, la gran reforma constitucional de 10 de junio de 2011 llevada a cabo en México. Por otro lado, la aplicación y observancia de los derechos humanos se lleva a cabo a través de mecanismos nacionales jurisdiccionales y no jurisdiccionales, así como a través de mecanismos internacionales.

Por su parte, los derechos universitarios se forman a partir de diversos derechos humanos, además de un gran número de reglas de carácter administrativo al interior de las instituciones de educación superior, todo lo cual tiene expresión en la normatividad universitaria, cuyos titulares son los integrantes de la comunidad estudiantil y académica. Los derechos universitarios, a su vez, aportan los estándares más específicos que nutren el derecho a la educación, en su nivel superior.

La observancia de los derechos universitarios es indispensable para permear una *cultura de la legalidad*, que posibilite los fines últimos de las instituciones de educación superior y de cada uno de sus integrantes en sus relaciones recíprocas. Tal como sucede con los derechos humanos, los derechos universitarios también involucran deberes hacia los demás y para con la propia comunidad, lo que implica que no son absolutos, sino delimitados precisamente por los derechos de los demás y por las reglas que hacen posible la convivencia universitaria en un ámbito de libertad, igualdad, tolerancia y respeto. El delicado equilibrio entre éstos es tarea incumbe a todos en las instituciones de educación superior y hace necesario contar con organismos de garantía o defensa de los derechos universitarios, que coadyuven a la solución de problemas de esta índole, al cumplimiento de la normatividad universitaria y a fortalecer una cultura de la legalidad al interior de las propias instituciones.

El contenido de este homenaje

El presente volumen que se estructura en tres grandes apartados, conjunta distintas participaciones del Seminario Internacional en Homenaje al Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor: “La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios”, celebrado los días 17 y 18 de octubre de 2012 en las instalaciones de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, en la ciudad de Cuernavaca. Este evento académico celebrado en el marco de la IX Sesión Ordinaria y VI Extraordinaria de la Red de Defensores, Procuradores y Titulares de Organismos de Defensa de los Derechos Universitarios (REDDU), contó con la asistencia de representantes de 60 instituciones, educativas nacionales y de otras latitudes, así como de instituciones de defensa de los derechos universitarios y de derechos humanos.

El primer apartado conjunta las participaciones de especialistas interna-

cionales, iniciamos con la participación de Cristina Ayoub Riche, de Brasil, quien estudia la evolución y perspectivas de los mecanismos de defensa de los derechos universitarios en esa nación, donde ha sido la *ouvidoria* quien juega el papel protagónico. Se trata de una institución centenaria, apunta, por lo que su estudio es primordial para ilustrar su evolución y aplicación al ámbito de la actividad educativa. En seguida, el profesor colombiano Carlos Enrique Arévalo Narváz relata su experiencia personal en la vida universitaria de Colombia y nos muestra un estudio de caso de una estudiante indígena en la realidad universitaria de ese país. En seguida, la profesora canadiense Martine Conway nos expone su perspectiva de la actividad en pro de los derechos humanos y universitarios en la Universidad de Victoria, así como en los colegios de ese país. Por último, Argimiro Rojo Salgado nos propone una aproximación general a la institución del defensor universitario en España, donde se advierte influencia del Defensor del Pueblo, institución que ha tenido un impacto sobresaliente en Latinoamérica.

La segunda parte ofrece diversas perspectivas de nuestra actividad de *ombudsing* en México, Socorro Apreza Salgado utiliza como punto de análisis la perspectiva de género, para estudiar desde ese ángulo, la actividad de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM. La profesora Lydia Raesfeld analiza la situación de la educación intercultural y el apoyo que se brinda a los estudiantes indígenas de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Hugo Alberto Arriaga nos proporciona su visión de las trascendentes reformas en materia de derechos humanos y de amparo, que en México adquieren relevancia inusitada, como señalará en la siguiente colaboración el profesor José Nieves Luna castro, quien destaca algunos de los alcances de esta reforma y su impacto en la vida de las universidades. Posteriormente, Jorge Ulises Carmona Tinoco, refiriéndose también a los mencionados alcances de la paradigmática reforma constitucional de junio de 2011, incluye en su un análisis, algunas consideraciones tomando como referencia al derecho internacional de los derechos humanos, y señala las confluencias entre el derecho a la educación y los derechos en la educación, así como algunos aspectos de la protección y defensa de los derechos universitarios en la UNAM.

En la tercera y última sección, se presentan dos importantes y señeras colaboraciones; la primera a cargo del doctor Héctor Fix-Zamudio, quien realizó desde la perspectiva comparada, una profunda investigación en la cual propone el estudio de la posibilidad de implementar el *ombudsman*

en el ámbito latinoamericano; esta reflexión es una lectura obligada que se incluir en este volumen debido al amplio panorama que expone, y a la mención que haría de la Defensoría de los Derechos Universitarios. El texto que aparece como corolario a esta obra es una colaboración de nuestro homenajeado, el doctor Jorge Carpizo, se trata de un contundente análisis de la figura del *ombudsman* y de la relevancia que tiene para la defensa y protección de los derechos humanos, sin duda, una de las actividades y constantes preocupaciones de Jorge Carpizo. Mac Gregor, tanto desde su faceta de investigador del Derecho en la UNAM, como de sus actividades en la función pública, como lo fuera su papel al frente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en sus primeros tiempos (1990-1993).

Breves palabras sobre Jorge Carpizo Mac Gregor

Las razones para elaborar este homenaje obedecieron a su lamentable y triste partida el 30 de marzo de 2012. Elaborar una breve semblanza de una persona tan destacada como el homenajeado, constituye una gran responsabilidad. Una personalidad tan amplia no se puede resumir en pocas palabras y se corre el riesgo de hacer, aunque sea involuntariamente, alguna omisión. Es por ese motivo que mencionaremos breves datos, algunas luces sobre la vida académica de Jorge Carpizo Mac Gregor, mexicano y universitario ejemplar.

El homenajeado alcanzó uno de los más grandes honores de un universitario, fue nombrado Rector de la Universidad, Coordinador de Humanidades, Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde ocupara también la dirección. Se destacó en las letras jurídicas pues fue un prolífico autor de más de una veintena de libros, alguno de los cuales han sido traducidos a idiomas extranjeros, y publicó más de seiscientas colaboraciones académicas, entre artículos y otras colaboraciones sobre los temas de su especialidad: el Estado, el derecho constitucional y los derechos humanos. Un autor de una vasta cultura y convicciones firmes, como lo fueron la no reelección y la democracia. Sus aportaciones en favor de los derechos humanos lo hicieron merecer múltiples reconocimientos entre los que se destacan 10 doctorados *honoris causa* y los premios de derechos humanos: “Continental” y “René Cassin”. Son múltiples las facetas y muchas las palabras que se pueden decir acerca de una personalidad tan vasta como lo fue Jorge Carpizo. Ante todo, diremos que es porque aún vive en sus

obras y en sus ideas. Es y será uno de los pocos y necesarios ejemplos de convicción, vida académica y universitaria que tenemos en México en los últimos tiempos.

No deseo concluir estas palabras sin mencionar que este esfuerzo editorial se enmarca, por una parte, entre las actividades permanentes desarrolladas para el cumplimiento de los objetivos de la *Cátedra UNESCO para desarrollar un modelo para la defensa de los derechos académicos en instituciones de educación superior en América Latina*, cuyo acuerdo fue suscrito entre dicho organismo de las Naciones Unidas, por conducto de su Directora General, Irina Bokova, y la Universidad Nacional, a través de su Rector, Dr. José Narro Robles; y por otra, se incluye en las obligaciones permanentes de promoción y difusión de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM.

Ciudad Universitaria, septiembre de 2013.

Los mecanismos de defensa de los Derechos Universitarios en Brasil

*Cristina Ayoub RICHE**

SUMARIO: *I. Análisis histórico y conceptual con base en la Constitución Ciudadana. Ombudsman y Ouvidoria, breve historia. II. Evolución histórica y conceptual de la Ouvidoria en Brasil y la Constituição da República Federativa do Brasil – Constitución Ciudadana. III. Ouvidorias Universitarias. IV. Bibliografía.*

I. ANÁLISIS HISTÓRICO Y CONCEPTUAL CON BASE EN LA CONSTITUCIÓN CIUDADANA. OMBUDSMAN Y OUVIDORIA, BREVE HISTORIA

Se suele asociar el instituto del *ombudsman* en Suecia con la *ouvidoria* en Brasil, sin embargo, para conocer mejor la naturaleza jurídica de esos dos organismos se hace necesario recuperar, en breves líneas, las motivaciones históricas que les originaron y reconocer la evolución histórica del concepto de *Ouvidoria* en Brasil.

En Suecia, a principios del siglo XIX, ante la necesidad de garantizar una forma eficaz de sindicatura parlamentaria sobre la acción regia en el campo administrativo, necesidad primeramente satisfecha bajo la alegación formal de afirmación del principio de la correcta aplicación de la ley dentro de la administración pública, se crea el instituto del *ombudsman* para vigilar el respeto a ley y, simultáneamente, controlar la orientación administrativa del Gobierno.

* Profesora y Ouvidora-General de la Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil, y asociada honoraria de la REDDU.

Esa atribución se fue modificando a partir de la superación de la monarquía constitucional, haciéndose un tutor público del uso correcto del poder administrativo y funcionando como instancia de tutela de situaciones individuales, donde no hay remedios suficientes de carácter administrativo o jurisdiccional.

Así, señala Guisepppe de Vergottini en el *Dicionário de Política*, organizado por Norberto Bobbio y otros, sobre la figura orgánica del *ombudsman*:

“É um órgão vinculado ao Legislativo, privado de atribuições de controle político, garantia do uso correto do poder administrativo, integrante de formas insuficientes de tutela administrativa e jurisdiccional dos interesses da coletividade. (...) Seus poderes são poderes de persuasão e influência em relação à autoridade administrativa diretamente interessada, ou poderes de proposta para com as autoridades administrativas superiores, jurisdicionais e legislativas”.¹

Afirma el profesor de Vergottini, de la Universidad de Bolonia, que el *ombudsman* es fundamentalmente una magistratura de influencia con relación a los órganos administrativos cuyo comportamiento activo u omiso censura; además,

“Funciona como centro propulsor de ulteriores intervenções de órgãos pertencentes aos três poderes tradicionais. Seus poderes principais são aqueles de que goza em relação ao Parlamento, ao qual aponta as disfunções administrativas e as situações de lesão de interesses, quer de forma isolada, quer nos relatórios periódicos que lhe tem de remeter, pelo menos uma vez ao ano. Se durante as investigações vem a retificar imperfeições em atos normativos, está também previsto que o faça notar ao Governo.”²

¹ Es un órgano vinculado al Legislativo, privado de atribuciones de control político, garantía de uso correcto del poder administrativo, integrante de formas insuficientes de tutela administrativa y jurisdiccional de los intereses de la colectividades. (...) Sus poderes son poderes de persuasión e influencia con relación a la autoridad administrativa directamente interesada, o poderes de propuesta para con las autoridades administrativas superiores, jurisdiccionales y legislativas”.

² “Funciona como centro promotor de posteriores intervenciones de órganos pertenecientes a los tres poderes tradicionales. Sus principales poderes son aquellos de que goza con relación al Parlamento, al cual informa las disfunciones administrativas y las situaciones de lesión de intereses, ya sea de forma aislada o en los informes periódicos que le tiene que le dirige, por lo menos una vez al año. Si durante las investigaciones se corrigen las imperfecciones en los actos normativos, también debe notificarlo al Gobierno” (traducción libre).

En Brasil, es conocido que la historia de la *Ouvidoria* se inicia a partir de la llegada de los portugueses, en 1500. Inicialmente, pertenecía al rey el ejercicio de la justicia, que, con auxilio de funcionarios, en aquella época llamados “*ouvidores*”, resolvía las cuestiones relativas a la vida cotidiana de la Colonia. Esos funcionarios del Rey tenían, al inicio de su actuación, poco poder de decisión; sin embargo, se fueron organizando paulatinamente y constituyeron la “*Casa de Justiça da Corte*” que, a lo largo del tiempo, pasó a “*Casa de Suplicação*”, órgano judicial responsable por el juzgamiento de las apelaciones de los ciudadanos en aquellas causas criminales que involucrasen sentencias de muerte.

Por tanto, en el Brasil Colonial, al *Ouvidor-General* le correspondía aplicar la ley de la metrópoli, su misión era el control de la legalidad para atender al titular del poder, el Rey. Su función no era la de representar el ciudadano ante el organismo público.

La administración de la justicia en Brasil, por un período de tiempo razonable, se dio por la intervención de tal figura, a la que se podía recurrir en caso de desacuerdo con las decisiones de los *Ouvidores sectoriales*, responsables por las Comarcas establecidas en cada una de las Capitanías Hereditarias.

En Europa, el *ombudsman* clásico de origen escandinavo es, por regla, nombrado por el Parlamento. En los países de origen hispano, el nombre utilizado es el *Defensor del Pueblo*; en Francia, *Médiateur*; y en Portugal, *Provedor de Justiça*. Las denominaciones son diferentes, no obstante, se pueden considerar que las características de su actuación son muy similares y convergentes. A continuación, algunas de ellas: mandato determinado, ejercicio de sus funciones con el apoyo de los principios de autonomía e independencia, tarea de recibir quejas y sugerencias, acceso directo a la gestión, actuación en defensa de los derechos individuales luchando contra los errores, omisiones y abusos.

Es importante destacar que la actividad del *ombudsman*, en su concepción clásica, tiene cierta semejanza con la actuación del *Ministério Público* en Brasil, especialmente en Hispanoamérica, donde el *Defensor del Pueblo* tiene el derecho de entablar demanda ante el Poder Judicial, en contra posibles arbitrariedades cometidas por la Administración Pública.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL DE LA OUIDORIA EN BRASIL Y LA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL-CONSTITUCIÓN CIUDADANA

Manoel Gomes Alves de Camargo señala que la primera iniciativa para la creación del instituto del ombudsman en Brasil es de 1823, por tanto, anterior a la Constitución del Imperio, y fue a través de un proyecto que establecía la existencia de un juicio del pueblo. Las quejas debían enviarse *ex officio* a la Corte por ese juez.

En lo que se refiere a la época de la República, en 1964, con la instalación de la dictadura, las instituciones democráticas se vieron obligadas a un silencio forzado. Es a partir de los primeros años de la década de 1980, con el resurgimiento de las primeras huellas de apertura democrática, que las discusiones, los debates para crear medios de comunicación entre la estructura de poder y la población empiezan a materializarse. Surgen, entonces, los intentos para asegurar la participación social en el control político. Y en 1986, con el decreto-ley no. 215/86, se creó la primera *ouvidoria* pública en Brasil, en la ciudad de Curitiba, capital del Estado de Paraná, actuando en defensa de los derechos ciudadanos. La Ley N ° 8.490/1992 crea la *Ouvidoria-Geral da República* en la estructura básica del *Ministério da Justiça*.

La *Ouvidoria-Geral da República* (Ouvidoria-General de la República) se trasladó para la estructura de la Contraloría-General de la Unión y hoy se denomina *Ouvidoria-Geral da União* (Ouvidoria-General de la Unión), vinculada a la *Controladoria-Geral da União* (Contraloría-General de la Unión) y es responsable por recibir, revisar y enviar denuncias, quejas, felicitaciones, sugerencias y solicitudes de información acerca de los procedimientos y acciones de los agentes, organismos y entidades del Poder Ejecutivo Federal.

Podemos decir que la *ouvidoria* es una institución vetusta, apareció en el Brasil colonial, sin embargo, fue cambiando su diseño inicial y, en el Brasil contemporáneo, es única. Se trata, al mismo tiempo, de un instrumento de democracia directa y de una herramienta de gestión; se desarrolló de acuerdo con las necesidades y condiciones culturales, económicas y regionales, y se presenta como un modelo de recepción a la participación y representación del ciudadano, espacio no burocrático, de fácil acceso, con

actuación, a menudo, basada en la oralidad e informalidad, con el objetivo también de materializar el principio de eficacia con equidad, economía y celeridad. Actualmente el *Ouvidor* representa al ciudadano frente al Estado.

El *ombudsman* tiene la tarea de identificar, remediar fallas y omisiones, así como, garantizar que el Estado cumpla con las normas y que no interfiera en los derechos y libertades públicas de los ciudadanos. Téngase en cuenta, sin embargo, que la *Constituição Federal* de 1988 no instituyó en Brasil el *Ouvidor Parlamentario* como agente público, sino que confirió al *Ministério Público*, entre otras, una atribución institucional muy relevante a la función del *ombudsman*, pues a él ya se le estructuraba la carrera y existía en todo el país, se le fue determinado ese rol que consiste en el control de las actividades relativas a los tres poderes (legislativo, administrativo y judicial); especialmente en el Poder Ejecutivo, ejerce una actividad de control de actos del poder público, como se desprende del art. 129, inciso II de la *Constituição Brasileira* de 1988.

Esa función se apoya en la Constitución sueca de 1809, que creó la figura del *Justitieombudsman*, expresión traducida por “comisario de justicia” para supervisar la observancia de los actos normativos por parte de jueces y funcionarios. Así, con un carácter inédito, el art. 129, inciso II de la *Constituição Federal* instituyó como rol del *Ministério Público*:

“Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.”³

Como señala Carlos Roberto C. Jatahy, el *Ministério Público*, con eso, inicia la promoción de los valores sociales constitucionales a través de dos instrumentos: la averiguación civil, procedimiento de preparación que tiene como objetivo proporcionar pruebas y elementos para su funcionamiento en cuestiones no penales (medio ambiente, consumidor, moral pública entre otros); y la acción civil, para obtener en el Poder Judicial, providencias definitivas para la implementación de los derechos prestacionales conferidos a la sociedad.

³ “Vigilar el efectivo respeto por parte de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública, de los derechos asegurados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias para su garantía” (traducción libre).

Las experiencias de las instituciones públicas, municipalidades y estados⁴ donde se instalaron *ouvidorias*, ratifican la importancia de la articulación entre administradores y administrados, para el fortalecimiento de la participación ciudadana y de las instituciones democráticas en un Estado Democrático de Derecho.

En mi opinión, en la actualidad, la institución de la *ouvidoria* en Brasil se incluye en el contexto de los derechos humanos, no sólo bajo la óptica política, representando en las sociedades abiertas, un instrumento democrático que consagra la participación popular, con base en los principios de transparencia, de buena fe, de eficiencia y de equidad; pero también, bajo la óptica jurídica, como medio para prevenir y responder a las necesidades urgentes experimentadas por el hombre en la sociedad, que espera encontrar un lugar seguro que promueva el diálogo, la mediación de conflictos, su acción se basa en la civilidad y en el respeto entre las partes, una posibilidad de creación de consensos, en el acceso a la información y como generador de conocimiento y, consecuentemente, favoreciendo la libre determinación de los ciudadanos como un derecho constitucional inalienable, un derecho humano fundamental, un deber del Estado.

La *ouvidoria* debe ser un organismo autónomo protector de los derechos humanos y debe hacer esfuerzos continuos para alcanzar, de conformidad con el mandato constitucional, el cumplimiento y el respeto de los derechos fundamentales, permeando así su trabajo en la sociedad, motivándola a participar y a difundir conciencia por conocer y respetar tales derechos.

Todos sabemos que la Constitución no dice como es la nación, sino como queremos que sea y la institución contemporánea de la *ouvidoria* en Brasil tiene sus bases establecidas en la *Constituição de 1988*, en la conjugación de los artículos 1° y su párrafo único; 5°, incisos XIV y XXXIII, y 37, párrafo 3°, inciso I. Esta conjunción integra los fundamentos republicanos de la dignidad humana, de la soberanía y de la ciudadanía, de la democracia participativa, el acceso a la información, el principio de la eficiencia, ese fruto de la Enmienda Constitucional 19 de 1998, y de la solución pacífica de las controversias. La *ouvidoria* puede considerarse como un remedio constitucional que busca combatir y tratar las patologías políticas y sociales,

⁴ De la República de Brasil que es una federación.

aspira a conferir al ciudadano la posibilidad de escribir su historia, ser su sujeto y no su objeto.

Es un instrumento de la democracia directa y, aunque sea una institución unipersonal, el tratamiento de la cuestión individual puede proporcionar soluciones de interés colectivo. Es un remedio constitucional porque estimula al ciudadano, por su participación, a abandonar la actitud de resignación y apatía, frente al desempeño insatisfactorio de la institución pública, volviéndose así, protagonista del cambio, agente de su propia historia.

Esa práctica contribuye para la comprensión de que la solución de las cuestiones del interés inmediato del ciudadano, basada en los principios de eficacia y de justicia, es inseparable de la mejoría en beneficio de todos, pues a lo que se aspira es a la construcción del bien común.

Desde mi punto de vista, toda *ouvidoria*, sea pública o privada, tiene una función que es esencialmente pública, al promover el diálogo que permite al ciudadano hablar, ser escuchado con empatía, y por tanto, tener su punto de vista legitimado y considerado; tiene función pública al promover el acceso a la información, derecho constitucional inalienable, un derecho humano fundamental, reforzado ahora por la *Lei de Acesso à Informação*, Ley Federal no. 12527, del 18 de noviembre de 2011, debido a que en el constitucionalismo la transparencia es esencial para la formación de la ciudadanía, lo que implica tres elementos, a saber: el derecho a ser informado, el derecho a informar y el derecho de expresar el pensamiento.

Toda persona tiene el derecho de solicitar información a las autoridades de interés privado o general, sobre la base del derecho de petición, que, en los términos de nuestra *Constituição Republicana* se presenta robustecido por las siguientes figuras:

-Derecho de reclamación en contra de la prestación de servicios públicos (artículo 37, § 3, I CRFB).

-Derecho de representación contra el ejercicio negligente o abusivo del cargo, empleo o función en la administración pública (art. 37, § 3, III, de CRFB).

En Brasil, el *ouvidor* es representante del ciudadano y no tiene atribución ejecutiva o deliberativa. Es designado para evaluar críticas, quejas y requerimientos con el fin de evitar controversias y / o facilitar su solución, con base en las manifestaciones que recibe, realiza un diagnóstico de la situación y propone cambios en la institución, cuando así se lo requiera; por tanto, deberá hacer uso de prácticas pedagógicas que transformen la cultura de la queja en la cultura de la participación, reduciendo la asimetría de la información que involucra a los agentes en conflicto.

Debe actuar con imparcialidad, independencia y confidencialidad, con el fin de fomentar el diálogo, no el debate; debe aventurarse, ser creativo, estimular nuevas prácticas e ideas, no debe ser reactivo sino propositivo. Es necesario que respete las diferencias y promueva el conocimiento para mitigar la vulnerabilidad técnica, jurídica y económica del individuo ante la institución.

III. OUIDORIAS UNIVERSITARIAS

En los últimos años, en Brasil hemos fomentado la creación de *ouvidorias* temáticas, por sistemas y por segmentos. Hay *ouvidorias* de comisiones reguladoras, *ouvidorias* de bancos, *ouvidorias* de la salud, y en ese escenario, no se puede negar la importancia de las *ouvidorias* universitarias.

Los años 80 marcaron a Brasil, por profundos cambios políticos y sociales y por los planes económicos, con gran participación popular en los asuntos relacionados al consumo.

La *Constituição Federal* de 1988, en su artículo 6º, empieza a asegurar la educación como una garantía, como un derecho social y el principio de la autonomía universitaria se consagra en su art. 207.

La *Constituição* de 1988 estableció en su artículo 207 que “*As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*”⁵ Por tanto, se puede concluir que el objetivo de la autonomía

⁵ “Las universidades gozan de autonomía didáctico-científica, administrativa y de gestión financiera, y obedecerán al principio de la indivisibilidad entre la docencia, investigación y extensión.”

universitaria es garantizar la libertad de crítica y la libre producción y transmisión de conocimientos, haciendo a las universidades insensibles a injerencias económicas, políticas o religiosas ajenas al desarrollo de la enseñanza, investigación y extensión. Lo que no quita el deber interno de controlar la calidad del servicio que ofrece y con eso consolidar también, la promoción y la protección de los derechos universitarios con base en los derechos humanos.

La primera *ouvidoria* universitaria se estableció en 1992, en la *Universidade Federal de Espírito Santo*; en 1993, se instaló la *Ouvidoria* de la Universidad de Brasilia, mientras que en 1994, se instaló esta figura en la *Universidade Estadual de Londrina*. Sin embargo, sólo a partir del año 2000 hay un incremento efectivo de las *ouvidorias* universitarias en Brasil, tras la promulgación de la Enmienda Constitucional 19/1998 y la publicación del Decreto N° 3507, de 13 de julio de 2000, que dispone acerca del establecimiento de normas para la calidad de la atención prestada por los organismos y por las entidades de la Administración Pública Federal Directa, Indirecta y Fundacional; además, debe considerarse la entrada en vigor de la Ley 10.861/2004 que establece el *Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior* (SINAES), constituido por tres componentes principales: la evaluación de las instituciones, de los cursos y del rendimiento de los estudiantes. En nuestra opinión, la combinación de todos esos factores ha cambiado el panorama interno de las universidades con un incremento efectivo de las *ouvidorias* universitarias.

Es importante destacar que el SINAES evalúa los aspectos que giran en torno a los ejes de la enseñanza, la investigación, la extensión, la responsabilidad social, el rendimiento de los alumnos, la gestión de la institución, el cuerpo docente, las instalaciones y otros. Los resultados de las evaluaciones permiten dar una visión general de la calidad de los cursos y de las instituciones de educación superior en el país. Los procesos evaluativos son coordinados y supervisados por la *Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior* (CONAES). El funcionamiento está a cargo del *Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais*, dependiente del *Ministério da Educação*.

Las informaciones obtenidas con el SINAES son utilizadas por las Instituciones de Educación Superior, para guiar su eficacia institucional, académica y social; así como por los organismos gubernamentales para orientar políticas públicas y por los estudiantes, padres de alumnos,

instituciones académicas y público en general, para orientar sus decisiones sobre la realidad de los cursos y de las instituciones. La actuación y rendimiento de las *ouvidorias* universitarias se incluye ahora como un elemento a ser considerado por SINAES.

Partiendo de la premisa de que la Universidad debe ser el lugar de la promoción del conocimiento transformador, de la experimentación, de la innovación, de la civilidad y de la ciudadanía, se considera que la existencia de la *Ouvidoria* en la institución, como organismo independiente y autónomo, también configura el anhelo de atreverse y transformarse, de fortalecer el proceso de renovación continua de una universidad que se plantea pública, inclusiva y de calidad.

La función principal de la *ouvidoria* es servir a las personas vulnerables, con base en el principio de la equidad y de la solidaridad, como un deber y no una liberalidad, así como promover el acceso a la información, como un derecho público y a partir de las demandas recibidas, e incluso de oficio, hacer un diagnóstico de la situación, sugiriendo mejorías a los gestores, con la finalidad de construir de un espacio digno e incluyente, con la prevalencia, en la práctica, del respeto a los derechos humanos, garantizando una convivencia armoniosa y democrática en la que la observancia de la ley y, en consecuencia, la efectividad de los derechos, puedan garantizar la libertad, la igualdad, la legalidad y la moralidad.

La *ouvidoria universitaria* no se confunde con el sindicato, con la representación de los movimientos sociales, estudiantiles, docentes, de funcionarios, tampoco con servicios de atención para el consumidor, ella sí puede ser considerada uno de los mecanismos de defensa de los derechos universitarios, como un instrumento de acceso a la justicia, como una herramienta de control de la calidad del servicio; no existe un modelo único, pues a causa de la autonomía universitaria, existe una diversidad de formas de creación y constitución en cada una de las universidades. Aunque, teórica y prácticamente todas deberían compartir determinadas atribuciones, como es la de mostrar un compromiso con la ética, la transparencia, la participación ciudadana y, en consecuencia, con la mejora de los servicios de la Universidad, dando voz a los ciudadanos para identificar los puntos críticos y tratando de promover, pedagógicamente, acciones transformadoras en las que se sustituya la cultura de la queja por la cultura de la participación.

La actuación del *ouvidor*, como defensor de los derechos universitarios, debe ser vista de manera reflexiva, dinámica y multidisciplinaria; atendiendo desde gestores, profesores, alumnos, personal administrativo, miembros de la comunidad externa, y basada también, en el principio de la informalidad, de la oralidad, de la celeridad, principios fundamentales, para transformar la cultura del secreto en una cultura de acceso a la información.

El análisis y la interpretación de la legislación interna de la Universidad siempre debe hacerse a la luz de la *Constituição Federal*, de manera sistemática, indicando, entre otros, los procedimientos normativos adecuados a las situaciones presentadas, con el objetivo, también, de resolver los conflictos entre las partes de manera conciliatoria, a fin de estimular la posibilidad de desarrollar una cultura de la paz, civilidad, dignidad y respeto a las diferencias.

Las alianzas con otros protagonistas de promoción y defensa de los derechos humanos, que son agentes externos a la Universidad como la *Ouvidoria-Geral da União*, la *Defensoria Pública da União*, la *Advocacia-Geral da União*, entre otros, y el constante intercambio de experiencias con otras *ouvidorias* públicas de varios segmentos, ha contribuido a hacer realidad el principio de cooperación y poner en práctica mecanismos para mitigar los déficits de autoestima, liderazgo, de conocimiento, de sabiduría y de comunicación con el fin de construir permanentemente el bien común.

Esas líneas reúnen nuestras contribuciones iniciales para la reflexión, para el fomento al estudio de ese instituto, con miras a la comprensión y aplicación adecuada de ese instrumento de participación ciudadana, que es tan necesario e importante para el fortalecimiento de la confianza cívica y del compromiso del Estado Democrático de Derecho con la efectividad de los derechos fundamentales, para la construcción del bien común, como un valor fundamental, para la construcción de un mundo más justo, solidario, armónico e igualitario.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de política*, tradução Carmen C. Varriale et al., 8ª ed., Brasília, Editora universitária de Brasília, 1995.

- CARVALHO, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.
- FALCÃO, Joaquim, “Constituição Constituições”, en ABREU Alzira, Alves de (org.), *Caminhos da cidadania*, Rio de Janeiro, FGV, 2009.
- FOLEY, Gláucia Falsarella, *Justiça comunitária: por uma justiça de emancipação*. Belo Horizonte, Fórum, 2010.
- GOMES, M.E.A.C., “Do instituto do *ombudsman* à construção das ouvidorias públicas no Brasil”, en LYRA, R. P. (org.), *A Ouvidoria na esfera pública brasileira*. João Pessoa, Curitiba, Editora Universitária da UFPB y Editora Universitária UFPR, 2000.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro, “Atribuições do Ministério Público, ferramentas da cidadania”, en ABREU, Alzira Alves de (org.), *Caminhos da cidadania*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2009.
- MOORE, Christopher W., *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*, 2ª ed., trad. Magda França Lopes, Porto Alegre, Artmed, 1998.
- RICHE, Cristina Ayoub, *Lei de arbitragem: n 9307/96: uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica*, Rio de Janeiro, UniverCidade, 2001.

Los derechos humanos al interior de las universidades

*Carlos Enrique ARÉVALO NARVÁEZ**

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto de Universidad y su relación con los derechos humanos. III. Algunos ejemplos concretos de los Derechos Humanos al interior de las universidades. IV. El reconocimiento de dos derechos humanos universitarios particularmente importantes en la actualidad: la verdad y la exigencia. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos se encuentran fundamentados en la dignidad de la persona y por tanto, son inherentes a todos los seres humanos, tienen como notas características el ser interrelacionados, interdependientes e indivisibles, pues del desarrollo de uno de ellos se desprenderá el crecimiento de los demás, al igual que como consecuencia de la vulneración a uno de ellos se afecta a los demás.¹

Son entonces los derechos humanos, derechos fundados en la persona, y por tanto, coinciden en eso con el actuar universitario, para el que la persona también resulta ser el elemento esencial.

* Maestro en Derecho Internacional por la Universidad de Nueva York (NYU). Profesor de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana, Colombia.

¹ Ver Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, página web: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> (consultada el 23 de julio de 2012).

Buscando profundizar más en el vínculo general y concreto que los Derechos Humanos pueden tener al interior de las Universidades, este documento se encuentra dividido en tres partes: inicialmente se planteará una discusión introductoria en la que nos preguntaremos qué se entiende por Universidad y cómo este concepto puede tener una relación directa con los derechos humanos.

En segundo lugar, plantearemos algunos derechos específicos y la forma en que estos se materializan en el entorno de la Educación Superior, utilizando como ejemplo programas y experiencias que se han desarrollado por la Universidad de La Sabana, en la cual el autor se ha venido desempeñando como profesor de Derechos Humanos.

Finalmente, y teniendo en cuenta que cuando hablamos de Derechos Universitarios, no estamos hablando de un régimen estático preestablecido, sino que por el contrario, nos encontramos con un concepto jurídico cuyo contenido está en construcción; se propone la inclusión de la verdad y la exigencia en el catálogo de los derechos propios del quehacer universitario, teniendo en cuenta el valor que ellos tienen para la Academia de nuestros tiempos.

II. EL CONCEPTO DE UNIVERSIDAD Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

Lo primero que debemos preguntarnos al abordar este tema es ¿qué entendemos por la Universidad y cómo esta puede tener un vínculo directo con los derechos humanos? La Universidad desde sus inicios, como lo dejaría plasmado Alfonso X El Sabio, en las Siete Partidas, ha sido entendida como una comunidad de personas *'universitas magistrum et scholarium'*, o en sus propias palabras “un ayuntamiento de maestros y escolares”², vinculadas por el fin participado del crecimiento desinteresado del saber superior, gracias al cual se constituye en una comunidad de saberes (*universitas scientiarum*).³

² Alfonso X El Sabio, lo aclara en Las Siete Partidas, en particular en la Partida Segunda, Título XXXI, en la edición digital de la Biblioteca Virtual Katharsis: Justo S. Alarcón (ed.), “Las Siete Partidas”, *Revista Literaria Katharsis*, 2008, p. 66. Disponible en: http://revistakatharsis.org/AlfonsoX_7partidas.pdf (consultado hasta el 16 de octubre 2012).

³ Universidad de La Sabana, *Proyecto Educativo Institucional (PEI)*, p. 2. Disponible en: http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Documentos/Planeacion/documentos_institucionales/2._Proyecto_Educativo_Institucional_-_PEI.pdf (consultada hasta el 16 de octubre de 2012).

No es una comunidad de personas cualquiera, es una comunidad de personas “con voluntad y entendimiento de aprender los saberes”⁴. Esos saberes difusos se reúnen conformando el conocimiento –principio y fin de la universidad-, el cual a su vez, constituye un bien humano y como tal, tiene una carácter difusivo, una necesidad universal de ser transmitido, lo que se traduce en una tarea académica constante. Es por eso que la Universidad, a través de sus dos actividades centrales de investigación y docencia, se proyecta con una vocación de servicio en los distintos sectores de la sociedad.⁵

No se puede entender la Universidad como una institución social que carezca de una proyección social, la Universidad está al servicio de la sociedad porque la Universidad construye y desarrolla esa sociedad.

La Universidad se encuentra entonces constituida en esencia por la articulación de la singularidad de las personas, con la pluralidad de sus posturas ideológicas o científicas y la diversidad de los saberes. En resumen, conforma una Universalidad, un todo constituido por distintas partes, que libremente interactúan y que están obligadas -para poder coexistir, a hacerlo en un marco de respeto, tolerancia, responsabilidad y amistad.

Si entendemos así la Universidad, entonces nos encontraremos con que la Universidad, por su naturaleza, se encuentra centrada en la persona y que por lo tanto carecerá de sentido y transformará en inalcanzables sus fines, si no fundamenta cada uno de sus actos en el respeto y la garantía de la dignidad del ser humano. ¿La dignidad de cuáles personas? De todas, no exclusivamente de las que conforman su claustro, pues de hacerlo así, desconociendo su entorno social, creará una burbuja que tarde o temprano estallará. Lo resalto nuevamente, la Universidad es un actor social, protagonista del cambio.

En conclusión, hemos visto entonces como los derechos humanos, deben ser considerados la esencia del ejercicio universitario, pues emanan de la naturaleza misma de quien es su razón de ser: la Persona.

⁴ Alfonso X El Sabio, *op. cit.*, nota 2, p. 66.

⁵ Universidad de La Sabana, *op. cit.*, nota 3, p. 2.

Pero sostener que la universidad, por encima de cualquier cosa es una comunidad de personas, puede generar escepticismos en todos aquellos que consideran o consideramos que la Educación Superior de calidad necesita por supuesto personas, pero también muchos otros recursos materiales que la posibiliten. Mi tesis para cerrar este primer acápite introductorio, es que todos estos recursos son secundarios, auxiliares o incluso accidentales si se quiere y que lo realmente esencial en la Universidad es que la entendamos como una comunidad de personas.

Para validar mi tesis, utilizaré un ejemplo propio. Les planteo el caso de la inundación de la Universidad de La Sabana.

Mi universidad, la Universidad de La Sabana, modestia muy aparte, tiene uno de los *campus* más bellos de Colombia -y espero que en eso no me permitan mentir quienes nos han visitado y los colegas colombianos que nos acompañan en esta reunión. En palabras del Vicerrector Administrativo de la Universidad, el *campus* es una mega aula de clase más, y por tanto, muchas horas se dedican al cuidado de los detalles de cada uno de sus rincones.

El 25 de abril de 2011, tras la peor ola invernal que haya vivido mi país, sin precedente alguno, y que provocó más de 3 millones de damnificados, los jarillones⁶ de tierra que separaban el *campus* de las aguas del Río Bogotá, cedieron, generando que la Universidad se inundara en un 80%. El agua alcanzó en promedio un metro con setenta centímetros ¡Lo perdimos todo! O eso pensamos en su momento.

Sin embargo, en ese contexto de crisis, la Universidad recordó que por encima de cualquier cosa, la Universidad no era un *campus*, ni unas aulas, ni unas bases de datos, ni siquiera por duro que suene, una biblioteca. La Universidad era, es y será siempre una comunidad de personas.

La inundación fue el lunes, para el miércoles ya se habían reanudado las clases en sedes alternas, gracias a la gestión de la administración de la Universidad y a la solidaridad de Universidades amigas, la meta más importante que se debía cumplir era el no suspender actividades, lo cual

⁶ Así se denomina a los filones que sobresalen del subsuelo.

habría generado un perjuicio para los procesos académicos y sobre todo, para los derechos de nuestros estudiantes, profesores y administrativos.

En el marco de la crisis, el derecho universitario a la información adquirió un especial valor. Siempre se contó la verdad y se mostró el tamaño de la tragedia, nunca se cerraron las puertas a los medios de comunicación y se desarrollaron estrategias para que la información llegara a los miembros de la comunidad académica, profesores, estudiantes, administrativos y padres de familia.

El 25 de julio de 2011 se regresó al *campus* tomando todas las medidas de protección para garantizar el bienestar de las personas que trabajamos y estudiamos en él; poco a poco se ha venido recuperando lo que se perdió, mejorando ostensiblemente las condiciones preexistentes. Todo esto, gracias a que reconocimos en un momento de crisis que la Universidad es, por encima de cualquier cosa, una comunidad de personas.

III. ALGUNOS EJEMPLOS CONCRETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS AL INTERIOR DE LAS UNIVERSIDADES

Pasemos ahora a revisar cómo algunos derechos humanos -quisiéramos discutirlos todos, pero el tiempo nos lo prohíbe- se materializan dentro de la Universidad, utilizando para ello, si la distinguida audiencia me lo permite, algunos ejemplos de la Universidad de La Sabana.

1. El Acceso a la Educación Superior

La Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha establecido que la “educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”⁷.

⁷ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 21º Período de Sesiones, *Observación General 13 El derecho a la educación*, U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (8 de diciembre de 1999), par. 1

Entendiendo así el derecho a la educación, los Estados han acordado en instrumentos fundantes como los son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a nivel regional, el Protocolo de San Salvador (artículo 13 de ambos instrumentos), que “la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”⁸.

La Universidad pública en nuestros países, es de excelente calidad, Colombia no es la excepción; sin embargo las restricciones económicas que conllevan limitaciones de cupos, obligan a que todos los semestres muy buenos estudiantes se queden sin poder llegar a ella, no cumpliendo así con el compromiso de permitir el acceso a la educación superior de calidad.

Conscientes de esto, como un ejercicio de responsabilidad social institucional y teniendo en cuenta que la Universidad Privada debe colaborar con la realización de los fines en materia de acceso a la educación superior, la Universidad lanzó el programa de Becas Sabana Solidaridad: Acuerdo Interinstitucional entre La Universidad de La Sabana y La Universidad Nacional de Colombia, en donde se otorga desde primer semestre una beca del 50% (estratos 1 y 2), del 40% (estratos 3) y del 35% (estratos 4, únicamente 1er semestre) a los estudiantes relacionados por la Universidad Nacional, que hayan ocupado los puestos siguientes en el examen de admisión a aquellos que fueron admitidos. El remanente del valor de la matrícula es cubierto a través de un préstamo con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios en el Exterior (ICETEX)⁹.

El resultado de este programa ha sido una comunidad académica más heterogénea, más tolerante y más exigente.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13, numeral 2, literal c), disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> (consultado hasta el 16 de octubre de 2012); y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, artículo 13, numeral 2, literal c), en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano, San José de Costa Rica, 2012, p. 79.

⁹ Universidad de La Sabana, véase: <http://www.unisabana.edu.co/unidades/becas/modalidades-de-becas-pregrado/> (consultado el 16 de octubre de 2012).

2. La Inclusión como un mecanismo de lucha contra la discriminación

En esta parte de la presentación quisiera llamar la atención sobre el reto que representa para las Universidades en nuestros días, la inclusión de dos grupos vulnerables en particular, sin perjuicio de la existencia de otros grupos que también merezcan especial protección: las comunidades indígenas y las personas que cuentan con alguna limitación física, mal llamados discapacitados pues lejos de serlo, el que realmente resulta no estar capacitado es el entorno físico y social en donde ellos deben ejercer libre y plenamente sus derechos.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, establece la obligación para los Estados parte de asegurar “que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad”¹⁰.

En este sentido, la responsabilidad de las instituciones públicas y privadas de Educación Superior es muy amplia, pues no sólo debemos garantizar un entorno físico seguro y accesible para los estudiantes con limitaciones, sino que además debemos romper la barrera cultural que las mismas suponen.

En nuestra Universidad, ha dado muy buenos resultados el acompañamiento personalizado a través de la Asesoría Académica que se le otorga a cada uno de estos estudiantes, por parte de un profesional en la carrera que el estudiante cursa¹¹. Pero somos conscientes que todavía

¹⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 24, numeral 5. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Documents/disabilities-convention.htm> (consultado hasta el 16 de octubre de 2012).

¹¹ La Asesoría Académica Personalizada (AAP) es definida en la Universidad de La Sabana, como una estrategia formativa que permite adecuar la tarea educativa de la Universidad a las características personales de cada uno de los estudiantes en sus diferentes dimensiones y manifestaciones. La asesoría responde a los objetivos de toda la Universidad, reconociendo a ésta como un lugar de encuentro entre profesores y estudiantes, en donde se aspira a la formación integral de los estudiantes, de modo que no sólo se capaciten profesionalmente, sino que adquieran las cualidades personales y la preparación necesaria para ser seres humanos responsables, con un alto sentido ético de la vida y de su trabajo, ver: Universidad de La Sabana, Dirección General de Estudiantes, *Guía del Asesor Académico*, Bogotá, Kimpres, 2012.

falta un largo camino por recorrer, en especial, frente a la formación de los profesores de la Universidad en metodologías apropiadas para este grupo de la población.

Resulta muy útil el trabajo realizado por la Red de Defensores, Procuradores y Titulares de Organismos de Defensa de los Derechos Universitarios - REDDU, en el desarrollo de la II Reunión Binacional México – España, que en 2008 concluyó con la “Declaración de Yucatán sobre derechos de las personas con discapacidad en las universidades”¹².

El siguiente grupo vulnerable que quisiera analizar en este recorrido por los derechos humanos en las universidades, son los grupos indígenas, definidos según el artículo I del Convenio N° 169 y la interpretación de la OIT, como aquellos que cumplan con las siguientes características:

- Continuidad histórica, es decir, que se trate de sociedades anteriores a la conquista o la colonización.
- Conexión territorial (los ancestros habitaban el país o la región).
- Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias).
- Conciencia de su identidad indígena (artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT).¹³

Al poseer particularidades propias de su cultura, los estudiantes miembros de comunidades indígenas deben contar con un especial acompañamiento. Un ejemplo de esto en la Universidad es el requisito del dominio del inglés que deben demostrar todos los estudiantes para poder graduarse. En el caso de los estudiantes indígenas este requisito ha sido homologado por el dominio del castellano, pues éste es considerado para ellos su segunda lengua.

El otro aspecto que requiere una especial atención es el concepto diferenciado que puede tener el ejercicio profesional para los miembros

¹² Ver: *Declaración de Yucatán sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Universidades*, 2 de julio de 2008. Se encuentra disponible en la liga: http://www.ddu.unam.mx/DDU/Documentos/DECLARACION_YUCATAN.pdf (consultada hasta el 16 de octubre de 2012).

¹³ Fundación para el Debido Proceso (DPLF) – Oxfam, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Lima, 2011, pp. 14 y 15.

de esas comunidades. Ese fue el caso de Dwrya, una estudiante indígena proveniente de la Sierra Nevada de Santa Marta, al norte de Colombia. Ella inició estudiando medicina, pero desde los primeros semestres tuvo malos resultados académicos a pesar de ser una alumna muy dedicada. A través de la Asesoría Académica Personalizada, la Dirección General de Estudiantes logró identificar que el problema de Dwrya era que entendía ‘sanar o curar’ de una forma muy distinta a nuestra Facultad de Medicina; para Dwrya, sanar era hablar con los pacientes, hacerlos felices, oírlos, acompañarlos. Por eso se exploró con ella la posibilidad de un cambio de carrera a Psicología y ahora es una de las mejores estudiantes de esa Facultad.

A manera de conclusión, podemos decir que el reto que significa la inclusión en nuestra comunidad académica de indígenas o personas con alguna limitación física, ampliamente se justifica con el aporte que esas personas hacen a la sociedad y el valor institucional que significa el contar con ellos dentro de la Universidad.

Un reto muy particular en materia de inclusión, es el que tienen las universidades colombianas frente a las personas que se desmovilizan de los grupos armados inmersos en el conflicto, como consecuencia de un proceso de justicia transicional, ya que se trata de un grupo de personas que buscarán distintas formas para reinsertarse a la vida civil y que sin lugar a dudas encontrarán en la Educación Superior una alternativa viable y efectiva.

3. Derecho a condiciones de vida digna que incluyan una alimentación adecuada

A través de un estudio realizado por la Dirección General de Estudiantes, utilizando reportes dados por los asesores académicos y tendiendo un gran cuidado de no vulnerar el derecho a la intimidad de nuestros estudiantes, se logró establecer que algunos de ellos no tienen los recursos suficientes para tomar una comida nutritiva durante las horas que permanecían en la Universidad, que en muchos casos podían llegar a ser jornadas de hasta 10 horas.

Fue así como, en un ejercicio de responsabilidad social y solidaridad con esos miembros de nuestra comunidad, los empleados de la Universidad voluntariamente han decidido donar una pequeña parte de su salario, para

que estos recursos vayan a un fondo común que los redistribuye en bonos alimenticios para esos estudiantes. El programa es coordinado por la oficina de Bienestar Universitario y es llamado “Alimentando un sueño”.

Igualmente, esa misma oficina coordina el Programa Aprendamos a Trabajar (PAT), que busca que los estudiantes trabajen unas pocas horas dentro de la Universidad y reciban una remuneración justa que les permitirá cubrir algunos de sus gastos básicos como transporte o actividades de esparcimiento.

4. El debido proceso en el marco de las sanciones disciplinarias

Es tal vez el derecho humano y universitario más sensible. Se trata del régimen disciplinario de los estudiantes, bajo el cual pueden ser sometidos a sanciones que incluso, como bien lo decía el anterior Rector de la Universidad y actual Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Dr. Álvaro Mendoza, suelen ser igual o más drásticas que las sanciones penales, pues pueden llegar a modificar por completo el plan de vida de un estudiante, teniendo así consecuencias permanentes.

Es precisamente por esa particular sensibilidad que el proceso disciplinario de los estudiantes debe respetar el principio de legalidad y brindar las mayores garantías posibles. En el caso de la Universidad de La Sabana, el Estudiante al ser acusado de haber cometido una falta leve o grave tipificada así en el Reglamento de Estudiantes, es llamado a rendir descargos orales ante el Director de Estudiantes y el Secretario Académico y Administrativo de la Facultad; después de eso, tiene un plazo de tres días para ampliar sus descargos de forma escrita; se lleva el caso a la Comisión de Facultad (Órgano colegiado administrativo y permanente de la Facultad) quien lo somete al Consejo de Facultad (*su máximo órgano*) en el que tiene asiento el Representante de los estudiantes. Una vez impone la sanción el Consejo de Facultad, el estudiante podrá solicitar los recursos de reposición y apelación. La apelación se surte ante la Comisión de Apelaciones del Consejo Superior (máximo órgano de la Universidad) en la que también tiene asiento el Representante de los estudiantes de la Universidad. Finalmente, esa sanción queda en firme y hace tránsito a cosa juzgada a nivel institucional.

Pero si aún después de ese procedimiento el estudiante considera que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran en

peligro de vulneración, el estudiante podrá interponer una acción judicial de tutela o amparo en contra de la Universidad, sin importar si se trata de una entidad pública o privada.

Resulta evidente después del análisis realizado en esos cuatro casos concretos, que los derechos humanos, no sólo se encuentran materializados en el quehacer universitario, sino que además la Universidad puede y debe convertirse en un mecanismo para la protección y garantía de los mismos.

De ese papel trascendental que juega para los derechos humanos las entidades de educación superior, se deriva una responsabilidad especial frente a la cual deben demostrar una actuación diligente, a través de la creación de programas y procesos en *pro* de los derechos de los miembros de su Comunidad. Las Defensorías Universitarias son sin lugar a dudas, el escenario propicio en el que tales iniciativas deben surgir, convirtiéndose entonces en organismos promotores de los derechos humanos, y al mismo tiempo, en instancias internas para la prevención y solución de conflictos.

IV. EL RECONOCIMIENTO DE DOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSITARIOS PARTICULARMENTE IMPORTANTES EN LA ACTUALIDAD: LA VERDAD Y LA EXIGENCIA

Cuando hablamos de la relación entre los derechos humanos y los derechos universitarios, una pregunta ineludible es si pueden existir, bajo la figura de estos últimos, derechos humanos particulares de los entornos universitarios y de los actores propios de los mismos. Mi respuesta a esa pregunta es que sí pueden existir derechos humanos particulares a los universitarios, de forma tradicional la autonomía universitaria y la libertad de cátedra son ejemplos de ello. Los derechos universitarios pueden ser una especie de *lex specialis* de los derechos humanos.

En ese sentido y teniendo en cuenta que no existe un decálogo explícito de derechos universitarios, en este capítulo se plantea el reconocimiento de la verdad y la exigencia, como dos derechos materializables en el entorno de la educación superior, y que toman real vigencia e importancia en nuestros días.

1. El derecho universitario a buscar, descubrir, comunicar y conservar la verdad

El Doctor José Benjamín Rodríguez-Iturbe, ilustrando una dramática y oscura realidad sobre el pensamiento universitario sostiene que:

“El pensamiento moderno se caracterizó por el relativismo y el subjetivismo; y las notas diferenciales del pensamiento postmoderno vienen dadas por el escepticismo y el nihilismo. El escepticismo, como negación radical de la existencia de la verdad y de la posibilidad de conocerla. El nihilismo como expresión de la ignorancia de la realidad y de la ausencia de telos, de fin, de meta, como postulación banalizante de un radical vacío existencial. Si todos son constructos, es muy posible que los conceptos resulten reducidos a flatus vocis (una palabra lanzada al viento carente de sentido), y que no haya verdad que conocer porque la realidad misma se ha evaporado ante la pérdida de la dignidad del pensamiento.”¹⁴

En contraste, don Leoncio Lara Sáenz, haciendo referencia a Braulio Ramírez Reynoso en el libro que ha todos nosotros ha sido entregado: *XXV años de Derechos Humanos y Universitarios en la UNAM*, sostiene de manera contundente que: “(e)n el mundo de la academia no puede concebirse ninguna actividad que no sea la búsqueda de la verdad sin coacción, ajena a la política y que permita que la manifestación de las ideas no sea objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, siempre y cuando no ataque la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público.”¹⁵ Aspectos finales que son producto del mismo desarrollo constitucional mexicano, tanto como del colombiano.

En su discurso del 19 de agosto de 2011 ante rectores y profesores universitarios, Joseph Ratzinger, conocido como Benedicto XVI, planteaba como “(h)ay que considerar que la verdad misma siempre va a estar más allá de nuestro alcance. Podemos buscarla y acercarnos a ella, pero no podemos poseerla del todo: más bien, es ella la que nos posee a nosotros y la que nos motiva.”¹⁶ El ejercicio de nuestra actividad académica, debe ser un ejercicio humilde, libre de la vanidad y del ego que nubla nuestra capacidad de acceder a la verdad. Pensar en la Universidad sin tener en cuenta a la verdad, sería relativizar el accionar universitario, reducirlo a la formación técnica y dejar

¹⁴ Rodríguez-Iturbe, José, *Comentario a las palabras del Santo Padre Benedicto XVI a los Jóvenes Profesores Universitarios*, Bogotá, 12 de noviembre de 2011.

¹⁵ Universidad Nacional Autónoma de México, *XXV años de derechos humanos y universitarios en la UNAM*, México, UNAM-Defensoría de los Derechos Universitarios-Coordinación de Difusión Cultural, Dirección General de Publicaciones y Fomento, 2011, p. 14.

¹⁶ S.S. Benedicto XVI, *Encuentro con los Jóvenes Profesores Universitarios. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI*, Basílica de San Lorenzo de El Escorial, España, el 19 de agosto de 2011. Disponible en: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/august/documents/hf_ben-xvi_spe_20110819_docenti-el-escorial_sp.html (consultada el 16 de octubre de 2012).

sin fundamento derechos humanos y universitarios tan básicos como la autonomía universitaria, cuyo fin último es dotar de libertad suficiente a las Universidades para poder perseguir ese loable bien humano: la verdad.

Una búsqueda de la verdad que ha sido y debe ser siempre en la Universidad *la verdad propia de la persona humana*¹⁷, una verdad humanista, a la que el hombre llega a través de su razón y su voluntad, su inteligencia y su libertad. No podemos entender la universidad como una verdadera comunidad de personas y comunidad de saberes, si esas no son “personas abiertas a la verdad total en sus diferentes ramas del saber, sabiendo escuchar y viviendo en su propio interior ese diálogo interdisciplinar; personas convencidas, sobre todo, de la capacidad humana de avanzar en el camino hacia la verdad”¹⁸.

Por ser un elemento fundamental en la idea de universidad entendida como una actividad humanista, centrada en la persona y por supuesto en sus derechos, es que pongo a consideración de ustedes que la búsqueda, descubrimiento, comunicación y conservación de la verdad, deba ser considerada como un derecho universitario.

2. El derecho universitario a la exigencia

El siguiente derecho que considero debe ser tenido en cuenta como un derecho universitario es el de la exigencia académica, para todos los miembros de la comunidad universitaria, principalmente profesores y estudiantes. La alta calidad universitaria sólo puede ser lograda si los que participamos en esa comunidad estamos encaminados hacia nuestro perfeccionamiento, en la medida de nuestras posibilidades y limitaciones.

La exigencia académica es un deber y un derecho de los estudiantes hacia los profesores y de los profesores hacia sus alumnos, pues como decía el primer rector de mi Universidad, “a la excelencia sólo podemos llegar a través de la exigencia”, frase que complemento con la referencia constante que hace el Doctor Álvaro Mendoza a un académico Brasileño que sostenía en una conferencia, que la exigencia es un ejercicio de la caridad humana,

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ *Ídem.*

caridad entendida como el afecto que se tiene por lo que hacemos y por quienes formamos.

La exigencia académica debe estar presente en todo lo que hacemos, enseñamos y aprendemos, pues de ella depende que alcancemos el máximo de nuestras potencialidades. Una exigencia que debe ser respetuosa, amable y diferenciada: al que puede dar 100 resulta imperdonable pedirle menos de 110 y al que pueda dar 50, debemos pedirle 60.

Esa excelencia académica a la que pretendemos llegar por la exigencia, es una excelencia que conllevará un liderazgo social, el cual responsablemente ejercitado debe ser puesto al servicio de la sociedad. Es vaga esa excelencia y el liderazgo desprendido de ella, si no tiene un sentido solidario.

El ser humano deber tener la posibilidad de buscar su desarrollo perfecto, que consiste, principalmente en la búsqueda de su bondad moral mediante el recto uso de su libertad. Por esta razón pongo a consideración ante ustedes que la exigencia, como camino hacia el perfeccionamiento humano, deba ser considerado un deber y un derecho humano que encuentra en las Universidades su centro de materialización, un derecho verdaderamente universitario.

Termino mi intervención con una frase que encontré en un edificio público en la Ciudad de México y que me llamó la atención por su claridad y contundencia: “La democracia es el destino de la humanidad futura; la libertad, su indestructible arma; la perfección posible, el fin a donde se dirige.” Benito Juárez.

Muchas gracias.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Justo S. (ed), “Las Siete Partidas”, *Revista Literaria Katharsis*, 2008, disponible en: http://revistakatharsis.org/AlfonsoX_7partidas.pdf (consultado hasta el 16 de octubre 2012).
- S.S. BENEDICTO XVI, *Encuentro con los Jóvenes Profesores Universitarios. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI, Basílica de San Lorenzo de El Escorial, España, 19 de agosto de 2011*. Disponible en: <http://www.vatican>.

val/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/august/documents/hf_ben-xvi_spe_20110819_docenti-el-escorial_sp.html (consultada hasta el 16 de octubre de 2012).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 21o Período de Sesiones, *Observación General 13. El derecho a la educación*, U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (8 de diciembre de 1999).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, 2012.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO (DPLF) – OXFAM, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Lima, 2011.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> (consultado hasta el 16 de octubre de 2012).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 24, numeral 5, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Documents/disabilities-convention.htm> (consultado hasta el 16 de octubre de 2012).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, página Web: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> (consultada hasta el 23 de julio de 2012).

RODRÍGUEZ-ITURBE, José, *Comentario a las palabras del Santo Padre Benedicto XVI a los Jóvenes Profesores Universitarios*, Bogotá, 12 de noviembre de 2011.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA, Dirección General de Estudiantes, *Guía del Asesor Académico*, Kimpres, Bogotá, 2012.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA, *Proyecto Educativo Institucional (PEI)*, disponible en: http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Documentos/Planeacion/documentos_institucionales/2._Proyecto_Educativo_Institucional_-PEI.pdf (consultada hasta el 16 de octubre de 2012).

UNIVERSIDAD DE LA SABANA, Modalidades de becas de pregrado, disponible en: <http://www.unisabana.edu.co/unidades/becas/modalidades-de-becas-pregrado/> (consultada hasta el 16 de octubre de 2012)

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Declaración de Yucatán sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Universidades*, 2 de julio de 2008. Disponible en: http://www.ddu.unam.mx/DDU/Documentos/DECLARACION_YUCATAN.pdf (consultada hasta el 16 de octubre de 2012).

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *XXV años de derechos humanos y universitarios en la UNAM*, México, UNAM, Coordinación de Difusión Cultural, Dirección General de Publicaciones y Fomento, 2011.

Defensorías y derechos humanos en las universidades y los colegios canadienses

*Martine CONWAY**

SUMARIO: I. Introducción. II. El ámbito legal. III. Oficios de ombudsman y oficios de protección de los derechos humanos. IV. Las defensorías (ombudsman) en las universidades y los colegios canadienses. V. El ejemplo de la Universidad de Victoria (UVic). VI. Tipos de problemas de derechos y de derechos humanos. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, doy las gracias al Doctor Jorge Carmona Tinoco y al Maestro José Dolores Alanís por su invitación. Es un honor participar en este seminario internacional en homenaje al Doctor Jorge Carpizo MacGregor, y tener la oportunidad de hablarles de las defensorías y los derechos humanos en las universidades y los colegios canadienses. Les traigo saludos de la presidenta de nuestra organización, la Maestra Kristen Robillard, y de mis colegas en Canadá que les están deseando una conferencia muy exitosa.

Para introducir el tema, empiezo con el plan estratégico de la universidad donde trabajo, la Universidad de Victoria (UVic) en la provincia de British Columbia, Canadá. El plan identifica los valores fundamentales siguientes: integridad intelectual y ética, libertad de expresión y de cátedra, igualdad y dignidad de todas las personas.¹ Los dos primeros objetivos del plan son:

* *Ombudsperson* de la Universidad de Victoria, Columbia Británica, Canadá.

¹ Planning and Priorities Committee, *A Vision for the Future – Building on Excellence: A Strategic Plan for the University of Victoria*, University of Victoria, Canadá, Victoria, febrero de 2012, <http://www.uvic.ca/strategicplan/assets/docs/strategicplan.pdf>

- Ser una comunidad diversa y acogedora, con un compromiso para la equidad (*equity*) y la justicia (*fairness*).
- Reclutar y retener activamente a estudiantes excelentes de diversos orígenes y diversas circunstancias, y eliminar las barreras que no sean relacionadas al potencial académico o creativo.²

Ésos, son objetivos, son aspiraciones, pero ¿cuál es la realidad? En la práctica, hay obstáculos y barreras estructurales. Por ejemplo, hay barreras financieras que influyen en la posibilidad de asistir a la universidad o de terminar un programa, y otras barreras sistémicas, por ejemplo, faltas de inclusión o barreras culturales en la manera de presentar el contenido de un curso o de evaluar a los estudiantes. Por eso, es importante entender cuáles son las leyes y las regulaciones, las prácticas y los mecanismos defensores que ayudan a las instituciones a mejorar la situación.

II. EL ÁMBITO LEGAL

Canadá es un país de estructura federal con diez provincias y tres territorios. Su constitución de 1982 incluye una carta de derechos y libertades; tiene un sistema de derecho común, con excepción de la provincia de Quebec, que tiene un código civil. En Canadá, la educación es una responsabilidad provincial, y cada provincia tiene también leyes y tribunales de derechos humanos.

El concepto de fairness: se usan principios de derecho administrativo con estándares sustantivos (la decisión es correcta en ley, la decisión es razonable) y estándares procesales (oportunidad para responder a una alegación, imparcialidad de la persona quien toma la decisión). El *ombudsman* de la provincia de Saskatchewan se basa en esos principios, pero les da una aplicación más amplia cuando define el concepto de “*fairness*” (justicia/equidad administrativa) en tres dimensiones: procesal, relacional y sustantiva.³ En este contexto, la manera de tratar a la gente es importante. Otras defensorías provinciales y defensorías de las universidades y colegios también usan definiciones similares.

² *Ídem.*

³ Ombudsman de Saskatchewan, *What is fairness?* 2012. Disponible en: <http://www.ombudsman.sk.ca/uploads/document/files/what-is-fairness-feb-2012-en.pdf>

Los derechos humanos: las universidades y los colegios deben respetar las leyes provinciales de derechos humanos. Por ejemplo, el Código de Derechos Humanos de la Columbia Británica tiene clausuras prohibiendo la discriminación basada en lo siguiente: raza, color de la piel, linaje (ascendencia), lugar de origen, opinión política, religión, familia, estado civil, discapacidad física, discapacidad mental, sexo, orientación sexual, edad, condena penal (no relacionada con el empleo), fuente legal de ingresos.⁴ En la provincia de Quebec, la ley sobre los derechos humanos prohíbe también el acoso psicológico, incluso el *bullying* o *mobbing*; mientras en otras provincias, la protección contra el acoso psicológico o el *bullying* se encuentra generalmente en otras leyes, como las leyes laborales, y en los convenios colectivos.

III. OFICIOS DE OMBUDSMAN Y OFICIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este ámbito, dos tipos de organismos de protección se desarrollaron al nivel provincial: el *ombudsman* (que en Quebec se llama protector), y el tribunal de derechos humanos. El *ombudsman* defiende los derechos de equidad y justicia administrativa de las personas en relación con los servicios gubernamentales. El tribunal de derechos humanos protege las personas contra la discriminación o el acoso de parte de organismos públicos o privados, usando los criterios específicos establecidos en los códigos provinciales de derechos humanos. El *ombudsman* y el tribunal tienen jurisdicciones y mandatos distintos y complementarios, pero hay también situaciones en que una persona puede elegir si quiere recurrir al uno o al otro.

De la misma manera, en las universidades y los colegios de Canadá se desarrollaron dos tipos de oficios. Desde el año 1965, se crearon oficios de *ombudsman* (defensorías) para ayudar al desarrollo de regulaciones y procesos justos. Un poco más tarde, se crearon también oficios especializados en la protección de los derechos humanos, empezando con oficios de protección contra el acoso sexual. Las instituciones deciden cual tipo de mecanismo quieren desarrollar, y algunas adoptan los dos tipos de oficios.

⁴ British Columbia, *Human Rights Code*, 1996. Disponible en: http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_96210_01#section1

IV. LAS DEFENSORÍAS (OMBUDSMAN) EN LAS UNIVERSIDADES Y LOS COLEGIOS CANADIENSES

En los años sesenta, el Canadá se interesaba en el concepto del ombudsman parlamentario venido de los países escandinavos y de Nueva Zelandia. Al mismo tiempo, los estudiantes se organizaban para defender a sus propios derechos. El primer *ombudsman* universitario fue creado en 1965 por los estudiantes de la *Simon Fraser University* (SFU), en la provincia de Columbia Británica.⁵ El primer *ombudsman* parlamentario fue creado en la provincia de Alberta en 1967.⁶

Algunas otras asociaciones de estudiantes siguieron el ejemplo de sus compañeros en la SFU, y pronto, las instituciones (universidades o colegios) también empezaron a crear puestos de *ombudsman*. La *Association of Canadian College and University Ombudsman* (ACCUO) fue creada en 1983, y cumplirá 30 años en 2013.⁷

Ahora, ACCUO agrupa a 33 oficinas de *ombudsman* en 25 universidades y 8 colegios. Un estudio realizado en 2010 por ACCUO mostró que el 56% de estas oficinas son financiadas por las instituciones (universidad o colegio), el 40% conjuntamente por los estudiantes y su institución, y el 4% exclusivamente por los estudiantes. El 56% de las oficinas protegen los derechos de todos (estudiantes, profesores y empleados), y el 44 % los derechos de los estudiantes únicamente.

En junio 2012, ACCUO adoptó estándares para el rol del *ombudsman* en colegios y universidades canadienses. El documento describe el *ombudsman* así:

“Con su enfoque en la justicia, la equidad y el respeto, el defensor ayuda al desarrollo de la capacidad de la institución para responsabilizarse y realizar sus declaraciones de valores y de misión. En su trabajo con individuos, el defensor facilita las resoluciones justas que generen confianza y fortalecen la relación entre la persona y la institución”.⁸

⁵ Mallin, L. (ed.), *The Peak*, Canadá, Columbia Británica, Universidad Simon Fraser, Campus de Burnaby, noviembre de 1965.

⁶ McKee, C. y Belson S., “The Ombudsman in Canadian Universities: and justice for all”, *Studies in Higher Education*, Reino Unido, Routledge, 15, 2, 1990.

⁷ ACCUO, Véase: http://www.uwo.ca/ombuds/accuo_aoucc/assoc.htm

⁸ ACCUO, *Standards of Practice*, 2012. Disponible en: http://www.uwo.ca/ombuds/accuo_aoucc/SopJune2012EF.pdf

Debido a las variaciones en el financiamiento de las oficinas de *ombudsman*, hay variaciones también en la manera de estructurarlas y en la manera en que los *ombudsman* practican el rol. Por ejemplo, unos presentan su informe al consejo de la universidad y otros al presidente. En este contexto, los estándares “sirven como una guía” para establecer oficinas de *ombudsman* “teniendo en cuenta los diferentes contextos institucionales.”⁹

El documento establece cuatro principios fundamentales: independencia, imparcialidad, confidencialidad y accesibilidad. Los defensores dan información y consejos, se involucran en resolución de conflictos o investigaciones, ofrecen recomendaciones y producen informes anuales.¹⁰

V. EL EJEMPLO DE LA UNIVERSIDAD DE VICTORIA (UVIC)

El día de hoy, la Universidad de Victoria tiene un defensor de derechos de los estudiantes (*ombudsman*), y un oficio de protección de los derechos humanos.

El *ombudsman* en la Universidad de Victoria fue creado en 1978 por los estudiantes y con la cooperación de la parcial de la universidad, con el fin de proteger los derechos de los estudiantes y resolver problemas entre los estudiantes y la universidad. Ahora, el *ombudsman* se financia con fondos que provienen conjuntamente de los estudiantes y de la universidad.¹¹

El *ombudsman* produce anualmente un informe público. Proporciona información y ayuda para resolver problemas y quejas de los estudiantes; puede ofrecer mediación o investigación; puede hacer recomendaciones para resolver asuntos individuales o problemas estructurales. Durante el año 2011, el *ombudsman* recibió 390 solicitudes y quejas, y proporcionó información en 129 ocasiones, brindó consejos/ayuda a 225 solicitantes), y realizó 36 intervenciones.¹² También, el informe ofrece recomendaciones para mejorar procesos al nivel sistémico.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ Office of the Ombudsperson, *1978-2008 Anniversary Report: Building a Culture of Fairness at the University of Victoria*, 2008. Disponible en: <http://uvss.uvic.ca/ombudsperson/reports/Special%20Anniversary%20Report%201978%20-%202008.pdf>

¹² Office of the Ombudsperson, *Annual Report*, abril de 2012. Disponible en: http://uvss.uvic.ca/ombudsperson/reports/2011_annual_report.pdf

Desde su creación en 1978, la defensoría de UVic ha hecho recomendaciones sobre asuntos procesales (por ejemplo, el proceso para apelar una decisión); asuntos de calidad de servicios (por ejemplo, servicios para estudiantes internacionales), y asuntos de derechos humanos (acoso sexual, discapacidad, salud mental).¹³

En los años 1980, el *ombudsman* fue parte de un comité para la creación de una Oficina para la Protección contra el Acoso Sexual.¹⁴ Después, esta oficina se transformó en una Oficina de Derechos Humanos (*Human Rights Office*). Su mandato se extiende sobre asuntos de los estudiantes y del personal académico y administrativo, mientras el mandato del *ombudsman* sigue centrándose en cuestiones estudiantiles.

Hoy, la Oficina de Derechos Humanos de UVic ofrece educación y consejos sobre los derechos humanos, y administra el reglamento para evitar y resolver problemas de acoso o discriminación. Usa los criterios establecidos en el código provincial, pero trata también de problemas de acoso psicológico. Asimismo, guía a la universidad para alcanzar mejores índices de participación y cumplir con objetivos de inclusión en los ámbitos laboral, académico y estudiantil.¹⁵

VI. TIPOS DE PROBLEMAS DE DERECHOS Y DE DERECHOS HUMANOS

En preparación para esta ponencia, pregunté a mis colegas por información sobre los problemas de derechos humanos en sus instituciones. En general, me dijeron que incluyen quejas sobre el acoso individual, la discriminación de personas con discapacidad, la discriminación por otras razones (raza, etnicidad, religión...) o el acoso sexual. Las universidades y los colegios tienen procesos para quejas oficiales y para investigaciones, pero la mayoría de la gente recurre a opciones de resolución informal con ayuda del *ombudsman* o del oficio de protección de los derechos humanos.

Las instituciones tienen responsabilidades para la inclusión y la participación de personas como mujeres, personas indígenas, minorías visibles, personas con discapacidad. Por ejemplo, debido a problemas

¹³ Office of the Ombudsperson, *1978-2008 Anniversary Report*, *op. cit.*, nota 11.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Equity and Human Rights*, UVic, disponible en: <http://web.uvic.ca/eqhr/>

históricos de falta de inclusión, muchos colegios y universidades siguen desarrollando programas para mejorar la participación y el éxito de personas indígenas.

Las defensorías (*ombudsman*) tratan también de otros tipos de problemas como asuntos de propiedad intelectual, de disciplina, de privacidad o de libertad de expresión. Además, tratan problemas administrativos o académicos no relacionados con los códigos de derechos humanos (por ejemplo, desacuerdo sobre una calificación en un curso, o queja sobre el cálculo de una cuota).

Les presento tres ejemplos de quejas estudiantiles con dimensión de derechos humanos. En el primer caso, un estudiante de postgrado se queja de acoso personal en su relación con su supervisor académico. Después de discusiones con el estudiante y el supervisor, el administrador del departamento ayuda al estudiante a cambiar de supervisor. En este caso, el problema es debido a un conflicto interpersonal entre el estudiante y el supervisor. Por eso, el cambio es una respuesta adecuada. Si la situación verdaderamente incluye problemas de acoso que se pueden repetir con otras personas, el administrador puede tomar otras medidas.

En el segundo caso, un estudiante se queja de discriminación (por ejemplo, religiosa) debido a la manera en que su profesor organiza la discusión de ciertos temas en clase. El estudiante se queja en particular de que los otros estudiantes expresan muchos estereotipos religiosos en las discusiones sin que el profesor los ayude a identificar y criticar estos estereotipos. Al darse cuenta del problema, el profesor cambia la manera de organizar las discusiones para incluir más reflexión crítica.

En el tercer ejemplo, un estudiante con discapacidad mental sufre de depresión y pide permiso para retirarse de sus cursos poco antes del final del semestre. Debido a que lo mismo se produjo el semestre anterior, inicialmente, el administrador no brinda el permiso. Luego de discusiones y con verificación de parte del médico, el estudiante recibe la autorización.

En todos estos casos, el rol del *ombudsman* depende de la situación particular y de lo que necesita el estudiante. A veces, el estudiante quiere hablar directamente con el profesor pero pide ayuda para prepararse antes de encontrar al profesor; por ejemplo, el estudiante que se quejaba de

estereotipos en su clase habló directamente con el profesor después de visitar al *ombudsman*.

En otros casos, el estudiante pide la ayuda directa del *ombudsman* para resolver el asunto. En ciertos casos, la discusión de una situación particular incluye también discusiones o recomendaciones para mejorar la situación general. Por ejemplo, el estudiante con depresión necesitaba identificar otros tipos de ayuda y opciones para tener éxito en sus clases. Este tipo de discusión ayuda al departamento a ofrecer mejores servicios y opciones para otros estudiantes con discapacidad.

Mis colegas estiman que los asuntos directamente relacionados con los códigos de derechos humanos representan entre el 5 % y el 20 % de las quejas o consultas en las defensorías. Entre estos, las quejas o consultas más numerosas tratan de discapacidad invisible o mental.

En mi oficina veo con frecuencia, situaciones relacionadas directamente o indirectamente con la inclusión de estudiantes con discapacidad en particular, discapacidad invisible o mental. Los informes anuales de la oficina del *ombudsman* han incluido recomendaciones para mejorar el entendimiento y la comunicación de los procesos relacionados con la inclusión de estos estudiantes.

Los estudiantes con discapacidad tienen derecho a la no discriminación y a “ajustes razonables”. Pero, de acuerdo con el modelo social de la discapacidad, el concepto de “diseño instructivo universal” es la mejor estrategia para borrar barreras. En la Universidad de Victoria, este tipo de trabajo se hace con la guía del *Learning and Teaching Centre*, y del *Resource Centre for Students with a Disability*.¹⁶

Así termina esta breve introducción al trabajo del *ombudsman* en las universidades y los colegios en Canadá, y su vinculación con asuntos de derechos humanos. Muchas gracias por su atención.

¹⁶ Dawson T. y Keenan L. (eds.), *Universal Instructional Design: Creating an Accessible Curriculum at the University of Victoria*, Canada, First Choice Books, 2009. Disponible en: http://www.ltc.uvic.ca/services/programs/publications/documents/___UVicUIDBook.pdf

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACCUO: http://www.uwo.ca/ombuds/accuo_aoucc/assoc.htm
- ACCUO, *Standards of Practice*, 2012, en la página: http://www.uwo.ca/ombuds/accuo_aoucc/SopJune2012EF.pdf
- BRITISH Columbia, *Human Rights Code*, 1996, consultado en: http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_96210_01#section1
- DAWSON T. y KEENAN L. (eds.), *Universal Instructional Design: Creating an Accessible Curriculum at the University of Victoria*, Canadá, First Choice Books, 2009. Disponible en: http://www.ltc.uvic.ca/servicesprograms/publications/documents/___UVicUIDBook.pdf
- MALLIN, L. (ed.), *The Peak*, Canadá, Columbia Británica, Universidad Simon Frasier, Campus de Burnaby, noviembre de 1965.
- MCKEE, C. y BELSON S., "The Ombudsman in Canadian Universities: and justice for all", *Studies in Higher Education*, Reino Unido, Routledge, 1990.
- OFFICE OF THE OMBUDSPERSON, *1978-2008 Anniversary Report: Building a Culture of Fairness at the University of Victoria*, 2008, su página web: <http://uvss.uvic.ca/ombudsperson/reports/Special%20Anniversary%20Report%201978%20-%202008.pdf>
- OFFICE OF THE OMBUDSPERSON, *Annual Report*, abril 2012, consultado en: http://uvss.uvic.ca/ombudsperson/reports/2011_annual_report.pdf
- OMBUDSMAN SASKATCHEWAN, *What is fairness?* 2012, página web: <http://www.ombudsman.sk.ca/uploads/document/files/what-is-fairness-feb-2012-en.pdf>
- PLANNING AND PRIORITIES COMMITTEE, *A Vision for the Future – Building on Excellence: A Strategic Plan for the University of Victoria*, Canadá, Universidad de Victoria, febrero de 2012. Disponible en: <http://www.uvic.ca/strategicplan/assets/docs/strategicplan.pdf>
- UNIVERSIDAD DE VICTORIA, *Equity and Human Rights*, UVic, página web: <http://web.uvic.ca/eqhrl>

Una aproximación a la institución del defensor universitario: el caso español

*Argimiro ROJO SALGADO**

SUMARIO: *I. Presentación. II. Una introducción general a la institución del ombudsman. III. La llegada (el retorno) de la institución a España: el Defensor del Pueblo. IV. El Defensor Universitario en España. V. Epílogo: La función de estudio e innovación de las Defensorías Universitarias. VI. Bibliografía.*

I. PRESENTACIÓN

El pasado mes de octubre (2012), y en el marco de la acogedora Universidad Autónoma del Estado de Morelos (Cuernavaca), me correspondió el honor de participar como ponente en el Seminario Internacional en Homenaje al Dr. Jorge Carpizo MacGregor, y cuyo tema era “La vinculación entre los Derechos Humanos y los Derechos Universitarios”¹. Pues bien, y dentro de la temática general abordada en el marco del Seminario, este trabajo constituye una breve y sumaria reflexión en torno a la figura del Defensor Universitario, con una referencia especial al caso español; una institución relativamente reciente pero que constituye ya un actor indispensable dentro del sistema institucional-organizativo de nuestras universidades.

* Defensor Universitario, Catedrático de Ciencia Política y Profesor Jean Monnet en la Universidad de Vigo (Galicia/España), Asociado Honorario de la REDDU.

¹ Quiero dejar constancia de mi sincero agradecimiento a mis colegas mexicanos, muy especialmente a los responsables directos del evento, por su cálida acogida, así como por sus atenciones y generosidad demostradas. Para todos ellos, también mi reconocimiento por su profesionalidad y buen hacer.

Tras evocar el origen de la institución, y después de analizar la introducción de la misma en el sistema jurídico-político de nuestro país, se pretende ofrecer una caracterización general del Defensor Universitario en España, a la vez que se formulan algunas propuestas encaminadas a mejorar y extraer todas las potencialidades inherentes a nuestras Defensorías.

II. UNA INTRODUCCIÓN GENERAL A LA INSTITUCIÓN DEL OMBUDSMAN

1. El origen de la institución

Como precedentes históricos de esta institución cabe referirse, en primer lugar, a la institución romana del Tribunado de la Plebe, y a quien se le encomendaba la protección de los habitantes de la ciudad —en especial de los de condición más humilde— frente a los desmanes y abusos de los gobernantes y también de los ciudadanos más poderosos; a fin de cumplir mejor con su función, a los tribunos —entre los que cabe destacar a los hermanos Graco (Tiberio y Cayo)— se les dotaba de algunas facultades que tanto van a caracterizar posteriormente a la institución, como la inviolabilidad, la actividad fiscalizadora y de control de las magistraturas, la *intercessio*, el *auxilium* y la *coertio* o represión penal (Viñas Otero, 2010)².

En el caso de España, esta institución también cuenta con algún antecedente, como es el caso del *Sahib-al-Mazalim* o del Justicia Mayor de Aragón; el *Sahib-al-Mazalim* o “juez de las injusticias”, que se corresponde con una de las etapas históricas de mayor esplendor de la España musulmana, era un funcionario dotado de facultades especiales y elegido por el Sultán para ocuparse de resolver las quejas motivadas por cuestiones de contrafuero o agravio, tanto de autoridades como de empleados públicos; el Justicia Mayor de Aragón representaba el máximo garante y juez supremo de la constitucionalidad foral aragonesa, con especial incidencia en la defensa de los derechos de la nobleza frente al poder real.

² En opinión de los expertos, la función del Tribuno no se limitaba a las ya mencionadas, sino que abarcaba otros aspectos sustantivos del sistema político-social, operando en muchos casos como “un potente órgano revolucionario”, “un instrumento de dirección y cambio”, “un poder arbitral que promueve la integración”, “un instrumento de acción que facilita y acelera la transformación normativa de la vida comunitaria”, “la máxima expresión del centro, el equilibrio, el diálogo y la reforma constante del orden constitucional”, Viñas Otero, Antonio, *Instituciones políticas y sociales de la Roma antigua*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 161-174.

Con posterioridad, concretamente en el año 1713, será el rey Carlos XII de Suecia el que instaure la oficina del Procurador Supremo (*Högste Ombudsmännen*), cuya tarea fundamental consistía en supervisar la actuación del conjunto de la administración estatal desde el punto de vista del cumplimiento de la legalidad. Un siglo más tarde, la Constitución de 1809 de ese mismo país crea la figura del *Justitieombudsman*³, independizándolo de la Corona y del Gobierno y convirtiéndolo en un delegado del parlamento encargado de vigilar el funcionamiento de la Administración y la observancia de la legalidad por parte de los servidores públicos.

La existencia de estos y otros precedentes demuestra que estamos ante una constante histórica y, por consiguiente, ante una necesidad detectada y reconocida a lo largo de los tiempos favorables a esta función singular de ayuda, mediación y control en el marco de la organización y funcionamiento de las sociedades humanas. Una constante histórica que nos evoca una especie de eterno retorno relativo a la exigencia de protegerse—en cualquier tiempo y lugar— contra los abusos del poder y la maldad.

Pues bien, contando con estos precedentes, especialmente el sueco, numerosos países van adoptando esta institución a lo largo principalmente del pasado siglo, siendo el propósito principal, y más allá del control y supervisión de las administraciones públicas, reforzar el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano. Así, y con posterioridad a Suecia, y tras haber permanecido prácticamente ignorada durante más de siglo y medio, la institución se extiende a otros países nórdicos, como Finlandia en 1919, Dinamarca en 1953 y Noruega en 1962; a partir de las últimas décadas, y coincidiendo en el tiempo con los distintos procesos y oleadas democráticas producidas en distintas regiones del mundo⁴, experimenta una extraordinaria difusión, circunstancia esta

³ La palabra sueca *ombud* se refiere a una persona que está habilitada para actuar como vocero o representante de otra. Por otra parte, el término *ombudsman*, que ha acabado por imponerse en muchas partes del mundo, suele traducirse por representante, tramitador, mediador o también defensor. Aun reconociendo que la expresión *ombudsman* sigue siendo utilizada mayoritariamente, conviene advertir, no obstante, que cada vez es más frecuente la expresión de *ombudsperson*, más acorde con criterios de no discriminación por razón de género.

⁴ Es de destacar, en este sentido, como los diversos procesos de transición a la democracia producidos —y por este orden— en Europa del Sur, Iberoamérica, Europa Central y del Este, los Balcanes, Asia y África, van acompañados, y casi siempre mediante la vía constitucional, de la instauración de la institución del *ombudsman*.

que ha llevado a algunos autores a hablar de un auténtico fenómeno de *ombudsmanía* a lo largo y ancho del Planeta.

Tanto en el continente europeo, donde ya se puede constatar una implantación generalizada, como en países situados en latitudes tan diferentes como Nueva Zelanda, Filipinas, Australia, México, Estados Unidos, Canadá, Tanzania, Sudáfrica o Israel, la institución constituye ya una realidad consolidada, habiéndose convertido ya en una garantía y expresión genuina de las libertades y en un signo de identidad de las nuevas democracias. En el caso de Iberoamérica, y teniendo en la institución del Defensor del Pueblo español una de sus principales inspiraciones y referencias, se han ido constituyendo las distintas Defensorías⁵ a lo largo principalmente de los años ochenta y noventa del pasado siglo –y coincidiendo con los procesos de democratización de dichos países–, siendo en la actualidad más de catorce países los que cuentan con esta institución a nivel estatal y, en algunos casos, también a nivel subestatal y sectorial (Escobar Roca, 2008).

Así, pues, y tras un vertiginoso ritmo de difusión, como si se tratara de una nueva moda o, quizás, de un verdadero signo y exigencia de los nuevos tiempos a los que han de enfrentarse unas sociedades cada vez más burocratizadas y expuestas a un número creciente de nuevas amenazas y agresiones, la institución está presente actualmente en numerosos países de todos los continentes, y abarcando tanto el ámbito estatal, como el subnacional y el local, y también el sectorial, como es el caso español. Todo ello nos permite disponer a día de hoy de una variada tipología de la institución.

2. *Tipologías y manifestaciones*

Una de las características de la institución en el momento actual hace referencia al hecho de extender su radio de acción a otros ámbitos distintos del estatal, al ir implantándose poco a poco otras instituciones análogas y homónimas que van a desarrollar sus funciones en otros escenarios territoriales o sectoriales, bien sea de ámbito subestatal y más cercanos al

⁵ El término Defensoría, como equivalente al *ombudsman* o Defensor del Pueblo, es de uso habitual en el ámbito latinoamericano.

ciudadano, bien sea de ámbito supraestatal como en el caso europeo. En cualquier caso, esta amplia variedad de modelos o tipologías de *ombudsmen* pone de manifiesto no sólo su prestigio sino también el proceso imparable de demanda y difusión del mismo en el seno de nuestras sociedades. En España encontramos todas las categorías y expresiones de esta institución, y todas ellas obedecen a un denominador común: reforzar el sistema de garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos.

En efecto, en muchos de los Estados compuestos, bien sea de estructura federal o regional, y caracterizados por la descentralización territorial del poder político, junto con los *ombudsmen* de ámbito federal o nacional, se han ido creando otros en el ámbito territorial de las entidades federadas (Estados federados o Regiones autónomas)⁶, los cuales han mantenido o reproducido en muchos casos un esquema similar a los nacionales en cuanto a su naturaleza, funcionamiento y funciones. También las Administraciones Locales, y ya sea a nivel municipal o provincial, han hecho uso de su potestad autoorganizativa creando órganos que atienden y tramitan quejas de los ciudadanos contra actuaciones administrativas; Jerusalén en 1967, fue la primera ciudad del mundo en hacerlo, y Zürich siguió su ejemplo en 1971. En la actualidad son muchas ciudades, entre ellas varias españolas, las que cuentan con esta figura.

En el ámbito supraestatal, y dentro de este proceso expansivo de implantación multinivel de la institución, nos encontramos con el Defensor del Pueblo Europeo, creado mediante el Tratado de Maastricht (1991), y cuya función principal es garantizar en el marco de la UE los derechos inherentes al propio concepto de ciudadanía europea (Carmona y Choussat, 2000), disponiendo a tales efectos de importantes poderes de investigación y de control que ejerce en estrecha colaboración con las autoridades comunitarias, nacionales y regionales. Esta colaboración del Defensor del Pueblo Europeo con sus homólogos de los Estados miembros se ha visto favorecida por la creación de la Red Europea de Defensores del Pueblo,

⁶ En casi todos los países con una organización territorial descentralizada, como es el caso de España, Estados Unidos Mexicanos o Canadá, por ejemplo, coexisten los *ombudsmen* nacionales y regionales, junto con los sectoriales; resulta llamativo el caso italiano donde la institución del *ombudsman*, que no existe a nivel estatal, se ha ido implantando progresivamente en la totalidad de las regiones bajo la denominación de *Difensore Civico*.

compuesta en la actualidad por más de 90 instituciones de 32 países⁷. Para el conjunto de Europa nos encontramos también con otra institución similar, como es el caso del Comisario para los Derechos Humanos, creado en 1999 por el Consejo de Europa, y que constituye una instancia no judicial a la que se le encomienda fomentar la educación, la sensibilización y el respeto en lo concerniente a los derechos humanos. En otras regiones del mundo, como es el caso de América Latina, también se han puesto en marcha iniciativas tendentes a crear un *ombudsman* de ámbito supranacional.

Dentro de esta tipología, y atendiendo a criterios de cercanía y especialización, hay que hacer referencia también a los *ombudsmen* llamados sectoriales o especializados, con naturaleza y atribuciones parecidas al *ombudsman* general aunque restringidas temáticamente a determinados colectivos de la población (menores, tercera edad, consumidores, militares, comunidad universitaria, etc.). Se trata de instituciones que se organizan sobre la base de un modelo similar al *ombudsman* clásico, cuyos titulares son nombrados en unos casos por el Parlamento y en otros por organismos o instituciones análogas (como el caso de los Claustros universitarios), y que se ocupan de ámbitos temáticos muy concretos que afectan a determinados colectivos de la sociedad⁸.

Este auge y proliferación de todo tipo de Defensorías por todo el mundo ha puesto en evidencia la necesidad de crear organizaciones internacionales capaces de agrupar a los distintos *ombudsmen* existentes, a fin de asegurar así su coordinación, intercambio de experiencias y conocimientos y reforzamiento general de la institución (Mora, 2003). El

⁷ Una de las principales finalidades de la Red consiste en facilitar una ágil y rápida transferencia e intercambio de información y consultas relacionadas con la legislación y buenas prácticas europeas, lo que se consigue a través de seminarios, un boletín de información semestral, un foro en Internet para el debate y la consulta de documentos -ahora sustituido por una nueva extranet-, así como un servicio diario de noticias en formato electrónico.

⁸ Algunos autores consideran que la excesiva proliferación de los Defensores, tanto desde el punto de vista sectorial como territorial, puede acabar afectando a la credibilidad y eficacia de la propia institución, "al generar un confusiónismo en la percepción del mismo y en la gestión de sus distintos ámbitos competenciales", González-Ares, José A., *El Valedor do Pobo. Del ombudsman sueco al comisionado parlamentario gallego*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 93. Dentro del respeto que se merecen opiniones de esta naturaleza, y estando en contra de cualquier exceso o frivolidad que ponga en peligro los rasgos definitorios de la institución, uno considera que esta proliferación y expansión imparable sólo prueban el éxito y razón de ser de esta longeva creación humana, a la que todos estamos obligados a prestigiar y consolidar a través de nuestras actuaciones.

primero de estos organismos en crearse fue el Instituto Internacional del Ombudsman (IOI), en 1978; tiene su secretaría permanente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alberta (Edmonton, Canadá) y agrupa a las oficinas de los *ombudsmen* de todo el mundo. En Europa se crea en 1988, el Instituto Europeo de los Defensores del Pueblo; tiene su sede permanente en la Universidad de Innsbruck (Austria), lugar donde fue creado, y agrupa a toda persona física o jurídica que se ocupe de cuestiones referidas a la institución del Defensor. También en Europa, y como se señalaba anteriormente, viene funcionando desde hace varios años la Red Europea de Defensores del Pueblo, que agrupa a los Defensores nacionales y regionales además del europeo, así como a organismos similares, tanto de los Estados miembros de la Unión como de los países candidatos a la adhesión y algunos otros pertenecientes al Espacio Económico Europeo. En el ámbito iberoamericano se creó en 1995 la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), la cual está integrada por los Defensores del Pueblo, tanto de ámbito nacional como regional-autonómico o provincial de los países de América Latina, España y Portugal; creada en Cartagena de Indias, su sede es rotativa, correspondiéndose con el lugar de residencia de quien ocupe la presidencia del Comité Directivo.

3. Naturaleza y funciones

La principal razón de ser del *ombudsman* radica en la necesidad de dotarse de nuevos instrumentos de control de la actividad administrativa, al constatar que los mecanismos y medios tradicionales eran insuficientes, sobre todo teniendo en cuenta las nuevas tareas y prestaciones que el Estado social ha encomendado a las Administraciones Públicas, a las que se les responsabiliza ahora del bienestar de los ciudadanos. Frente a un claro predominio y sobredimensionamiento de la administración, frente a esa enorme y compleja máquina burocrática, consecuencia de un espectacular incremento del intervencionismo estatal en múltiples y novedosos escenarios en los que pueden verse afectados los derechos y libertades de los ciudadanos, se hace más necesario que nunca dotarse de nuevas instituciones de garantía⁹.

⁹ Es preciso aclarar, y en este orden de cosas, que el *ombudsman* no constituye la única institución dentro del apartado de las calificadas como instituciones de garantía de nueva generación, ya que en el caso de España, por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional es incluido también dentro de esta categoría.

En efecto, la transición de un modelo de Estado gendarme, garante y abstencionista –inspirado en el ideario liberal del Estado mínimo– a otro modelo de Estado providencia, benefactor, proveedor y gestor ha supuesto, por una parte, la ampliación de los derechos fundamentales así como su efectiva realización por parte de los poderes públicos, tanto en el ámbito de los derechos individuales como de los derechos colectivos; pero, por otra parte, ha supuesto también un incremento de las zonas o escenarios de posible colisión y conflicto entre las administraciones y los administrados, lo que obliga a intensificar los controles de legalidad existentes; unos controles que, ante la intensificación de la presencia y acción administrativa en la vida de los ciudadanos, con el consiguiente incremento del tráfico jurídico-administrativo y de los conflictos de intereses entre las partes afectadas, resultaban a todas luces insuficientes (González-Ares, 2005).

No se trata, obviamente, de sustituir o suplantar las funciones desempeñadas por los órganos tradicionales de control (controles administrativos internos; controles externos, principalmente por parte del Parlamento o de órganos dependientes del mismo; y, finalmente, controles jurisdiccionales, tanto de los tribunales ordinarios como de los contencioso-administrativos); se trata únicamente de complementarlas o perfeccionarlas mediante la actuación de un órgano independiente e imparcial, ágil, de gestión rápida y flexible, cercano y accesible, gratuito, considerablemente antiformalista y desprovisto de procedimientos paralizantes. Un órgano capacitado para ocuparse de cualquier tipo de queja (desde la ilegalidad a la desidia o desconsideración) relacionada con la actuación de la administración y con la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos; un órgano que pueda apreciar la discrecionalidad y oportunidad y no esté limitado por el caso concreto, pudiendo en consecuencia ofrecer una mayor variedad de soluciones a las reclamaciones planteadas, extrayendo del caso suscitado conclusiones de general aplicación, aconsejando y recomendando mejoras en el funcionamiento de las administraciones y en sus relaciones con los administrados; un órgano, en fin, singular y diferente a los demás, que tiene un espacio propio de actuación y no supone en modo alguno una duplicidad innecesaria de estructuras.

De esta manera, y merced a esta nueva institución de garantía, allí donde no lleguen o sean insuficientes las defensas y amparos de tipo contencioso-administrativo o jurisdiccional, aparece la figura del *ombudsman*, subsanando las lagunas que inevitablemente puedan producirse en el marco de todo sistema

avanzado de Estado de Derecho. Así concebido, y en cuanto órgano de tutela del ciudadano que refuerza, complementa y mejora el funcionamiento de los demás órganos constitucionales de control, en cuanto órgano necesario para mantener la necesaria armonía entre prerrogativa y garantía, entre las necesidades de la Administración y los intereses de los administrados, el *ombudsman* contribuye a la realización plena y a ese deseable óptimo respecto de la vigencia del Estado de Derecho. Puede afirmarse, pues, que estamos ante una institución que representa la plenitud de las garantías instauradas para la defensa de los derechos fundamentales (La Pέργola, 1979).

En el desempeño de sus funciones, el *ombudsman* constituye un factor de confianza y cercanía, una instancia asequible e independiente, dispuesta a escuchar y ayudar a todos los ciudadanos, especialmente a los más débiles e indefensos. Una instancia que, a través de su fiabilidad y cercanía, contribuye a cambiar la actitud a menudo pasiva, temerosa y de desconfianza del ciudadano hacia los actores y asuntos públicos, estimulando y reforzando su responsabilidad y también su dignidad y autoestima. En cuanto magistratura de persuasión y de influencia basa su fortaleza y prestigio no tanto en el poder sino en la *auctoritas* romana, cuya principal característica era precisamente su absolutamente indiscutible neutralidad política y social.

A modo de resumen, podemos considerar al *ombudsman* como un órgano independiente, imparcial, objetivo y no partidista, comisionado en la mayoría de los casos por el Parlamento —en algunos casos por el Gobierno— para vigilar o investigar por cauces no jurisdiccionales el funcionamiento de la administración ante las quejas presentadas por los ciudadanos, pudiendo criticar y dar publicidad a las actuaciones administrativas lesivas de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. En relación con estas actuaciones de la administración, tanto el Parlamento como el Defensor del Pueblo Europeo han puesto últimamente especial interés en definir con claridad el concepto y alcance de “la mala administración”, y ante la posibilidad de admitir reclamaciones relativas a la misma. Según una propuesta del Defensor del Pueblo Europeo “se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe atenerse obligatoriamente”¹⁰. Ha de señalarse

¹⁰ Vid. *Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo* 2011, Luxemburgo, 2012, p. 14. Conviene recordar, a este respecto, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE consagra el derecho a una buena administración como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión (art. 41).

que la definición mencionada no limita la mala administración a los casos en los que la norma o principio vulnerado sean jurídicamente vinculantes, puesto que los principios de buena administración trascienden el ámbito estrictamente legal y exigen de las instituciones no sólo el cumplimiento de sus obligaciones legales, sino también que actúen con voluntad de servicio y velen por que los ciudadanos reciban un trato correcto y puedan ejercer plenamente sus derechos.

III. LA LLEGADA (EL RETORNO) DE LA INSTITUCIÓN A ESPAÑA: EL DEFENSOR DEL PUEBLO

De la misma manera que sucedió en otros países, España tampoco fue ajena a aquel fenómeno calificado de *ombudsmanía*, y que a partir principalmente de la década de los años sesenta del pasado siglo recorrió el mundo entero. En efecto, y coincidiendo en el tiempo con la implantación de la institución en países de su entorno (Francia, Italia o Portugal), la idea del *ombudsman* llega (o retorna, si tenemos en cuenta los antecedentes anteriormente reseñados) a España como una consecuencia más del cambio democrático¹¹, incorporándose a nuestro sistema político a través de la Constitución de 1978, y bajo la denominación de Defensor del Pueblo¹². La intención principal de los constituyentes españoles, y tal como se venía haciendo en otros países de su entorno, era completar el sistema de garantías tradicional y reforzar así la protección y amparo de los ciudadanos en el disfrute de sus derechos y libertades.

Estamos ante una institución novedosa o de nueva planta en el ordenamiento constitucional español –pero no en la historia de España–, siendo su fuente de inspiración el modelo de *ombudsman* escandinavo, y más

¹¹ Puede afirmarse que de la misma manera que sin democracia resulta impensable esta institución, también es verdad que sin esta institución del *ombudsman*, la calidad democrática resulta seriamente afectada, al privársele de un instrumento clave en cuanto valedor y garante del conjunto de derechos e intereses legítimos del ciudadano. En cierto modo, gracias a esta institución se consigue que el ciudadano sienta mucho más cercanos y tangibles los elementos y aportaciones positivas que se desprenden del régimen y de la cultura democrática.

¹² La denominación de “Defensor del Pueblo” –cuya autoría se atribuye a Manuel Fraga (uno de los padres de la constitución)–, y en comparación con otras (el *Ombudsman* sueco, noruego o danés, el *Médiateur* francés, el *Provedor de Justiça* portugués, el *Parliamentary Commissioner* británico, el *Volksanwaltschaft* austriaco o el *Difensore Civico* italiano, existente sólo a nivel regional), probablemente resulte de las más eufónicas, impactantes y atrayentes para el ciudadano, especialmente cuando éste tiene esa percepción de desvalimiento y desamparo frente a la todopoderosa Administración.

concretamente el sueco. Según el artículo 54 de la Constitución, se trata de un órgano unipersonal, elegido por las Cortes Generales, y cuya función es supervisar –en calidad de alto comisionado de las mismas– la actuación de la Administración; en este sentido, puede considerarse un órgano de relevancia constitucional, auxiliar o colaborador del Parlamento y dotado de plena independencia funcional para la realización de sus funciones, no pudiendo recibir instrucciones ni estar sometido a mandato imperativo alguno respecto de autoridad de ningún tipo.

Su función consiste esencialmente en defender los derechos fundamentales, para lo cual tiene atribuida la facultad de supervisar y controlar la actividad de la Administración o, mejor dicho, de las Administraciones, en toda su extensión, tanto la central como la regional, local, institucional o corporativa. Ninguna administración, ningún funcionario, autoridad o persona que actúe al servicio de la Administración está exenta del control del Defensor¹³, cuya función supervisora se extiende a toda la actividad administrativa (resoluciones, normas, actos, o cualquier manifestación de la llamada “mala administración” como retrasos, obstrucción, desconsideraciones, negligencias, etc.). Como consecuencia de esa función nuclear de defensa de los derechos fundamentales, al Defensor del Pueblo se le atribuye también la facultad de interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo, lo que le convierte en un órgano impulsor de la justicia constitucional y garante de intereses objetivos y subjetivos, públicos y privados.

Con el objeto de que pueda desempeñar sus funciones con plenas garantías e independencia respecto de cualquier intromisión, el Defensor, además de estar sujeto a un régimen de incompatibilidades, está dotado de una serie de prerrogativas análogas a las de los parlamentarios. Así, y por una parte, se establece que no estará sometido a mandato imperativo alguno, que desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio, y que no podrá recibir instrucciones de ninguna autoridad; y por otra parte, se le reconocen las prerrogativas de inviolabilidad (respecto de las opiniones o actos que realice en el ejercicio de su cargo) e inmunidad. Además, y a fin de

¹³ Las únicas limitaciones son aquellos asuntos que o están pendientes de actuaciones judiciales, o han sido ya juzgados (en este sentido, el Defensor no puede interferir en la potestad jurisdiccional, pero sí puede y debe intervenir en el funcionamiento material de la misma) o afectan directamente a la Defensa nacional.

poder investigar y esclarecer los hechos objeto de la queja o reclamación, el Defensor cuenta con una serie de garantías, y en tal sentido todos los poderes públicos están obligados a colaborar facilitando el acceso a los documentos, no permitiéndose actitudes hostiles, obstruccionistas y entorpecedoras, lo que sería considerado como un delito de desobediencia y sería motivo de denuncia pública en los informes anuales.

Una vez finalizada la investigación, el Defensor se dirigirá a las partes dando cuenta de los resultados de la misma, proponiendo en unos casos recomendaciones (se expone ante el órgano afectado una pretensión que se quiere ver satisfecha), en otros casos recordatorios (respecto de los deberes y obligaciones a los que están sometidos los servidores públicos, aspecto este que tiene cierto matiz recriminatorio), en otros advertencias (hace referencia a la existencia de situaciones o prácticas que deben ser corregidas, conllevando cierto carácter coercitivo) o también sugerencias (cuando no existiendo actuación irregular por parte de la administración se le insta a que mejore o cambie ciertos aspectos de la misma). Autoridades y servidores públicos están obligados a responder, explicando o justificando sus actuaciones, o comprometiéndose a acatar la propuesta del Defensor.

Ha de quedar bien claro que el Defensor del Pueblo carece de facultades ejecutivas y jurisdiccionales, por lo que sus resoluciones no tienen fuerza coercitiva sobre la Administración afectada, no pudiendo por ello imponer ningún tipo de sanción; ello corresponde a los tribunales o superiores jerárquicos del funcionario. En todo caso, y a falta de poderes coactivos, la publicidad y difusión de los informes (tanto ordinarios o anuales como extraordinarios ante el Parlamento) a la opinión pública constituye un importante recurso y poder de disuasión a disposición del Defensor.

IV. EL DEFENSOR UNIVERSITARIO EN ESPAÑA

En España, al igual que en otros países, y con la finalidad principal de extraer al máximo todas las potencialidades garantistas inherentes a esta institución, poco a poco se van creando otros *ombudsmen* de ámbito y competencia tanto autonómica-regional como local y sectorial. Se consigue así reforzar —y por la vía de la proximidad y la especialización— los mecanismos de defensa y protección respecto a la vigencia del Estado de Derecho consagrado en el ordenamiento constitucional.

En este contexto, y al amparo de la autonomía universitaria consagrada en la Ley de Reforma Universitaria (LRU) de 1983, aparece la figura del Defensor Universitario, regulada en los respectivos Estatutos; y es a lo largo de 1985 cuando van apareciendo las primeras Defensorías. La primera en hacerlo es la Universidad Complutense de Madrid (11/6/1985), siendo una de sus características la de constituir en esta primera etapa sólo un Defensor de los estudiantes, para más adelante extender su actividad a todos los miembros de la comunidad universitaria¹⁴; la Universidad de Granada fue la segunda en incluir en sus Estatutos la institución del Defensor Universitario (26/7/1985), llevando a cabo la regulación más completa y pormenorizada que de dicha figura se hizo durante la primera etapa estatutaria de la década de los ochenta¹⁵; vendrán después, y por este orden, las Universidades de León, Salamanca, Extremadura y Barcelona. Es así como, poco a poco, las Universidades de nuestro país, y a través de su norma institucional básica, van incorporando a su sistema organizativo e institucional la figura del Defensor.

Años más tarde, y aprovechando la circunstancia de la elaboración de una nueva ley universitaria (la que finalmente se convertiría en la Ley Orgánica de Universidades, LOU, de 2001), los Defensores Universitarios llevaron a cabo una ofensiva encaminada a conseguir la inclusión de la figura en la futura ley¹⁶; el fruto de dicha movilización –junto con otros apoyos llegados desde el ámbito académico, político y social– quedó reflejado en la Disposición Adicional Decimocuarta del texto legal, que establece lo siguiente:

¹⁴ Por ser el primer texto estatutario que regula esta figura, y por ello mismo haber servido de inspiración a otros posteriores, merece la pena reproducir el artículo en el que se alude a dicha figura: “Para la defensa y tutela efectiva de sus derechos, el Estatuto de los Estudiantes regulará la institución del Defensor Universitario, órgano de comunicación entre dicho sector y los órganos de gobierno de la Universidad. El nombramiento exigirá voto favorable de, al menos, tres quintos de los miembros del Claustro Universitario” (art. 119.2).

¹⁵ Uno de los méritos de los “constituyentes” universitarios granadinos consistió en clarificar notablemente tanto la naturaleza como las funciones, así como el ámbito de actuación, del Defensor Universitario, al que se le considera “el comisionado del Claustro de la Universidad de Granada para la defensa de los derechos de los miembros de la Comunidad Universitaria. A estos efectos podrá supervisar la actividad de la Administración Universitaria dando cuenta al Claustro” (art. 201).

¹⁶ Entre otras actuaciones llevadas a cabo es de destacar la redacción de un Manifiesto (abril de 2001) que fue enviado a distintas instituciones y organismos académicos y socio-políticos, y en el que se solicitaba la incorporación de la institución del Defensor Universitario al futuro texto de la LOU. En dicho escrito se ponía especial interés en vincular la consolidación de la institución a la consecución de los propios fines de la Universidad.

“Para velar por el respeto a los derechos y las libertades de los profesores, estudiantes y personal de administración y servicios, ante las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios, las Universidades establecerán¹⁷ en su estructura la figura del Defensor Universitario. Sus actuaciones, siempre dirigidas hacia la mejora de la calidad universitaria en todos sus ámbitos, no estarán sometidas a mandato imperativo de ninguna instancia universitaria y vendrán regidas por los principios de independencia y autonomía.

Corresponderá a los Estatutos establecer el procedimiento para su elección o designación, duración de su mandato y dedicación, así como su régimen de funcionamiento”.

Así, pues, y tras la aprobación de la LOU, la institución del Defensor Universitario (DU) se convierte en obligatoria para todas las universidades españolas, incluyendo las privadas. Al día de hoy, sólo algunas universidades (en su mayoría privadas) no han procedido a la creación de dicha institución, pudiendo afirmar que no sólo se encuentra ya plenamente institucionalizada en el conjunto del sistema universitario español, sino que constituye una pieza clave del mismo¹⁸.

1. Su naturaleza y funciones: una institución singular

Inspirándose, y como no podía ser de otra manera, en la figura del *ombudsman*, y tomando como referencia más directa e inmediata el modelo del Defensor del Pueblo español, nuestro Defensor Universitario es un comisionado de los diferentes órganos universitarios, en unos casos del Claustro y en otros del Consejo Social o incluso de los Consejos de Gobierno, siendo su principal función, “velar por el respeto a los derechos y libertades de los profesores, estudiantes y personal de administración y servicios, ante las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios”. Se trata, pues, de una institución de carácter interno, elegida en la mayoría de los casos por una mayoría cualificada del Claustro, y encargada de la defensa de

¹⁷ Gracias a la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, se sustituyó la redacción inicial (donde se decía “las Universidades *podrán* establecer”) por la finalmente aprobada (“las Universidades *establecerán*”).

¹⁸ En la actualidad hay un total de 78 Universidades en España (entre públicas, no presenciales, especiales, privadas y de la Iglesia), existiendo la figura del Defensor en 61 de ellas, y de las cuales 68 forman parte de la Conferencia Estatal de Defensores Universitarios (CEDU).

los derechos e intereses legítimos de todos los miembros integrantes de la comunidad universitaria, y ante las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios¹⁹. Precisamente, por tratarse de un órgano interno, los derechos a proteger deben ser preferentemente aquellos que estén relacionados con la vida universitaria, eso sí, muchos de ellos inspirados en los propios derechos fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional. El DU constituye, pues, un peculiar sistema de control de la actividad administrativa de la universidad, permitiendo así, una mayor tutela de los derechos de los miembros de la comunidad universitaria, y sin necesidad de recurrir a los tradicionales controles administrativos o jurisdiccionales (Jiménez Soto, 1998).

En el desempeño de sus funciones, y participando de las prerrogativas propias de la institución del *ombudsman*, el DU goza de completa autonomía e independencia funcional y de criterio, sin sujetarse a mandato imperativo alguno; y para ello, y como norma general, el desempeño de su función será incompatible con la pertenencia a cualquier órgano de gobierno universitario. El Defensor es, además, titular de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad, lo que significa que no se le podrán dirigir instrucciones de ninguna autoridad académica, ni tampoco podrá ser expedientado ni sancionado por las opiniones que formule o por los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo durante su mandato. Por otra parte, todos los órganos de gobierno y todos los miembros de la comunidad universitaria tienen el deber de colaborar con el Defensor en el ejercicio de sus funciones, y no se le podrá negar tampoco el acceso a ningún expediente o documentación relacionados con el objeto de la investigación. En este sentido, la facultad del Defensor de examinar expedientes le permite comprobar la integridad y la veracidad de la información proporcionada por la persona u órgano de que se trate; esta capacidad de llevar a cabo investigaciones completas y exhaustivas representa, ciertamente, una salvaguardia y garantía en relación a los demandantes.

Atendiendo a la naturaleza de sus funciones, queda claro que el DU no es incompatible ni suplanta a otros órganos o instancias tanto internas

¹⁹ Esto no impide que, en determinadas circunstancias, y cuando están amenazados sus intereses legítimos, los Defensores tengan que defender a sus propias universidades de agentes externos, e incluso a veces del Estado o de los responsables políticos de las distintas administraciones.

como externas a la Universidad, sino que complementa y potencia el funcionamiento del sistema en su conjunto a través de su aportación específica y especializada. Una aportación que se lleva a cabo escuchando, suministrando y recibiendo información, realizando investigaciones aclaratorias, mediando con diplomacia, abriendo opciones, enviando soluciones y propuestas a las personas y órganos afectados. Una aportación caracterizada, además, por la visibilidad, accesibilidad e inmediatez, por la agilidad, rapidez y transparencia, por la gratuidad y ausencia de formalismos, por la imparcialidad, neutralidad y objetividad, por la confidencialidad y fiabilidad, por la buena fe y el respeto, por la prudencia, el humanismo y la generosidad (evitando, por una parte, “cebarse con la víctima” o “calentar más el ambiente”; y por otra, ir más allá de nuestro estricto cometido, pues siempre se puede hacer algo más a favor de las personas que nos piden ayuda), pero sin renunciar tampoco a la firmeza y determinación, teniendo siempre presente que antes que mediadores, somos sobre todo Defensores: defensores de la legalidad y de los derechos e intereses legítimos de las personas. Como en su día acertó a formular magistralmente el exSindic de Greuges de la Universidad de Barcelona, Artur Juncosa (1997), en la actuación del DU ha de prevalecer la justicia sobre el derecho (a veces entran en contradicción la justicia legal con el ideal de justicia o la propia ética²⁰), la autoridad sobre el poder (la persuasión y la convicción frente a la imposición) y el humanismo sobre la burocracia (ayudar a las personas es lo importante).

Más que entorpecedor de la actividad administrativa, constituye un factor de impulso y mejora a la hora de lograr unos servicios más eficaces y respetuosos con la dignidad del administrado. Investiga cómo funcionan los órganos administrativos, los administradores, los funcionarios en sus relaciones con los administrados a fin de detectar retrasos, silencios, arbitrariedades, irregularidades o mala fe. Como afirma Enrique Mújica²¹ en referencia a la función del Defensor del Pueblo español, se trata ante todo

²⁰ En este sentido, cabe considerar que la legalidad no siempre agota el campo de la justicia, por lo que el Defensor deberá estar atento a una serie de circunstancias, tales como considerar si la norma vigente es racional en sí misma y apta para conseguir los fines propuestos, o si el caso concreto y singular es de carácter tan excepcional que la aplicación al mismo de una norma (la justicia legal) acabe resultando injusta.

²¹ Enrique Mújica Herzog ha sido Defensor del Pueblo del Reino de España en las últimas legislaturas, habiendo sido sustituido recientemente en el cargo por Soledad Becerril.

de una labor de último término y de incitación, “de incitación a que cada uno se comporte como debe o, incluso, mejor de lo que debe”. En este sentido, le corresponderá, en unos casos, recabar informes o dictámenes (a la Asesoría Jurídica u otros órganos consultivos) sobre aquellos asuntos que lo requieran para la buena marcha de la investigación; y, en otros casos, será preciso además, personarse en determinados centros, dependencias o escenarios a fin de examinar documentación o contactar con personas. Debe cuidar mucho el carácter reservado, confidencial y secreto de sus actuaciones e investigaciones, lo que significa –y siempre que ello sea posible– que nadie más que los interesados deben enterarse de la queja o reclamación, ni nadie puede ejercer ninguna represalia por la queja presentada.

La existencia del DU supone, en consecuencia, un valor añadido y una manifestación más de esas exigencias de “buenas prácticas” y de excelencia que caracterizan a la Universidad. La misma excelencia, rigor y profesionalidad demandados en el ámbito de la docencia, la investigación, la preparación, la prestación de servicios, se exige también –y cada vez de manera más apremiante– en el ámbito de las garantías respecto de los derechos, dignidad e intereses legítimos de los miembros de la comunidad universitaria (Jiménez Soto, 1998). Existe, en este sentido, un claro paralelismo entre las funciones de las Defensorías y los procesos institucionales de mejora de la calidad universitaria, algo que puede demostrarse a través, por ejemplo, de la detención de puntos débiles de la institución, evaluación específica de aspectos propios de la institución, recepción y canalización institucional de percepciones de los miembros de la comunidad y, finalmente, elaboración de propuestas de cambio y mejora institucional (Pérez Peña, 2004).

En el marco de una sociedad globalizada y competitiva, y en unos contextos universitarios cada vez más “comercializados”, la institución de las defensorías constituye, sin duda, una inequívoca expresión de esa voluntad indeclinable de perseguir sin descanso la calidad y la excelencia en un sentido holístico e integral, es decir, no limitándose al aspecto académico sino también abarcando los valores de calidad ética y de honestidad e integridad científica. El incumplimiento de estos valores tiene como consecuencia la aparición de una serie de problemas relacionados, por ejemplo, con el acoso académico, los fraudes, plagios o violación de los derechos de autor, así como todas las deficiencias del profesorado relacionadas con el concepto de calidad docente (incapacidad para transmitir conocimientos,

contenidos erráticos incoherentes o desestructurados, incumplimiento del programa de la asignatura, desidia y desinterés por las clases, deficiencias en el material docente y de apoyo, etcetera).

A fin de clarificar su naturaleza y funciones, y desmontar así malos entendidos y percepciones erróneas, conviene precisar que la figura del Defensor Universitario en España no es:

- Un juez o magistrado que, a través de sus sentencias, decide cuál de las partes es inocente o culpable, cuál tiene razón y cuál no.
- Un tribunal de justicia que juzga conductas, dicta sentencias e imparte justicia.
- Un abogado de oficio gratuito y único para atender todos los casos que se planteen.
- Tampoco es una gestoría dedicada a cuidar, promover o activar asuntos o intereses ajenos.
- No es ni un órgano jurisdiccional, ni disciplinario, ni ejecutivo o legislativo, por lo que tampoco tiene ninguna de las funciones a ellos atribuidas.

Su función fundamental es: a) supervisar, comprobar e inspeccionar el funcionamiento de la administración universitaria, haciendo que se cumpla la normativa y se respeten los derechos y los intereses legítimos de las personas; b) mediar entre las partes a fin de construir cauces de comunicación y diálogo, facilitar avenencias y acuerdos, y prevenir, desactivar o resolver conflictos; y c) proponer y promover cambios y mejoras en el funcionamiento del sistema universitario en su conjunto. El conjunto de todas estas actuaciones han de tener como uno de sus principales soportes la credibilidad, el prestigio y la *auctoritas* del propio Defensor, un cargo que conlleva entre otros requisitos formales la trayectoria profesional en el seno de la Universidad, las condiciones humanas, la independencia y el alto grado de legitimidad otorgado en el acto de elección.

Por último, es preciso dejar claro que el DU no es una instancia inquisitorial, persecutoria e incordiarte, siendo su único objetivo solucionar problemas, gestionar conflictos, garantizar el respeto a las reglas de juego, proponer mejoras y de esta manera contribuir al buen funcionamiento de nuestras Universidades. Y todo ello lo hacemos a través de las correspondientes actuaciones, algunas de las cuales se concretan en la

formulación de resoluciones que pueden dar lugar a recomendaciones, sugerencias, advertencias y recordatorios de deberes.

Teniendo en cuenta estas prerrogativas y funciones, así como el propio estatus del Defensor, puede concluirse que estamos ante una institución singular, específica e inconfundible dentro del sistema institucional universitario español, y con las matizaciones y adaptaciones propias de cada universidad; una institución, además, que emana y participa de la naturaleza de los *ombudsmen* consagrados en nuestros ordenamientos jurídicos-políticos, y con los que comparte sus rasgos y principios específicos. Somos, pues, esa conciencia crítica y esa institución de garantía a la que se le encomienda, en base a los criterios de proximidad y especialización, la defensa y promoción de los derechos y libertades de los miembros de la comunidad universitaria.

2. Los Defensores Universitarios: un factor de buena gobernanza

Ya nadie duda en el momento actual de que nuestras sociedades están sometidas a un intenso e incesante proceso de cambio y transformación, lo cual está condicionando las bases y los modos tradicionales de la acción de gobierno. El poder político, así como sus instituciones formales, experimentan cada vez mayores dificultades para responder a las distintas formas de complejidad y a la incesante mutación de los valores sociales, careciendo al mismo tiempo de los recursos suficientes para gestionar los nuevos *issues* y para hacer frente a la “sociedad del riesgo”. Es en este nuevo contexto de crisis e ingobernabilidad cuando se va abriendo paso una nueva perspectiva, una nueva y emergente forma de gobernar, basada en la interacción de diversos actores que se relacionan entre sí de manera permanente y en red; que intercambian recursos, negocian los propósitos y metas comunes y, finalmente, se comprometen a acatar las decisiones vinculantes que se adopten. Se trata de un nuevo modelo decisorio, una nueva y emergente forma de abordar los asuntos públicos, de tomar decisiones, más inclusiva y participativa (“juntos lo haremos mejor”, es uno de sus lemas), a través de la negociación, la influencia, el compromiso y el pacto entre los distintos actores interesados, y donde cada uno de los cuales aporta sus habilidades y recursos al conjunto (Kooiman, 2003).

Para designar y describir esta nueva y emergente forma en la que las sociedades actuales gestionan el conflicto, esto es, adoptan y ponen en

práctica las decisiones colectivas relacionadas con su gobernabilidad, empezó a ponerse en circulación, y de la mano de diferentes colectivos (economistas, politólogos, sociólogos, geógrafos, responsables de entidades económico-financieras, dirigentes políticos), el término inglés *governance*, traducido en unos casos por gobernación y en otros por gobierno en red, gobierno relacional o gobernanza. Sin duda, esta última acepción es la que poco a poco se va introduciendo en el discurso cotidiano de nuestras sociedades, y la que va prevaleciendo tanto dentro del análisis politológico comparado como en el conjunto de la literatura especializada (Aguilar, 2006).

Pues bien, es en este nuevo contexto y escenario, y en el que nuestras sociedades tratan de hacer frente a sus retos y necesidades, donde hemos de situar la gobernabilidad de nuestras universidades, trasladando a las mismas estas nuevas formas de gestionar el conflicto y crear oportunidades, contribuyendo también a hacer posible esos espacios compartidos de encuentro y deliberación en los que se aborden las cuestiones colectivas, facilitando la comunicación y la cooperación entre los distintos actores, creando mesas, consejos, foros, redes que nos permitan poner en práctica este nuevo “modus operandi” y esta nueva metodología inclusiva y cooperativa.

Y es en este sentido en el que las defensorías están llamadas a contribuir decisivamente a la buena gobernanza y al buen funcionamiento del sistema en su conjunto; y lo hacen no sólo mediante las consultas diarias, entrevistas, gestiones personales, actuaciones de mediación o conciliación, resolución de expedientes, etc., y todo ello en respuesta tanto a las consultas o solicitud de información recibidas, a las quejas o reclamaciones presentadas o a las peticiones de mediación formuladas. Además de estas actuaciones llevadas a cabo a instancia de parte, el DU dispone también de un amplio poder de iniciativa (actuaciones de oficio), y que ejerce a través de recomendaciones e informes (incluyendo el informe anual que debe presentar ante el órgano universitario de quien depende), en los que básicamente se señalan los problemas y puntos débiles detectados, se sugieren soluciones y se proponen pautas y valores democráticos (como el respeto a las reglas de juego, la responsabilidad, el respeto, la fiabilidad, las buenas prácticas, la cultura de servicio, la argumentación, la disposición favorable al diálogo y a la búsqueda del acuerdo...) que deben informar el conjunto de relaciones entre los distintos sectores y actores que conforman la comunidad universitaria.

Como factor clave de buena gobernanza, el DU ha de asumir esa función singular de magistratura de opinión, esa instancia posibilitadora de encuentros y diálogos, constructora de consensos y avenencias, no imponiendo sino buscando siempre elementos que permitan el arreglo y la conciliación, y haciendo uso para ello de su *auctoritas*, prestigio y poder de persuasión. Una función capaz de ensamblar, coordinar y servir de puente entre los distintos actores y dependencias de una comunidad universitaria, frecuentemente fragmentada en intereses estamentales. Una función democratizadora y una garantía de la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de la comunidad universitaria, frente a la existencia de conductas caprichosas, de poderes omnímodos, de la más absoluta de las indefensiones de los alumnos en algunos casos, de relaciones de servidumbre y sumisión que todavía persisten dentro de determinadas oligarquías academicistas. Una institución –no debe olvidarse– que nace de la voluntad libre y democráticamente expresada de la comunidad universitaria a través de sus propios Estatutos. Una institución, además, altamente eficiente si comparamos sus prestaciones con su coste e impacto presupuestario, que bien puede considerarse insignificante.²²

Puede decirse que la figura del Defensor representa un observatorio privilegiado de la realidad universitaria, puesto que recibe tanto una información vertical (procedente de todos los niveles que componen la comunidad universitaria y de las relaciones que se establecen entre ellos), como horizontal (como consecuencia de los posibles conflictos surgidos entre miembros de la comunidad universitaria pertenecientes al mismo ámbito) y transversal; detecta problemas, muchas veces como consecuencia del conocimiento de hechos puntuales, lo que permite la identificación de disfunciones o problemas más amplios o más generales; y por último, se caracteriza por su proactividad, puesto que las defensorías tienen esa capacidad para actuar de oficio, sin que sea necesario la instancia de parte para iniciar una intervención que permite solucionar problemas o mejorar la calidad del funcionamiento universitario.

El conflicto²³ es inherente a la naturaleza humana y constituye una consecuencia ineluctable de la vida societal, por lo que, siempre constituirá

²² En el caso de la Universidad de Vigo, sin duda muy similar al resto de universidades españolas, el coste del DU representó en el pasado ejercicio (2012) el 0,015% del presupuesto total de la Universidad.

²³ Del latín *conflictum*, derivado del verbo *confligere*, cuyo significado es chocar. En este sentido, conflicto es sinónimo de choque, enfrentamiento, antagonismo y desacuerdo.

un ingrediente más de nuestra convivencia en grupo. El hecho de vivir en sociedades cada vez más plurales, complejas y altamente dinámicas, y en el contexto de un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, e incapaz de controlar las turbulencias originadas por la honda crisis económico-financiera (con graves repercusiones sociales), nos hace pensar que el conflicto lejos de disminuir irá a más. A todo ello habrá que añadir el hecho de que el ciudadano se está mostrando cada vez más reivindicativo y exigente respecto a la vigencia y satisfacción de sus derechos e intereses legítimos. Cada vez se es menos tolerante con la injusticia, la chapuza o la desconsideración. De la resignación e indiferencia se está pasando a la reivindicación y a la denuncia; y puede que ello no sea ajeno proclamas como las de Stéphane Hessel (2011), llamando a la indignación, a la contestación y a la reacción frente a un sistema injusto, corrupto y obsoleto.

Atendiendo a estos considerandos, resulta congruente que se instauren órganos e instancias especializados, como es el caso de las defensorías Universitarias, y cuyas labores de supervisión y mediación contribuyen a la dulcificación de la vida universitaria y a la desjudicialización de sus conflictos²⁴. Tenemos que estar preparados para gestionar adecuadamente este nuevo y turbulento escenario, lo que significa potenciar estas instancias facilitadoras de encuentros y diálogos, constructoras de consensos; agentes singulares de la “de-conflicción”, esto es, una especie de desactivadores del conflicto. Instancias encargadas de recordarnos que siempre existen aspectos susceptibles de negociación y de que la dinámica social puede ser algo más que un juego de suma cero (puro conflicto); instancias, en fin, capaces también de descubrir en el conflicto y la confrontación un factor de cambio, innovación y transformación social²⁵.

²⁴ Más allá de la problemática propia de cada universidad, es posible identificar en base a los datos disponibles una serie de asuntos que constituyen las constantes del conflicto en nuestras universidades. Así, y por el sector estudiantil, estos suelen ser los asuntos más recurrentes: matriculación, exámenes, convalidaciones, normas de permanencia, cambio de plan de estudios, disciplina académica y becas; por el personal de administración y servicios: condiciones de trabajo, acción social, programas de promoción y *mobbing*; y por el personal docente e investigador: resolución de concursos, complementos retributivos, encuestas de evaluación, derechos de autor, *mobbing*.

²⁵ En efecto, y de acuerdo con las consideraciones hechas por L. Coser, sería aconsejable no quedarnos únicamente con el aspecto negativo del conflicto, y ser capaces también de descubrir en él un hecho social con esa función “positiva” generadora del cambio e innovación social. Para ello, convendría tener en cuenta también que el conflicto difícilmente puede evitarse, ya que las relaciones sociales no son por naturaleza armoniosas ni tampoco el que causa el conflicto es *per se* un inadaptado.

En el contexto de una sociedad golpeada, desprotegida, desengañada, desorientada, crispada y desalentada, es preciso que instancias como esta aporten serenidad, confianza, empatía, fiabilidad, ayuda, concordia, reconciliación, justicia, humanismo y racionalidad. Sí, ojalá fuéramos capaces de impregnar nuestras actuaciones diarias de una dosis adecuada de humanismo, racionalidad y justicia. A nosotros, los Defensores, nos corresponde contribuir a que todo ello sea posible, a defender y reivindicar día a día y sin descanso la dimensión de civilidad del Alma Mater, ejerciendo nuestra función de manera justa, oportuna, útil y eficaz, y no abdicando jamás de la ética, la razón y el conocimiento.

V. EPÍLOGO: LA FUNCIÓN DE ESTUDIO E INNOVACIÓN DE LAS DEFENSORÍAS UNIVERSITARIAS

Quisiera finalizar esta exposición expresando una idea, a la vez que un *desideratum*. En efecto, y atendiendo a la circunstancia de que este órgano tiene su ámbito de actuación en el escenario universitario, y de que sus titulares forman parte de la comunidad académica, debería incorporar un plus de creatividad, innovación y excelencia a su tarea. Dicho de otra manera: las Defensorías Universitarias no deberían limitarse a la mera gestión del conflicto, o a la supervisión del funcionamiento del sistema universitario, sino que deberían también convertirse en laboratorios, centros de estudio o *think tanks* respecto de la función del *ombudsperson* en todas sus manifestaciones y categorías, así como de aquellos conceptos clave (conflicto, consenso, valores democráticos, derechos, gobernanza, mediación, negociación...) que nos permitan entender y manejar mejor nuestras sociedades y buscar sin descanso esa síntesis necesaria entre conflicto y acuerdo, consenso y disenso.

En nuestra doble función de Defensores y Personal Docente e Investigador²⁶ universitarios, deberíamos profundizar en aspectos que tanto identifican y singularizan a las Defensorías, lo que a su vez nos permitiría ir descubriendo poco a poco todas aquellas tareas y respuestas que de la misma se desprenden. Deberíamos, en definitiva, convertir nuestro oficio, nuestra profesión y tarea en objeto de estudio, investigación y debate permanente.

²⁶ Salvo contadas excepciones, la casi totalidad de los Defensores, así como sus adjuntos y colaboradores, forman parte de la comunidad universitaria y académica.

Ser un referente teórico y doctrinal respecto a la institución del ombudsman, y en cualquiera de sus manifestaciones y categorías. En consecuencia —y esta es una idea que ya se la trasladé a mis colegas españoles—, en todos nuestros congresos, sesiones o encuentros anuales, deberíamos dedicar siempre una ponencia o mesa de trabajo a esta cuestión.

Tengamos en cuenta que representamos a una institución que, pese a que tiene ya varios lustros de recorrido en muchos de nuestros países, todavía está en fase de consolidación y afianzamiento tanto en el plano teórico como operativo. Sigue habiendo, además, un sector de nuestras sociedades, incluyendo el propio ámbito universitario, que duda de nuestra razón de ser y no tiene nada claro la función que desempeñamos dentro del sistema universitario. Por todo ello, necesitamos seguir explorando y profundizando en la naturaleza y razón de ser de nuestra institución, y a partir de ahí extraer todas aquellas funciones y cometidos que le son propios, y sin olvidar el nuevo contexto de unas sociedades dinámicas, abiertas, complejas, plurales, exigentes, conflictivas, globalizadas e interdependientes; el nuevo contexto, en definitiva, generado por la sociedad del conocimiento, la información y las TIC. Así, y a modo de sugerencia, por qué no empezamos a debatir y reflexionar con un poco más de profundidad, sosiego y perseverancia sobre aspectos como estos:

1) “Por tratarse de una institución y mecanismo de garantías, ¿acaso el desempeño de nuestro cargo no nos exige y emplaza a estar arriesgadamente comprometidos con la Constitución y demás normas de nuestro ordenamiento jurídico, con la democracia y los derechos y libertades de las personas, con su dignidad, con sus necesidades, y también con sus deseos y propuestas de mejora? ¿Podremos convertirnos los Defensores Universitarios en uno de los principales referentes en lo que respecta al sistema de garantías que dimana de nuestros Estados democráticos y de Derecho?”

2) En segundo lugar, y partiendo de la premisa de que las sinergias, esto es, la voluntad de hacer las cosas juntos, constituyen un requisito inexcusable de gobernabilidad, ¿por qué, y en el ejercicio de nuestra función, no nos convertimos en un factor cardinal de buena gobernanza contribuyendo a mejorar la confianza, la comunicación, la colaboración y la coordinación entre los distintos órganos y actores que integran (integramos) el sistema institucional de la Universidad? ¿Seremos capaces de convencer a los demás

actores del sistema que somos vasos comunicantes e interdependientes de una misma organización, y no compartimentos estancos, y de “juntos lo haremos mejor”?

3) Siendo cierto que nuestras actuaciones comprenden a todos los miembros de la Comunidad Universitaria, ¿no es menos cierto que conviene tener en cuenta que la figura del *ombudsman*, del defensor del pueblo, del tribuno de la plebe, siempre se ocupó muy especialmente de aquellos a quienes, por su posición, les resulta más difícil hacer oír su voz, o no pueden alzarla lo suficiente como para ser escuchada? ¿Traicionaríamos la inconfundible y peculiarísima naturaleza del defensor, sino actuásemos en coherencia con este rasgo suyo tan tipificador?

4) Siendo una de nuestras funciones más características la mediación, la intervención (etimológicamente “venir entre”) entre las partes enfrentadas, la formulación de propuestas de solución a las personas y órganos afectados, ¿por qué no profundizamos más en el concepto y las técnicas de mediación? ¿Por qué no avanzamos en la idea de que toda mediación –tanto formal como informal- constituye un proceso de negociación que implica la participación de un tercero, que no es una de las partes implicadas, y que debe ser neutral y abstenerse de hacer juicios ni tomar decisiones vinculantes para las partes? ¿Por qué no progresamos en la idea de que el mediador es un facilitador, un constructor de consensos, que usa la persuasión, la fiabilidad y el prestigio, y que contribuye a mejorar la comunicación entre las partes a fin de involucrarlas en el proceso de negociación?²⁷

5) Constatando estadísticamente, año tras año e informe tras informe, que el mayor número de casos planteados ante la Defensoría Universitaria (reclamaciones, consultas, peticiones de mediación) proceden del ámbito del alumnado, ¿por qué no tratamos de potenciar –vía especialización, por ejemplo– la atención al estudiante, comprometiéndonos a llevar a cabo servicios de información, consejo y asistencia en los casos y

²⁷ Según Hubert Touzard, la mediación, junto con la negociación y el arbitraje, constituyen los tres modos de solución del conflicto. Ahora bien, la mediación, y a diferencia de los otros dos procedimientos, consiste específicamente en la negociación llevada a cabo entre las partes en conflicto, y en presencia de una tercera parte neutral, cuyo papel consiste en facilitar la búsqueda de una solución. El mediador no tiene ningún poder para imponer una solución a las partes contendientes, y actúa básicamente como catalizador.

temas relevantes en el ámbito universitario (normativa y administración académica, titulaciones, matrícula, becas, protocolo de exámenes, criterios y procedimientos de evaluación, acoso, salidas profesionales...), cooperando con los representantes estudiantiles, elaborando estudios e informes y organizando actos para informar e intercambiar conocimientos con otras organizaciones e instituciones que se ocupen de temas con interés para el alumno?²⁸

6) ¿Por qué los Defensores Universitarios no trabajamos un poco más el tema relativo a nuestras relaciones con las distintas Defensorías existentes, tanto a nivel nacional como internacional, lo que permitiría intercambiar información y potenciar y difundir nuestra institución así como sus funciones? Y en este sentido, ¿por qué no formalizamos y practicamos una relaciones estables y fluidas con: a) los demás Defensores Universitarios existentes en el mundo (Europa²⁹, América³⁰), creando o mejorando organizaciones y redes tanto de ámbito regional como global³¹; b) los Defensores de nuestras regiones, Estados y, en el caso europeo, con el propio Defensor del Pueblo Europeo, incorporándonos a la ya mencionada

²⁸ El caso austriaco puede resultar ilustrativo al respecto, puesto que pone de manifiesto la importancia que en ese país se le otorga al alumnado universitario al optar en la reciente Ley Federal de Protección de Calidad Universitaria (29/07/2011) por un modelo de Defensoría Universitaria (*Ombudsstelle*) exclusivamente para estudiantes, con funciones únicamente de información y servicio, y no de control o supervisión.

²⁹ A nivel europeo viene funcionando desde hace más de una década la Red Europea de Defensores Universitarios (*European Network of Ombudsman in Higher Education, ENOHE*), creada a iniciativa de Kristl Holtrop, Defensora de la Universidad de Ámsterdam.

³⁰ A nivel de Latinoamérica (y estando abierta también a países de otras regiones del mundo) se ha creado la Red de Defensores Universitarios (REDDU). El punto de partida es el año 2005, cuando se crea la Red de Defensores, Procuradores y Titulares de Organismos de Defensa de los Derechos Universitarios, integrada inicialmente por seis universidades mexicanas, a las que posteriormente se le añadieron otras doce más –también mexicanas– en calidad de asociados regulares. La estructura de la REDDU contempla, además, las figuras de asociado honorario, asociado asimilado y observador, lo que permite formar parte de la misma a un número elevado de Defensores de España, así como de otros países de Latinoamérica, Canadá, Australia, EEUU, Bélgica, Austria, etc.

³¹ Respecto a esta cuestión, quisiera destacar que en el transcurso del Encuentro Internacional de Defensores Universitarios celebrado la ciudad de Cuernavaca (México, 2012) se acordó, y tras debatir una propuesta presentada por mí, iniciar un proceso encaminado a explorar la posibilidad de crear una Asociación o Red Internacional de Defensores Universitarios. Yo mismo me comprometí a asumir una función dinamizadora de dicho proceso. Pienso que, en el contexto de un mundo globalizado e interdependiente, y en el que están en marcha procesos imparable de integración en todos los ámbitos, resulta totalmente coherente, útil y necesario que las Defensorías “Universitarias” pongamos en práctica esta dimensión universal y universalizante que por definición tanto nos caracteriza. Juntos y trabajando en red podemos hacerlo mejor.

Red de Defensores Europeos; c) los otros Defensores de ámbito y naturaleza sectorial, a través incluso de algún convenio, que posibilite el conocimiento y la colaboración en aras de fortalecer el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales de los miembros de la comunidad universitaria, convenios que, por ejemplo, permitan trasladar o informar de aquellos asuntos en los que por su contenido resulte necesaria la ayuda y la cooperación?

7) En último lugar, y en estrecha concordancia con la temática elegida para esta IX Sesión Ordinaria de la REDDU (“la vinculación entre derechos humanos y derechos universitarios”), y dentro de esta gran tarea de modificar y, a la vez, implantar nuevos valores, nuevas legitimidades, nuevas solidaridades y nuevos marcos referenciales encomendados a las Defensorías, ¿por qué no atreverse también a implantar (inventar) nuevos derechos, acordes con la dignidad de la persona humana y con esa exigencia indestructible de seguir avanzando por la senda del perfeccionamiento y mejora de nuestras condiciones de vida? Sí, a las Defensorías Universitarias también le corresponde contribuir a que las Universidades se conviertan en esos laboratorios y centros de excelencia capaces de crear y promover, y de manera perseverante, derechos de nueva generación, y no sólo para los miembros de la Comunidad Universitaria. Algunos de los cuales apuntan ya en el horizonte, tales como:

- Los llamados derechos de la solidaridad orientados hacia la protección de minorías (étnicas, religiosas, lingüísticas, grupos de edad, países en desarrollo), hacia el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad (derecho a la paz y justicia internacional, derecho de intervención para la persecución sin fronteras de dictadores y genocidas) o hacia una calidad de vida acorde con la dignidad humana (la consecución de los llamados “los objetivos de desarrollo del milenio”).
- Los derechos a la protección frente a los riesgos de la informática y del ciberespacio.
- Los derechos de “inclusión digital”, esto es, el acceso universal a las TIC, condición imprescindible para el desarrollo humano en el nuevo contexto de la sociedad de la información y del conocimiento.
- Los derechos relacionados con la bioética o el reforzamiento de la protección de otros derechos ya consagrados en el texto constitucional: derecho a la salud, a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo y disfrute de la persona, etc.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, L. F., *Gobernanza y gestión pública*, México, FCE, 2006.
- ALCOCER, Carlos M. (coord.), *La figura del Defensor Universitario: garantía de derechos, libertades y calidad en las Universidades*, Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, 2008.
- ARADILLAS, Antonio, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985
- BRUNET Icart, I. y Belzunegui Eraso, A., “El conflicto social”, en A. Lucas Martín, *Estructura social: La realidad de las sociedades avanzadas*, Madrid, Pearson Educación, 2006, pp. 441-462.
- CARMONA y Choussat, J.F., *El defensor del pueblo europeo*, Madrid, INAP, 2000.
- ESCOBAR Roca, Guillermo (dir.), *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Pamplona, Thomson/Aranzadi, 2008.
- GONZÁLEZ-Ares, José A., *El Valedor do Pobo. Del ombudsman sueco al comisionado parlamentario gallego*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- JIMÉNEZ Soto, Ignacio, *El Defensor Universitario, una institución singular en la Universidad española*, Granada, España, Universidad de Granada, 1998.
- JUNCOSA Carbonell, Artur, “Reflexiones sobre la figura y función del Síndic de Greuges a partir de una experiencia personal”, en: *El Encuentro Estatal de Defensores de la Comunidad Universitaria*, Castellón, 19 y 20 de septiembre, 1996.
- KOOIMAN, J., *Governing as Governance*, Londres, Sage, 2003.
- PÉRGOLA, Antonio la, “Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada”, en *REP*, Madrid, núm. 7, 1979.
- MORA, Antonio, *El libro del Defensor del Pueblo*, Madrid, Defensor del Pueblo, 2003.
- PÉREZ Peña, J., Sánchez Giralda, T. y Vila I Boix, J., *Los Defensores Universitarios y el reto de la calidad*, Madrid, Dykinson, 2004.
- ROWAT, Donald C., *El ombudsman: defensor del ciudadano*, México, FCE, 1998.
- VIÑAS Otero, Antonio, *Instituciones políticas y sociales de la Roma antigua*, Madrid, Iustel, 2010.

La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM: ¿juzga desde la perspectiva de género?

Socorro APREZA SALGADO

“Una cultura donde los hombres y las mujeres, sea cual sea su raza, tienen los mismos derechos, las mismas posibilidades laborales y políticas, se les trata igual, es mejor que una cultura donde sólo mandan los hombres o donde se discrimina por el color de la piel”

Savater 2012, 100

SUMARIO: I. Introducción. II. Una aproximación a la noción de resolver con perspectiva de género. III. Algunos retos en la construcción de la noción de perspectiva de género en la Defensoría de los Derechos Universitarios. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los Otros (mujeres, gays, lesbianas, bisexuales, transgénero, transexuales, intersexuales, etc.) hemos salido de la sombra, no teníamos derechos, y por eso tomamos la palabra, en esta toma de la palabra es importante reflexionar sobre nuevos significados en los cuales las diversas formas de sexo y género lleven a la comunidad para valorar, reconocer y no excluir

* Académica y Directora del Seminario de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

estas formas de vida.¹ Y en el caso concreto del acceso a la justicia con perspectiva de género, los jueces, las juezas, los defensores y las defensoras deben asegurarla, “observando cómo los factores económicos, geográficos y simbólicos entre otros, afectan a mujeres y hombres de cada sector”², concretamente, a la hora de evaluar la discriminación de género, pues están unidos de modo indivisible. De forma contraria, se seguirán produciendo resultados sesgados que van más en la línea de un derecho androcéntrico y heterosexual, que no favorece la expansión de “la significación misma de lo que en el mundo se considera un cuerpo valuado y valorado”.³

No hay duda que es necesario erradicar los patrones socioculturales discriminatorios que puedan influir en la labor de las autoridades universitarias, especialmente en las defensorías de los derechos universitarios en casos de discriminación y violencia contra mujeres, transexuales, transgéneros, travestis, homosexuales, bisexuales e intersexuales, dada la exclusión y valoración a través de un modelo androcéntrico y heterosexual. La necesidad es mayor cuando “la vigilancia en torno a la sexualidad continúa siendo una de las fuerzas principales que sustentan la perpetuación de la violencia basada en el género y de la desigualdad entre los géneros”,⁴ y la existencia de una alarma “por el aumento de los delitos de odio cometidos por motivos de origen sexual [...] orientación sexual, [...]”⁵ están profundamente ancladas en México, donde el derecho sin perspectiva de género no podrá liberarnos de la desigualdad de poder entre los géneros y dentro de ellos, así el trabajo es largo.

Ahora bien, frente a la vigilancia en torno a la sexualidad y alarma de los delitos de odio por motivos de orientación sexual en México, puedo

¹ Esta idea surge de la estrategia de Butler de crear una comunidad “en la que no sea tan difícil sobrevivir con sida, en las que las vidas lleguen a ser legibles, valoradas, merecedoras de apoyo, en la cual la pasión, las heridas, la pena, la aspiración sean reconocidas sin que se fijen términos de ese reconocimiento en el otro orden conceptual de falta de vida y de rígida exclusión” (Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 47).

² Facio Montejó, Alda, “Con lentes del género se ve otra justicia”, en *El otro Derecho*, Bogotá, Colombia, núm. 28, julio de 2002.

³ *Ídem*.

⁴ *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*, OEA, marzo de 2007, p.6. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf (consultado el 10 de julio de 2013).

⁵ Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Proyecto de Instrumento Jurídicamente Vinculante contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, OEA/Ser.G, CAJP/ GT/RDI-180/II rev.5, 27 de abril 2012. Como apunta Juan Carlos Hernández México ocupa el segundo lugar mundial en crímenes de odio por homofobia, sólo por debajo de Brasil. Disponible en: <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=325541> (consultado el 10 de julio de 2013).

enarbolar tres cuestionamientos entorno a las recomendaciones de la Defensoría de Derechos Universitarios: ¿sólo se mencionan disposiciones que protegen los derechos de las mujeres y de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transgéneros, transexuales e intersexuales (en adelante LGBTTI)? ¿Se utilizan argumentos que visibilizan los derechos de las mujeres y de los colectivos LGBTTI? ¿Se encuentra la perspectiva de género en los argumentos de la Defensoría de Derechos Universitarios?

Es importante que los órganos universitarios no olviden, como señala la Comisión Europea, la necesidad de incorporar tres tipos de estrategias de igualdad de género: *reparar, adaptar la medida y transformar*.⁶ Reparar a través de las medidas dirigidas a establecer la igualdad formal entre hombres y mujeres, y de derechos para las personas LGBTTI; adaptar la medida, en el sentido de que existan medidas y servicios específicos para las mujeres [y colectivos LGBTTI]; y finalmente, transformar a las instituciones o las organizaciones para alcanzar la igualdad de género.⁷ En dicha transformación, resulta necesario el uso prescriptivo del principio de igualdad, el cual considera “las desigualdades y las discriminaciones como violaciones y, en cuanto a tales, [el principio precisa] oponerse a ellas”.⁸

En este proceso de transformación de las instituciones, la presente exposición tiene dos objetivos principales, estrechamente relacionados entre sí. El primero pretende abordar en qué consiste juzgar desde la perspectiva de género, para profundizar sobre la relevancia de realizarlo en México, principalmente, porque “la aplicación de la perspectiva de género, enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella”⁹, para

⁶ En la que caben una diversidad de géneros, en donde la mención del modelo binario sólo es para evidenciar los roles estereotipados, pero no para excluir o eliminar otros, *vid.* Comisión Europea, *Manual para la perspectiva de género en las políticas de empleo, de inclusión social y de protección social*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2008.

⁷ *Cfr. ibid.*, p. 11.

⁸ Ferrajoli, Luigi, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*, México, Fontamara, 2010, p. 24.

⁹ *Vid.* Corte IDH, *Caso Masacre de las dos Erres Vs. Guatemala*, por el que 30 de julio de 2008; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra la República de Guatemala, por los hechos acaecidos en el 5 de diciembre de 1982 en la comunidad de Las dos Erres, la cual fue saqueada por un grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala denominados “Kaibiles” por ser considerada simpatizante de una guerrilla, produciéndose una masacre de 251 habitantes, sentencia fue dictada por la Corte el 24 de noviembre de 2009, voto razonado concurrente del Juez Ad-Hoc, Ramón Cadena Rámila, Serie C, Nº 211.

lograr el reconocimiento, vivir e interiorizar los derechos de las mujeres y de los colectivos LGBTTI, al tiempo de normalizarlos y no excluirlos o invisibilizarlos. Una vez realizado lo anterior, verificaré si las recomendaciones de la Defensoría de Derechos Universitarios están elaboradas desde la perspectiva de género.

En suma, deseo que este artículo evidencie algunas características de la noción de juzgar desde la perspectiva de género, junto con el uso de herramientas como los estándares internacionales y la concientización del sexismo y las desigualdades que existen entre los géneros, para así avanzar en la deconstrucción de discursos que no pretenden el aseguramiento de los derechos de las mujeres o grupos LGBTTI, sino sólo impedir que esto se produzca, al llevarnos por espirales perpetuas que no concreten estos derechos en la práctica, negándose a ver y a oír.

Por tanto, se “vuelve indispensable que las y los [defensoras/defensores] no sólo sean autónomos/as e independientes en la interpretación de las normas legislativas para la correcta aplicación, sino que puedan interpretarlas a la luz de la teoría y práctica de los derechos humanos desde una perspectiva de género”.¹⁰

Cabe aclarar que este trabajo surge de una investigación que se realizó para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y que dio como resultado un mi participación para el número de la Serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, que lleva por título: “La sentencia ST-JDC-86/2010, un ejemplo de juzgar con perspectiva de género”;¹¹ sin embargo, ahondar en el tema me ha llevado a realizar diversas modificaciones en este trabajo, porque ya no comparto del todo la propuesta inicial. De ahí que, profundizo en las características y en los estándares internacionales, me centro en señalar los aspectos en los que se reproducen las formas de dominación entre los géneros y los que avanzan en la igualdad entre los géneros, además de incluir la concientización del sexismo y las desigualdades que existen entre los géneros y, por último, entraré al análisis de dos recomendaciones de la Defensoría de Derechos Universitarios, sobre la violencia contra las

¹⁰ Facio Montejo, Alda, *op. cit.* nota 2, p.94.

¹¹ Apreza Salgado, Socorro, *La sentencia ST-JDC-86/2010, un ejemplo de juzgar con perspectiva de género*, México, TEPJF, núm. 15, en la Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral, Vertiente salas regionales, 2013.

mujeres y los homosexuales en la comunidad universitaria, para verificar si recomienda desde la perspectiva de género.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE JUZGAR DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Antes de acercarnos a la noción de juzgar desde la perspectiva de género, es necesario dejar claro que el objeto de la perspectiva de género es bidireccional; por un lado, comprende la *deconstrucción* de los roles y características sexuales de ambos géneros que fomentan la desigualdad de poder entre ellos y dentro de ellos; y por otro, la *construcción* social entre los géneros basados en la igualdad de poder entre ellos y dentro de los mismos.

Para avanzar en esa deconstrucción es necesario concientizar a hombres y mujeres sobre las actitudes sexistas y/o androcéntricas, al tiempo de llevar a cabo una “educación legal popular”¹² en la cual se evidencien, por ejemplo, los estereotipos que se refuerzan con el derecho, la confusión en las leyes de la mujer con la familia o la mujer con la madre.

Ahora bien, para lograr la construcción social-cultural entre los géneros basados en la igualdad de poder, se requiere la superación de las “restricciones binarias en la experiencia”, que pasa por “encontrar su disolución en la creación de nuevas formas culturales”¹³, en las que deben introducirse diversos signos de diversidad, un ejemplo de ello es, como apunta Marta Lamas, considerar que hay muchas formas de ser mujer y de ser hombre.

1. Características de la noción de juzgar desde la perspectiva de género

Para iniciar el análisis de la noción de juzgar desde la perspectiva de género, utilizaré la definición de juzgar con perspectiva de género de la

¹² Expresión utilizada por Alda Facio Montejo, en *Cuando el género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ILANUD, 1992. Disponible en: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/3.pdf (consultado el 5 de julio de 2013).

¹³ Butler, Judith, *Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Wittig y Foucault*. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/67017074/Butler-Judith-Variaciones-sobre-sexo-y-genero-Beauvoir-Wittig-Foucault> (consultado el 2 de octubre de 2012).

Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación que declara que consiste en “explorar si la aplicación de una norma conlleva discriminación de género mediante la reproducción de estereotipos sobre qué es la mujer y qué es el hombre, así como establecer una estrategia jurídica adecuada para evitar el impacto de la discriminación en el caso específico”.¹⁴

De la definición precedente cabe destacar dos rasgos característicos:

- a) Verificar que la aplicación de la norma conlleva discriminación de género mediante la reproducción de estereotipos sobre qué es la mujer y qué es el hombre.
- b) Establecer una estrategia jurídica para evitar el impacto de la discriminación en el caso concreto.

Las dos características, respectivamente, integran el concepto de discriminaciones jurídicas, es decir, “las que excluyen algunos sujetos de la titularidad de algunos derechos fundamentales”; pero no el de discriminaciones de hecho, “aquellas que se desarrollan, a pesar de la igualdad jurídica de las diferencias y en contraposición con principio de igualdad de oportunidades”.¹⁵ En ambas discriminaciones subyace la necesidad de tomar a la mujer y al hombre como referencias y defender una construcción de significados sin un marco binario sino de diversidades, de modo que hagamos visibles, por ejemplo, a las mujeres y a los colectivos LGBTTI.

La primera característica se evidencia claramente en los casos en el que se mantienen previsiones del derecho de familia, con reglas distintas para hombres y mujeres, por ejemplo, en materia de causales de divorcio¹⁶ y el reconocimiento de hijos registrados como descendientes de hombres

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sensibilizar para juzgar con perspectiva de género*, México, SCJN-Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación. Disponible en http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=lineas&id_article=4 (consultada 6 de junio de 2011).

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 8, p. 18.

¹⁶ El art. 323, fracción III, del Código Civil de Guanajuato establece como causal de divorcio: III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

casados,¹⁷ que desvelan el anacronismo normativo existente en algunos Estados del país.¹⁸ Pero no incluye que esta discriminación puede ser producto de los actos de autoridad o particulares y no sólo de la norma.

Ahora bien, esa sola característica permite resolver el problema de las normas que “parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino o cuando promulgan leyes para la mujer que parten de las necesidades que tienen los hombres, de que la mujer se mantenga en su rol estereotipado”.¹⁹ Pero no así identificar cuándo un tipo de mujer (hombre) dispuesta(o) en una ley representa a todas(os) las(os) mujeres (hombres), lo cual tampoco se puede permitir, porque se dejaría de lado los efectos en las(os) mujeres (hombres) de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades, edades, etc.²⁰ De modo que, esta característica, permitiría identificar la desigualdad de poder *entre* los géneros, pero no así la desigualdad de poder que existe *dentro* de los géneros.

Igualmente, esta primera característica puede conducirnos a creer que si no hay discriminación explícita en las leyes y en los códigos, no hay discriminación legal, afirmación que es muy reduccionista, porque no toma en consideración la discriminación *de facto* que puede existir en un país. Además, se ignora el problema de que la discriminación puede ser producto de la interpretación y aplicación de las leyes, en este caso, por parte de las autoridades universitarias. De aquí se sigue que las mismas no deben olvidar que “la interpretación literal no significa más que una interpretación según la cual el significado literal es, quizás, el punto de partida, pero cuyos

¹⁷ El art. 374 del Código Civil del Distrito Federal dispone que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, al respecto, véase Pou Giménez, Francisca, “Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional”, en Cruz Parcero, J. A. y Vázquez, R., *Derechos de las mujeres en el Derecho Internacional*, México, Fontamara, 2010, pp. 76, 86 y 87.

¹⁸ Incluso ha sido reiterado desde el Tercero y Cuarto Informe periódico de México de 1998, donde el Comité de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, por sus siglas en inglés) señaló que todavía en diversos estados hay aspectos de discriminación a la mujer y que no se avienen a lo estipulado en la legislación nacional y en la Convención” (parágrafo 387); en el Sexto Informe Periódico de México de 2006, el Comité observó “con preocupación el que no haya una armonización sistemática de la legislación y de otras normas federales, estatales y municipales con la Convención, lo cual tiene como consecuencia la persistencia de leyes discriminatorias en varios Estados y dificulta la aplicación efectiva de la Convención” (parágrafo 8).

¹⁹ Facio Montejo, Alda, *op. cit.* pp. 77-78.

²⁰ *Cfr. ibid.*, en su nota 15, p. 95.

finos no son necesariamente insuperables”.²¹ Bajo esta crítica, se requerirán autoridades universitarias “sensibles al género interpretando y aplicando las leyes neutras desde una perspectiva de género”²², y avanzado en la construcción de singularidades. Principalmente, porque la discriminación indirecta “contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra”.²³ Situación perfectamente trasladable a los colectivos LGBTTI, en donde no tomar en cuenta que las violaciones a derechos humanos a las que se enfrentan son diferentes implica discriminarlos.

En la segunda característica, establecer una estrategia jurídica para evitar el impacto de la discriminación en el caso concreto²⁴, no necesariamente incluye que las autoridades universitarias consideren las diferencias

²¹ Mazzaresse, Tecla, “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 23, 2000, p. 622.

²² Facio Montejó, Alda, “El acceso a la justicia desde la perspectiva de género”, Costa Rica, Centro de Documentación de ILANUD, 5 de diciembre de 2000, p.8. Disponible en: www.ilanud.or.cr/centro-de-documentacion/biblioteca-digital/175-justicia-y-genero.html (consultada el 23 de junio).

²³ Proyecto de Recomendación General N°28, relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párrafo 16. Consultarse en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement>.

²⁴ A modo de ejemplo, el voto concurrente que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en el Amparo en Directo en Revisión 249/2006, en el que se examinó si el artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes es o no discriminatorio por razón de sexo -dicha disposición establece que en los casos de divorcio necesario, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir-. La resolución declara inconstitucional la norma que no sólo es arbitraria desde un punto de vista de los hombres, sino que es notablemente discriminatoria para las mujeres. El Ministro Cossío concluye que la norma es discriminatoria. Ni sus diferentes previsiones superan el análisis de razonabilidad individualmente consideradas, ni existen razones que justifiquen la introducción de diferenciación de la misma por razón de género. Voto concurrente que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en el Amparo Directo en Revisión 249/2006, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte, el 17 de enero de 2007, pp. 2 y 13. Por tanto, el Ministro utilizó dos de los elementos para comprobar la discriminación: 1. el factor comparabilidad y 2. determinar la razonabilidad y la objetividad de la diferencia. García Muñoz, Soledad, “Género y derechos humanos de las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de Derecho Internacional”, en Cruz Parceró, J.A y Vázquez, R., *op. cit.*, p. 55; así como Pou Giménez, Francisca, *ibid.*, pp. 80-92, donde se presenta un análisis de sentencias recientes de la primera sala (especializada en materia civil) sobre temas como las obligaciones alimentarias, el régimen patrimonial en la familia, las uniones de hecho, el reconocimiento o la impugnación de relaciones de filiación, las reglas sobre la patria potestad y custodia o la regulación del divorcio.

históricas, geográficas y políticas, junto con otros factores por las que sufren discriminación las mujeres y los colectivos LGBTTI, como la raza, etnia, estatus migratorio, estado de salud, posición económica, orientación sexual, idioma y sexo. En consecuencia, sólo con destreza técnica, concientización de la subordinación del género femenino al masculino y conocimientos especiales en género de las autoridades universitarias, se podrá contribuir en el avance del abatimiento de los problemas estructurales de los sistemas de justicia en México y en el avance en la construcción de singularidades.

En mi opinión, las dos características en su conjunto, son deficientes, porque dejan de lado que la vulneración de los derechos puede ser resultado de una interpretación de las autoridades universitarias —que puede ser una de las tantas posibles—; que puede ser consecuencia de la vulneración de los derechos por los particulares; de la falta de destreza técnica y conocimientos especiales las autoridades universitarias; junto a la falta de previsión específica de la necesidad de que las autoridades universitarias reconozcan las diferencias y los factores de discriminación apuntados en el párrafo precedente, por la que sufren discriminación la mujer y los colectivos LGBTTI, con el objeto de identificar y sancionar también cualquier discriminación múltiple o agravada.²⁵

Una vez analizadas las dos características de la noción de juzgar con perspectiva de género, consideradas tanto de forma individual como conjunta, e identificados algunos puntos débiles que pueden anular su eficacia, es indispensable fortalecer ambas características. En la primera, se identificará no sólo si la aplicación de la norma implica la construcción de roles y características sexuales de ambos géneros que fomentan la desigualdad de poder entre ellos, sino dentro de ellos, para evitar que un

²⁵ Es una discriminación múltiple o agravada, cualquier preferencia, distinción, exclusión, o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos como la nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión [identidad cultural], opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno; característica genética, condición de salud mental o física, incluida la condición infectocontagiosa así como la condición psíquica incapacitante u otros elementos reconocidos en instrumentos internacionales que tengan como objetivo anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes (artículo 1, apartados 1 y 3, del Proyecto de Instrumento Jurídicamente Vinculante contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, OEA/Ser.G, CAJP/ GT/RDI-180/ II rev.5, 27 de abril 2012).

tipo de mujer o hombre sea el modelo de todos los hombres o de todas las mujeres.

En la segunda, es necesario especificar que esa estrategia jurídica en el caso concreto pasa necesariamente porque los (las) defensores(as) tomen en cuenta “las maneras en las cuales los roles, las actitudes, los valores y las relaciones con respecto a niños y niñas, mujeres y hombres”²⁶ se construyen, reproducen e imponen en las sociedades; y por tanto, evalúen y reconozcan los usos y prácticas que reproducen y constituyen determinados modelos que anulan la posibilidad de “expandir la significación misma de lo que en el mundo se considera como cuerpo valuado y valorable”, hasta excluir y desterrar la idea de que hay “cuerpos que importan más que otros”²⁷ y avanzar en la construcción de singularidades. Con ello llevarán a cabo una valorización de la realidad, concretamente, porque la discriminación no es sólo producto de la aplicación de la norma, sino de la confirmación de la reproducción de usos y prácticas que perjudican, discriminan y subordinan a las personas en función de su género o sexo, a través de la persistencia de “las razones sociales, económicas y culturales que hoy en día sostienen el dominio masculino”²⁸ y que violentan las particularidades y especificidades de las mismas.

Los siguientes casos muestran de forma clara cómo el aseguramiento de la dignidad humana de las víctimas, proviene de reconocer y evaluar la reproducción de usos y prácticas que discriminan a la mujer o al hombre —en los casos concretos son mujeres—, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece coincidir con la afirmación “de que toda acción humana impacta a hombres y mujeres de forma particular por la forma como se construyen [e imponen] los géneros y que, por ende, este tipo de análisis debe hacerse al estudiar cualquier fenómeno o grupo social, aunque en él no haya mujeres”.²⁹

En el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*,³⁰ en cuya sentencia de 24 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana declaró que el Estado

²⁶ Facio Montejo, Alda, *Asegurando el futuro. Las instituciones de Derechos Humanos y los derechos reproductivos*, San José, Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2003, p.8.

²⁷ Butler, Judith, *op. cit.*, nota 1, pp.47 y 49.

²⁸ Facio Montejo, Alda, *op. cit.*, nota 25 en la p.26.

²⁹ *Ibid.*, la nota 2 en la p.89.

³⁰ *Vid. supra*, nota 9.

tenía el deber de garantizar el derecho al acceso a la justicia conforme a las obligaciones específicas que le imponen las convenciones especializadas en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer (parágrafo 137 de esa resolución). Así, destacó que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual. Situación que también fue declarada en el Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú³¹, al señalar que:

“Las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”.³²

Así, la Corte, al analizar desde la perspectiva de género: primero, subraya el rol que juega la violencia sexual sobre las mujeres en los conflictos armados; y segundo, declara que en muchas ocasiones es utilizado como un medio simbólico para humillar a la parte contraria, donde la violencia sexual sufrida por las mismas es sólo por el hecho de ser mujeres. Con esta valoración la Corte garantizó que las mujeres en ambos casos obtuvieran justicia. Evidenciar estos elementos no hubiera sido posible desde la perspectiva androcéntrica. De ahí, la importancia “que las políticas de los poderes judiciales y de otros para mejorar el acceso a la justicia de la población toda y no sólo de los hombres, sean éstos blancos, indígenas, negros, pobres, ricos, etc. sean políticas con perspectiva de género que respondan a diagnósticos hechos con perspectiva de género”.³³

Expuesta la importancia de la valoración por parte de los defensores (los jueces) y las defensoras (las juezas) de los usos y prácticas que discriminan

³¹ La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte declare a Perú responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, por los hechos acaecidos en el Penal Castro Castro, donde 42 reclusos fallecieron, hirieron a 175 internos y sometieron a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú*, parágrafo 223.

³³ Facio Montejó, Alda, *op. cit.*, nota 21, p.4.

o reproducen la dominación patriarcal, en mi opinión, juzgar desde la perspectiva de género implica:

“Explorar si la aplicación de una norma o actos de autoridad y de particulares conlleva discriminación de género y sexo mediante la reproducción de estereotipos sobre qué es la mujer y qué es el hombre bien la utilización de un tipo de mujer u hombre como modelo de todas las mujeres o todos los hombres; así como, establecer una estrategia jurídica adecuada para evitar el impacto de la discriminación en el caso específico, reconociendo y evaluando los usos y valores que se construyen, reproducen e imponen en las sociedades y fomentan sólo un modelo binario de género y de sexo, que no da lugar al reconocimiento de una diversidad de sexos y géneros...”

Con el fortalecimiento de las dos características de la noción de juzgar desde la perspectiva de género, se pretende que las autoridades universitarias contribuyan con sus criterios a modificar, disminuir y eliminar las construcciones sociales en aquellos casos en que se “perjudique, discrimine y subordine a las personas en razón de su género (...), o por su orientación sexual o identidad de género”.³⁴ Además, se pretende que avancen en la construcción de un tipo de comunidad en el que todos los cuerpos importan, “en la que no sea difícil sobrevivir con sida, en las que las vidas lleguen a ser legibles, valoradas, merecedoras de apoyo [...] sin que se fijen los términos de ese reconocimiento en el otro orden conceptual de la falta de vida y de rígida exclusión”.³⁵

Junto a la definición precedente que procura dar respuesta a la discriminación real, coincido también con la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación, sobre la necesidad de aplicar el derecho conforme al principio *pro persona* y la aplicación de los estándares más altos de protección de los derechos. Estándares que pueden proceder de los tratados, convenciones o tribunales internacionales, en tanto han tenido una amplia labor en la construcción de interpretaciones que profundizan y desarrollan la noción de resolver con perspectiva de género. Por lo anterior, los estándares internacionales y la

³⁴ García Muñoz, Soledad, *op. cit.*, *supra*, nota 24, p. 59.

³⁵ Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 47.

concientización del sexismo y las desigualdades existentes entre los géneros y sexos, pasan a constituirse en herramientas de la noción precedente.

2. Los estándares internacionales, la concientización del sexismo y las desigualdades entre los géneros y sexos: herramientas para juzgar desde la perspectiva con género

Parece por ello tan necesario como justificado abordar el desarrollo específico de los derechos de las mujeres y los colectivos LGBTTI, sin que ello implique que pretenda identificar la idea de los derechos de las mujeres y los colectivos LBGTTI sólo con éste campo de acción específico, pues estoy consciente que para ello se requiere el conocimiento íntegro de los tratados internacionales, no obstante, esto excede los objetivos del presente trabajo. En lo que sigue señalaré si los estándares internacionales reproducen las formas de dominación o avanzan en la construcción de la igualdad entre los géneros y dentro de cada uno de ellos, según se desprenda.

Las convenciones para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada; sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y Registro de los Matrimonios en el sistema universal, se limitan a exigir la restauración de los derechos de las mujeres, pero no cuestionan los mecanismos de dominación que han producido las exclusiones.

La CEDAW frena formas de dominación en los siguientes supuestos: en su definición de discriminación, en los artículos 11.1 al prever igual remuneración y prestaciones y 13 b) al establecer el acceso a préstamos bancarios, hipotecas. También, da inicio a la reinención al disponer en el preámbulo la necesidad de modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer; en los artículos 5 al prever la modificación de patrones socioculturales y en el 10 c) la eliminación de todo concepto estereotipado de los géneros masculino y femenino. Finalmente, evita la homogeneización en el Proyecto de Recomendación General N°28 al manejar el término mujer no como universal, así apunta que la discriminación de la mujer por motivos de sexo está unida a otros factores, como la raza, el origen étnico, la religión, la salud, el estatus, etc.

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer del sistema universal, avanza en el desarrollo y complementa la interpretación de los derechos de las mujeres al detener las formas de dominación, concretamente al extender en el artículo 1 que el acto de violencia no sólo se produce en el ámbito público sino en el privado, lo cual impide el control de la libertad sexual de quienes la padecen en el ámbito privado; de igual forma, se pueden evitar esta misma situación bajo lo dispuesto en el artículo 2 que prevé la violencia institucional, misma que puede extenderse a los casos de la criminalización del aborto y las esterilizaciones forzadas, donde dicha disposición podría ser utilizada para legislar en el sentido de armonizar la legislación civil, penal y procesal sobre el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, atendiendo así una de las observaciones del Comité de la CEDAW a México en julio de 2012.

Por su parte, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer del Sistema Interamericano, es un avance al no reconocer los derechos a las mujeres sobre la nacionalidad de acuerdo a los roles sociales como el matrimonio tradicional en tanto no se ciñe a la mujer casada, pero sin llegar a la reinención y a la no homogenización del grupo de las mujeres.

La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles frena la limitación de los derechos civiles a las mujeres, pero sigue considerando que el grupo de las mujeres es homogéneo y no se pasa a la reinención en tanto no se cuestiona, como señala Martínez de la Escalera, “la estructura de poder que sostiene lo político”.³⁶

La Convención Interamericana es más limitativa que la universal porque restringe el sufragio activo y pasivo al ámbito nacional, situación preocupante porque una de las observaciones del Comité de la CEDAW es la eliminación de obstáculos que impiden que las mujeres participen en la vida política de sus comunidades, en particular las mujeres indígenas. Así, al igual que la anterior convención considera al grupo de las mujeres como homogéneo y no se preocupa por la reinención que nos conduzcan, como apunta Butler, a no ver como natural los binomios de género y sexo.

³⁶ Martínez de la Escalera, Ana María (coord.), *Estrategias de resistencia*, México, UNAM-Programa Universitario de Estudios de Género, 2007, p. 7.

La Convención Belem Do Pará se constituye en un límite a las formas de dominación al disponer en su artículo 6 que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye ser libre de toda discriminación, junto con ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Este último aspecto puede contribuir a la reinención de los seres humanos. Al mismo tiempo se frena la homogeneización de la mujer, al considerar que la misma puede ser objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por conflictos armados de privación de la libertad.

Los principios Yogyakarta, concretamente los derechos de privacidad, honor, la seguridad social, la protección contra abusos médicos a los intersexuales, el derecho a la familia y el derecho a participar en la vida pública, son un freno a las formas de poder que impone la heterosexualidad. Incluso, puede traducirse en la reinención de los sexos y géneros, al extender el matrimonio y familia no sólo al o a la tradicional y con ello los beneficios de la seguridad social a las parejas de un mismo sexo, al posibilitar la participación en la toma de decisiones en el derecho a participar en la vida pública y frenar los abusos médicos donde el menor de edad le corresponde la decisión de tener un sexo o los dos, con un consentimiento informado. El Proyecto de Instrumento Jurídicamente vinculante contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, con la definición de discriminación agravada también frena la homogeneización del término mujer y de los colectivos LGBTTI.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, parece claro que los instrumentos internacionales específicos si bien reproducen formas de dominación, ello no nos hace caer en el error de querer negar en redondo los grandes avances en deconstrucción de los roles y características estereotipados de los sexos y los géneros y en la construcción en la igualdad entre los sexos y géneros en los mismos.

En relación con la concientización del sexismo y las desigualdades de poder entre los géneros y dentro de ellos, es una herramienta que nos permitirá comprender lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, para lograr cuestionarlo, al tiempo de no normalizar el modelo binario de los géneros. Como apunta Facio, tomar conciencia “implica la desarticulación

del discurso masculino, para reactivar el significado de nuestra experiencia como seres activamente involucrados en la construcción o deconstrucción de la sociedad".³⁷

Así, es necesario que las (los) defensoras(es) tomen conciencia de la extensión y profundidad de su postura androcéntrica, porque no podemos olvidar que los mismos son producto de un entorno que puede reproducir las formas de dominación. De modo que su actitud sea considerar que el sexismo y las desigualdades de poder entre los géneros afectan la forma en que se administra justicia y no los vean como un hecho aislado.³⁸ Sólo conscientes de ello, podrán aplicar las dos características de la noción de juzgar desde la perspectiva de género desarrolladas en el punto I de este epígrafe, para después tomar medidas que corrijan las desigualdades de poder entre los sexos y géneros, y dentro de ellos. De lo contrario los (las) defensores(as) se negarán a ver, a oír; esquivarán, cerrarán el acceso a la igualdad de poder entre los sexos y los géneros y enmascararán la verdad.

Una vez clarificada la noción de juzgar desde la perspectiva de género, es posible verificar si la Defensoría de Derechos Universitarios en los casos de violencia contra las mujeres y los homosexuales lo realiza desde la perspectiva de género.

III. ALGUNOS RETOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE JUZGAR DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DEFENSORÍA DE DERECHOS UNIVERSITARIOS

En lo que sigue analizaré dos recomendaciones de la Defensoría de Derechos Universitarios de la UNAM: la recomendación 40, de 27 de febrero de 2008, sobre la queja 02/ES/02.08, por hostigamiento por preferencia sexual; la recomendación 45, de 8 de octubre de 2010 sobre la Queja 25/ES/10.10, por hostigamiento sexual. Para ello, dividiré en tres partes: Antecedentes; las recomendaciones y, por último constatar si se encuentra en las recomendaciones la perspectiva de género.

³⁷ Cfr. Facio Montejo, Alda, *op. cit.*, *supra* nota 12, pp. 75 y 76. Cabe señalar que para dicha autora, tomar conciencia es el primer paso de la metodología para el análisis de género y el segundo es la profundización en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, Yo he compactado ambos pasos de la metodología en la concientización como herramienta.

³⁸ Esta idea surge de la metodología para el análisis de género desarrollada por Alda Facio, concretamente el paso cinco, *op. cit.*, nota 35, p.101.

1. Antecedentes de la Recomendación 40, por hostigamiento por preferencia sexual

Un alumno de la Facultad de Derecho interpuso una queja porque fue insultado, golpeado y privado ilegalmente de la libertad junto a su pareja del mismo sexo, por el personal de vigilancia de la UNAM. El entonces Defensor Leoncio Lara Sáenz solicitó el informe correspondiente al Director General de Servicios Generales; del informe se desprende que los vigilantes manifestaron que era falso lo suscrito por el quejoso. Sin embargo, en las declaraciones de los vigilantes existen contradicciones, de acuerdo a lo apuntado por la Defensoría de Derechos Universitarios.

Así, de acuerdo con los fundamentos de derecho, a los hechos y constancias, destacó que los actos están basados en la distinción de la preferencia sexual del quejoso y su pareja y que el actuar del personal de vigilancia de Auxilio UNAM y de la Unidad Jurídica de esa Dirección General de Servicios Generales, restringió los derechos del alumno de la Facultad de Derecho y su pareja al prohibir su permanencia en el perímetro universitario por su preferencia sexual, y no por el hecho de ingerir bebidas embriagantes o de alterar el orden como se afirmó.

2. Aplicación de la noción de juzgar desde la perspectiva de género en la recomendación 40

En lo que sigue y a efectos de verificar si la Defensoría de Derechos Universitarios en esta recomendación agota las dos características y las dos herramientas de la noción de juzgar desde la perspectiva de género; de inicio, cabe señalar que no entra a analizar de la primera característica, concretamente el aspecto de las relaciones de desigualdad de poder que existe dentro del género masculino, porque no se pronuncia respecto de las maneras en las cuales los roles, actitudes se reproducen e imponen en la sociedad, es decir, cómo lo reproduce el personal de vigilancia al detener al alumno de la Facultad de Derecho y a su pareja del mismo sexo, donde el catalizador no fue que estuvieran en estado de embriaguez, sino su preferencia sexual. Aun así, la recomendación tiene el mérito de no reducir el género a los derechos de las mujeres, al visualizar los derechos del colectivo Gay en Ciudad Universitaria.

Segundo, respecto de la característica de establecer una estrategia jurídica para evitar el impacto de la discriminación en el caso concreto,

la defensoría no consideró las diferencias históricas y políticas que han existido entre los heterosexuales y homosexuales.

Por último, de las dos herramientas de la noción, no hace mención alguna a los estándares internacionales, sólo aborda la herramienta de la concientización de la comunidad universitaria respecto a las construcciones binaria del sexo y el género, al recomendar organizar cursos de sensibilización y capacitación en materia de perspectiva de género (igualdad, discriminación y libertad de preferencia sexual) para las autoridades involucradas en el presente caso; al tiempo del análisis y estudio de la normatividad universitaria con el objeto de actualizarla y hacerla totalmente congruente con la perspectiva de género (los principios de igualdad, no discriminación y libertad de preferencia sexual).

3. Antecedentes de la recomendación 55: derecho a una vida libre de violencia para las mujeres en la Universidad

Una alumna de un posgrado de la UNAM presentó una queja por hostigamiento sexual de un académico, concretamente el académico intentó besarla y tocarle los senos en su oficina, incluso cuando ella comentó los hechos con otras académicas, éstas le plantearon que también fueron objeto de hostigamiento por este académico del posgrado. Ante ello, el Defensor de Derechos Universitarios solicitó el informe al Director de Investigación, en el cual señaló que desconocía la acusación que se hacía en contra del académico y rechazó “toda conducta ajena a las buenas costumbres y al respeto a la dignidad de las mujeres”, al tiempo que el académico en cuestión negó desarrollar la conducta de la que se le acusaba. Sin embargo, en respuesta al escrito del Defensor, una de las académicas que había mencionado la alumna de posgrado en su queja respondió que ella también había vivido conductas incómodas y ofensivas por parte del académico en cuestión.

En similar sentido, otra académica representante de los tutores del instituto declaró que ella había sufrido acoso sexual por el académico. Frente a los hechos precedentes, la Defensoría tuvo por acreditadas las violaciones a los derechos de la alumna y de las académicas, y declaró que los hechos narrados por las quejas constituían actos que atentaban contra su dignidad, así como vulneraban los derechos de igualdad y por tanto, de no discriminación a un trato igualitario y de respeto entre las mujeres y los hombres en la UNAM.

4. Aplicación de la noción de juzgar desde la perspectiva género en la recomendación 55

En esta recomendación tenemos la aplicación de la primera característica de la noción de juzgar desde la perspectiva de género, concretamente cuando el defensor declara que los actos en cuestión constituyen un atentado contra la dignidad de la alumna y las académicas, por tanto, a la no discriminación. De ahí que implícitamente se mencionó la discriminación por sexo, pero sin llegar a pronunciarse que la misma es producto de la reproducción de la idea de que la mujer (alumna y académica) está para la satisfacción del hombre (académico). Ahora bien, a la hora de elaborar la estrategia en el caso concreto para evitar la discriminación, considero que el defensor, al igual que en la recomendación 40, no tomó en cuenta las diferencias históricas y políticas que han existido entre las mujeres y los hombres, ni el rol que juega el acoso sexual sobre las mujeres en la academia, cuya violencia tiene lugar tan sólo por el hecho de ser mujeres; ello se desprende de la recomendación a la autoridad académica de adscripción del académico de impartir un taller de sensibilización y capacitación en materia de discriminación e igualdad de género, al que debía asistir el académico, donde incluso se parte de la idea de que el abusador no sabe lo que hace y no de la idea de que no le importa, en tanto que ve como normal acosar a las mujeres.

Por último, si bien el defensor aplicó derecho interno al declarar que el académico en cuestión vulneró a las quejas los artículos I de la Constitución, 6, 10, 13 y 16 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el mismo olvida que la mera mención de las disposiciones específicas no es argumentar. Quizás, en la argumentación con perspectiva de género hubiera convenido que utilizaría los estándares internacionales, entre ellos la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que reconoce que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos fundamentales de subordinación por parte del hombre; o la Convención Belem Do Pará, artículo 6, que viene a constituirse en un límite a las formas de dominación al disponer que el derecho a una vida libre de violencia incluye ser libre de toda discriminación.

De lo anterior se deduce, entonces, que en estas dos recomendaciones la Defensoría utiliza alguna de las características de la noción de juzgar desde la perspectiva de género, pero sin llegar a las dos herramientas, es

decir, los estándares internacionales y la concientización del sexismo y las desigualdades de poder entre los géneros y dentro de ellos.

IV. CONCLUSIONES

1. La noción de juzgar desde la perspectiva de género se constituye por dos características: 1) explorar si la aplicación de una norma o actos de autoridad y particulares conlleva discriminación de género y sexo mediante la reproducción de estereotipos sobre qué es la mujer y qué es el hombre, o bien la utilización de un tipo de mujer u hombre como modelo de todas las mujeres o todos los hombres; y 2) establecer una estrategia jurídica adecuada para evitar el impacto de la discriminación en el caso específico, reconociendo y evaluando los usos y prácticas que se construyen y fomentan un sólo un modelo binario de género y de sexo.

2. Los estándares internacionales se constituyen en una herramienta de la noción de juzgar desde la perspectiva de género, en la medida que deconstruyan los roles que fomenten la desigualdad entre los géneros y los sexos, y dentro de ellos.

3. No podemos quedarnos con la idea de que la discriminación de *facto* y de *iure*, es producto sólo de la aplicación de una norma, porque la vulneración de derechos fundamentales puede ser resultado también de una reproducción de prácticas y usos sociales construidos e impuestos en la división entre niñas y niños, hombres y mujeres, donde es importante que los defensores universitarios reconozcan los patrones estructurales e históricos de discriminación en las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.

4. En la medida en la que los defensores universitarios apliquen la perspectiva de género, pueden contribuir a modificar, disminuir e incluso eliminar las construcciones sociales en aquellos casos en que se discrimine, perjudique o subordine a las personas por razón de su género o sexo.

5. Me preocupa el número reducido de quejas que existen en dicho órgano universitario por cuestiones de género, lo cual puede ser por la falta de conocimiento de los alumnos y alumnas de la Defensoría de los Derechos Universitarios; las relaciones de poder existentes entre académicos(as)/ alumnos(as), autoridades universitarias/académicos(as),

donde se han naturalizado (normalizado) los abusos, y por ello ya no se denuncian.

6. Sería recomendable que desde la Defensoría se trabajara con las distintas facultades en programas que impulsen la resignificación del género en el que todos los cuerpos importen, en el que exista una diversidad de formas de ser mujer y hombre.

V. BIBLIOGRAFÍA

- APREZA Salgado, Socorro, *La sentencia ST-JDC-86/2010, un ejemplo de juzgar con perspectiva de género*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, núm. 15, en la Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral, Vertiente salas regionales, 2013.
- BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Barcelona, Paidós, 2002.
- BUTLER, Judith, *Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Wittig y Foucault*, en <http://es.scribd.com/doc/67017074/Butler-Judith-Variaciones-sobre-sexo-y-genero-Beauvoir-Wittig-Foucault> (consultado el 2 de octubre de 2012).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Voto razonado concurrente del Juez Ad-Hoc, Ramón Cadena Rámila, Serie C, N° 211.
- FACIO Montejó, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ILANUD, 1992, disponible en: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/3.pdf (consultado el 5 de julio de 2013).
- FACIO Montejó, Alda, *El acceso a la justicia desde la perspectiva de género*, Costa Rica, Centro de Documentación de ILANUD, 5 de diciembre de 2000, en: www.ilanud.or.cr/centro-de-documentacion/biblioteca-digital/175-justicia-y-genero.html (consultada el 23 de junio).
- FACIO Montejó, Alda, "Con lentes del género se ve otra justicia", en *El otro Derecho*, Bogotá, Colombia, núm. 28, julio de 2002.
- FACIO Montejó, Alda, *Asegurando el futuro. Las instituciones de Derechos Humanos y los derechos reproductivos*, San José, Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2003.

- FERRAJOLI, Luigi “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en CRUZ Parceró, J. A. y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*, México, Fontamara, 2010.
- GARCÍA Muñoz, Soledad, “Género y derechos humanos de las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de Derecho Internacional”, en CRUZ Parceró, J.A. y VÁZQUEZ, R., *Derechos de las mujeres en el Derecho Internacional*, México, Fontamara, 2010.
- MARTÍNEZ de la Escalera, Ana María (coord.), *Estrategias de resistencia*, México, UNAM-Programa Universitario de Estudios de Género, 2007.
- MAZZARESE, Tecla, “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 23, 2000.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Proyecto de Instrumento Jurídicamente Vinculante contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, OEA/Ser.G, CAJP/ GT/RDI-180/II rev.5, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, 27 de abril 2012.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *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*, OEA, marzo de 2007. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf (consultado el 10 de julio de 2013).
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Sensibilizar para juzgar con perspectiva de género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación, disponible en: http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=lineas&id_article=4 (consultada 6 de junio de 2011).

Derechos humanos, educación intercultural y educación superior: el caso del programa de apoyo a estudiantes indígenas en la UAEH

*Lydia RAESFELD**

SUMARIO: I. Introducción. II. La población indígena en México. III. La educación indígena. IV. La competencia intercultural. V. Los estudiantes indígenas en la Universidad - el ejemplo de la UAEH. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Organización de las Naciones Unidas establece que los “derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.¹ Además, se considera que “la no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos. Está presente en todos los principales tratados de derechos humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales”.² Este principio de la no-discriminación se

* Etnóloga, Profesora Investigadora del Área Académica de ciencias de la Educación del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo y Coordinadora de la Cátedra UNESCO “Educación Intercultural para la Convivencia, la Cohesión Social y la Reconciliación en un Mundo Globalizado” de la UAEH.

¹ Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultar en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>.

² *Ídem*.

complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo I de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.³

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de igual forma establece en su Art. 26 que:

- “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”.⁴

Estos lineamientos que fueron ratificados por países del mundo, entre ellos México, implican una revisión de la situación educativa de la población indígena en el país. En este artículo proponemos una breve recapitulación de la historia de la educación indígena e intercultural en México, con un énfasis especial en la educación superior, y exponemos un ejemplo de una universidad estatal pública y la forma como asume bajo un proyecto internacional su responsabilidad social con la población estudiantil indígena en sus aulas.

México se asume hoy en día como una nación pluricultural y multiétnica y reconoce – por lo menos en el papel - según el artículo 2 de su Constitución⁵ la diversidad étnica de sus habitantes y sus derechos del libre ejercicios de sus prácticas culturales. El reconocimiento de estos hechos es reciente y tiene obviamente una larga historia, para que pudieran suceder las reformas constitucionales.

³ *Ídem.*

⁴ *Ídem.*

⁵ Las disposiciones respecto a la población indígenas se encontraron anteriormente establecidos en el primer párrafo del artículo 4 constitucional, el cual quedó derogado el 14 de agosto del 2001 y al mismo tiempo reformado el artículo 2 de la constitución, conteniendo ahora lo referente a los derechos de los pueblos indígenas, consultar en: <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/refcns/pdfsrcs/2.pdf>.

Si se revisan las políticas públicas del estado mexicano hacia los pueblos indígenas, vemos que durante el largo proceso de la conformación de un estado-nación desde el siglo antepasado hasta hoy han pasado por varias etapas desde la erradicación, la asimilación, la integración y finalmente la aceptación de la diversidad.⁶

II. LA POBLACIÓN INDÍGENA EN MÉXICO

Desde los tiempos de la colonia e incluso del primer encuentro de la cultura española con cerca de 100 distintas culturas indígenas en el siglo XV, estos últimos han sido sujetos a las disposiciones del poder colonial, han sido disminuidos de cerca de 7 millones a alrededor de 250.000 en el siglo XVII por causa de trabajo forzado, enfermedades etc. Apenas en el censo del año 1970 se contabilizó nuevamente la misma cantidad de población indígena como 500 años antes, es decir los mismos 7 millones, hoy en día reducidos a 68 diferentes grupos étnicos. Al mismo tiempo que se redujo el número de hablantes indígenas, la cantidad de mestizos iba aumentando, obteniendo hoy una relación de cerca del 6.1% de población indígena frente a un 93.9% de población mestiza. (INEGI 2010) México cuenta con 6, 913, 362 personas de 3 años en adelante, que hablan una lengua indígena de un total de 112 336 538 habitantes (INEGI 2010).⁷ Esta población en su gran mayoría bilingüe se distribuye en 803 municipios

⁶ Para fines de este trabajo se resumirán las acciones referentes a la educación. Sin embargo, para una revisión más detallada de la política indigenista se recomiendan las siguientes obras: López Pérez, 2000; Oehmichen Bazán, 1999; Revueltas, 1992; Stavenhagen, 1996 y Villoro, 1996.

⁷ Hay que tomar en cuenta que existe una amplia discusión sobre la mejor forma de cómo definir cuál persona es indígena o no. El INEGI utiliza en sus censos tradicionalmente el criterio lingüístico: la persona que habla lengua indígena y así lo registra en los censos, es la persona que cuenta, que se identifica como indígena. Sin embargo, es sabido que en los censos hay una gran cantidad de gente que no quiere admitir que habla lengua indígena, ya que han sufrido situaciones de discriminación al interior de la sociedad por otros grupos. De tal manera, los datos del INEGI siempre subestiman la población indígena en el país. También hay que considerar que el INEGI cambió la estrategia de identificación de la población indígena a partir del censo de 1995, cuando se incluyó una pregunta nueva en el cuestionario acerca del contexto cultural en donde crece una persona. Dicha pregunta indagaba acerca del hogar del encuestado y específicamente si el papá o la mamá hablan lengua indígena; deduciendo de esta manera que una persona o un niño creciendo en un hogar indígena, también crece en un ambiente cultural indígena y por ende, culturalmente, pertenece a la población indígena del país. No existe hasta la fecha una pregunta de auto-adscripción en los cuestionarios de INEGI como: “¿Se siente Usted indígena?, ¿Usted se autodenomina indígena?”, lo cual podría arrojar un resultado de la cantidad de HLI (Home Language International), totalmente distinto al que conocemos hasta hoy. Para una discusión sobre el tema de la caracterización e identificación de la población indígena, véase la página de Internet de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, CDI: http://www.cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=90.

indígenas de 25 Entidades del país. La población indígena se encuentra concentrada mayormente en el Centro, Sur y Sureste de nuestro País, en 20 regiones definidas según su geografía, economía y cultura⁸. Se reconocen 68 agrupaciones lingüísticas con sus distintos variantes dialectales al interior de cada uno (INALI, 2010).

III. LA EDUCACIÓN INDÍGENA⁹

En los tiempos de la colonia se proponía la evangelización y castellanización de los indígenas y la conformación de identidades locales y regionales específicas. La educación estaba a cargo de los órdenes religiosos y escuelas eclesiásticas. A principios del siglo XX la SEP, bajo José Vasconcelos intentó recuperar a los indígenas de su estado de “barbarie” y consolidar la identidad nacional bajo la simple idea de una fusión de las culturas indígenas con la española.

En estos tiempos se establecieron las primeras escuelas normales rurales, las escuelas rurales, las llamadas casas del pueblo y las misiones culturales para garantizar la educación en las áreas remotas del territorio mexicano y ofrecer una instrucción básica a los niños indígenas bajo el concepto de un solo estado-nación, y sin promover el desarrollo de las culturas y lenguas propias de los grupos étnicos.

Manuel Gamio en el año 1921, bajo la influencia de la antropología norteamericana, introdujo los conceptos de cambio cultural (adaptación, difusión, creación) a la discusión de la política indigenista y propuso que el México mestizo y el indígena debían reconocerse y aceptarse no como excluyentes. En estos momentos se realizaron acciones relativas al ámbito legislativo que influyeran en la autonomía de los pueblos, el respeto y la vigilancia del derecho tradicional, la restitución de sus tierras comunales y la preservación y cultivo de sus lenguas.

⁸ Véase el Atlas de las Regiones Indígenas de México establecido por la CDI en Regiones indígenas de México / Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; coord. Enrique Serrano Carreto, México, CDI-PNUD, 2006, http://www.cdi.gob.mx/regiones/regiones_indigenas_cdi.pdf, consultado en internet en agosto 2012.

⁹ El siguiente resumen se basa fundamentalmente en Bertely Busquets, María, “La educación indígena.”, en Latapí Sarre, Pablo, *Un siglo de educación en México II*, México, Consejo Nacional de las Ciencias y Artes, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Sin embargo, con Moisés Sáenz como Subsecretario de la SEP en los años 1924 a 1928, se regresó al “Integralismo” anterior (León Portilla, 1997), con la idea de una integración total del indio a la civilización, lo cual significaba una homogenización de las culturas bajo el concepto de la cultura española-mestiza hegemónica. El indígena quedó integrado y subsumido a la clase rural, pobre y marginada. En las escuelas rurales se llevó a cabo una “objetivación del indio”, con la sustitución de sus prácticas culturales, económicas y políticas propias por prácticas escolares fuertemente ritualizadas, en dónde la escuela se entendió como un espacio de “reinterpretación” de las culturas locales. La tarea fundamental consistía en castellanizar y alfabetizar a la población indígena, tal como lo expresa Aguirre Beltrán:

“Leer y escribir es comunicar, pero hablar la lengua oficial es integrar al país. En este punto la escuela rural es impositiva; Sáenz reitera que es universalizante, totalizante y, en consecuencia, enemiga de las culturas singulares, de la costumbre particular; elimina o relega a un lugar secundario el idioma vernáculo”.¹⁰

En el año de 1939, bajo la influencia del Instituto Lingüístico de Verano, se inició el “Proyecto Tarasco” de Mauricio Swadesh, con el cual se propone por primera vez alfabetizar en la lengua nativa para garantizar tanto el desarrollo cultural de los grupos étnicos, como la castellanización. En los años 40 y con la realización del Primer Congreso Interamericanista en Pátzcuaro (1940) y la fundación del Instituto Nacional Indigenista (1948) se intensifican las discusiones en torno a la enseñanza bilingüe y se discuten temas como la aculturación, la relación de los distintos grupos étnicos con los mestizos en la voz de importantes investigadores como Gonzalo Aguirre Beltrán y Julio de la Fuente. Tal como expresa Bertely:

“La consolidación teórica del indigenismo hace de la escuela un espacio de transición de las culturas locales a la mexicanidad, la civilización y la modernidad. La alfabetización, la preparación técnica y el desarrollo profesional conducen al cambio cultural y, por esa vía, a la integración nacional inducida”.¹¹

¹⁰ Aguirre Beltrán, Gonzalo, *Obra antropológica XV. Crítica antropológica*, México, INI-FCE, 1990, p. 174.

¹¹ Bertely Busquets, María, *op. cit.*, p. 85.

Finalmente, en los años 70 se logra la creación de la Dirección General de Educación Extraescolar en el Medio Indígena dentro de la SEP, se forman promotores culturales y maestros bilingües de las propias comunidades, quienes son considerados agentes de aculturación.

En 1978 la Dirección General de Educación Indígena – SEP promueve el modelo de enseñanza bilingüe – bicultural para lograr la valoración de la lengua nativa y del castellano en términos igualitarios e impulsar el uso de la lengua nativa para estimular la horizontalidad y el intercambio cultural recíproco.

“El compromiso de la Dirección General de Educación Indígena es coadyuvar para atender educativamente a las niñas y niños indígenas con calidad, equidad y pertinencia cultural de manera que alcancen los objetivos nacionales de la educación básica, logren un bilingüismo oral y escrito efectivo, y conozcan y valoren su propia cultura”.¹²

La Universidad Pedagógica Nacional ofrece en los años 90, programas especiales de formación de maestros para el medio indígena y en 1990 el término bicultural es sustituido por intercultural. Este mismo año, México ratifica el convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en donde se reconocen los derechos particulares de los pueblos indígenas sobre su identidad y se promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

La aceptación de este convenio dio pauta a las reformas del artículo 4 constitucional (hoy artículo 2) para el reconocimiento a la composición pluricultural de la nación mexicana. El movimiento del EZLN trajo desde 1994 el problema del reconocimiento de los pueblos indígenas a la conciencia pública. Sin embargo, aunque se formularon los acuerdos de San Andrés Larrainzar no se llegaron a establecer las leyes secundarias para la implementación de los acuerdos.

¹² Secretaría de Educación Pública (SEP), Dirección General de Educación indígena, consultar en: <http://basica.sep.gob.mx/dgei/start.php>.

A finales de los 90, la SEP constituye la Dirección de Educación Indígena Bilingüe e Intercultural, y finalmente en enero del 2001 la Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, la cual “centra su actividad en promoción, diseño, capacitación, elaboración de materiales, investigación y evaluación de innovaciones relacionadas con la educación intercultural, fomenta la educación intercultural para toda la población y promueve educación cultural y lingüísticamente pertinente para los indígenas en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional”.¹³

En marzo del 2003 se promulga la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, y se crea en el Artículo 14 el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, como organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, de servicio público y social, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sectorizado en la Secretaría de Educación Pública, cuyo objeto es promover el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional, el conocimiento y disfrute de la riqueza cultural de la Nación, y asesorar a los tres órdenes de gobierno para articular las políticas públicas necesarias en la materia.¹⁴

Dicha ley impacta en también en el ámbito educativo, en el cual se reforma el artículo 7 de la Ley General de Educación, estableciendo en la Fracción IV que se promueve mediante la enseñanza el conocimiento de la pluralidad lingüística de la Nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. Los hablantes de lenguas indígenas, tendrán acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y español. Cuestión que a la vista de una composición pluriétnica y lingüística en muchos salones de clases del país (véase el ejemplo de las escuelas para niñas y niños jornaleros migrantes agrícolas bajo el programa SEP-PRONIM), será sumamente difícil de cumplir.

En el ámbito de la educación superior se establece, en septiembre del 2004, la creación de las primeras Universidades interculturales con la intención de:

¹³ SEP, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, CGEIB, consultado en: <http://eib.sep.gob.mx/cgeib/index.php/la-cgeib>, febrero 2012.

¹⁴ Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, Diario Oficial de la Federación, 13 de marzo de 2003, consultado en: <http://www.inali.gob.mx/pdf/ley-GDLPI.pdf>, julio 2012.

- “Promover la formación de profesionales comprometidos con el desarrollo económico, social y cultural, particularmente, de los pueblos indígenas del país y del mundo circundante;
- Revalorar los conocimientos de los pueblos indígenas y propiciar un proceso de síntesis con los avances del conocimiento científico;
- Fomentar la difusión de los valores propios de las comunidades, así como abrir espacios para promover la revitalización, desarrollo y consolidación de lenguas y culturas originarias”.¹⁵

A la fecha, se cuenta con 9 universidades de este subsistema en 9 estados de la República (REDUI, 2006). La intención de crear universidades específicas para la población indígena, aunque estén abiertas para todos los estudiantes, sean indígenas o no, ha dado una opción a miles de estudiantes de los diversos pueblos indígenas a acceder a este nivel educativo. Sin embargo también siempre conlleva el riesgo de segregar aún más este grupo del resto de la población. Al “impartir programas formativos [...], cuyas actividades contribuyan a promover un proceso de valoración y revitalización de las lenguas y culturas originarias”,¹⁶ la oferta educativa en algunos casos se limita a carreras muy específicas para las zonas rurales, como por ejemplo lengua y cultura, turismo alternativo, desarrollo sustentable, agronomía forestal o tropical, entre otros.

Por el otro lado, los jóvenes indígenas que buscan estudiar una carrera, la cual no se ofrece en estas universidades, se insertan, en la mayoría de los casos, a las universidades públicas estatales, significando esto para ellos dejar su familia, mudarse a la ciudad e integrarse a la vida urbana y universitaria. En esta situación, se requiere tanto de los mismos estudiantes indígenas, los no-indígenas, los docentes, administrativos universitarios el desarrollo de ciertas competencias sociales, en concreto interculturales para lograr una convivencia armónica y exitosa para todos.

IV. LA COMPETENCIA INTERCULTURAL

La convivencia de personas de distintos orígenes étnicos o de diferentes grupos sociales y culturales constituye hoy en día una de las problemáticas

¹⁵ Secretaría de Educación Pública (SEP), Sub-Secretaría de Educación Superior, Universidades Interculturales, consultado en http://www.ses.sep.gob.mx/wb/ses/universidades_interculturales, julio de 2012.

¹⁶ *Ídem*.

más actuales, no sólo de México – como se señaló en el recuento histórico de la situación actual – sino de las sociedades en todas partes del mundo, en pocas palabras, preguntándonos como lo dice el título de un libro de Alain Touraine: “¿Podremos vivir juntos?”.¹⁷

El término interculturalidad sugiere, obviamente, en primer lugar un acercamiento al concepto de cultura y también una definición del concepto de identidad, el cual define a una persona o un grupo social. Entender cultura (creaciones de la mente humana en el sentido de arte, religión y filosofía) como complementario de civilización (creación de un espacio adecuado para vivir en sociedad con otros humanos), como lo propuso en su tiempo Kant¹⁸, nos parece hoy demasiado corto. Los esquemas de la antropología social de hablar de una cultura material, social y simbólica abren otros aspectos del término. Entender cultura como un “sistema de símbolos, constituidos en comunicación e interacción”¹⁹ o como una “urdimbre de significados”²⁰ implica un concepto amplio,²¹ abarcando todos los aspectos de la vida del ser humano y dejando claro la dificultad de interpretación, expresión y orientación de los símbolos importantes para cada cultura y por ende el hecho tan difícil de comprender otra cultura distinta a la propia. Con base en esta concepción, queda obvio que el contacto y la convivencia entre distintos grupos culturales lleva a conflictos sociales y culturales, enfatizados por la situación de inequidad de poderes.

En este sentido, la problemática de la interculturalidad se encuentra en la co-existencia de tantos grupos indígenas dentro del territorio mexicano, siendo hoy la minoría de la población con sus propias formas de ver y

¹⁷ Touraine, Alain. *¿Podremos vivir juntos?*. México, FCE, 2001.

¹⁸ Perpeet, W., “Kulturphilosophie”, en Joachim Ritter (ed.) *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel, Schwabe, vol. 4, 1976, p. 1318.

¹⁹ Rey, Micheline, “Intercultural education and its practical efforts in teaching”, en: Louis Porcher (ed.) *Second Council of Europe Teacher’s Seminar: the education of migrant children: intercultural pedagogy in the field*, Estrasburgo, Francia, 1979, p. 15.

²⁰ Geertz, Clifford, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, Nueva York, Basic Books, 2000.

²¹ Estas concepciones están basadas en los postulados del interaccionismo simbólico, expresado por ejemplo en la definición de cultura que propone Goodenough “*culture is not a material phenomenon; it does not consist of things, people, behaviour or emotions. It is rather an organization of these things. It is the form of thing that people have in mind, their models for perceiving, relating, and otherwise interpreting them*”, véase Goodenough, W. H., “*Cultural anthropology and linguistics*”, en Garvin P., *Report of the Seventh Annual Round Table Meeting on Linguistics and Language Study* No. 9, Washington D.C., Georgetown Univ, Monogr. Ser. Lang. and Ling., 1975.

comprender al mundo pero viviendo bajo las reglas de la mayoría mestiza. La creciente migración de los indígenas hacia las grandes o medianas urbes en búsqueda de mejores condiciones de trabajo y de vida implica la convivencia diaria de niños mestizos con niños indígenas incorporados a escuelas bajo un mismo sistema federal, en donde no se toman en cuenta sus visiones del mundo y no se entienden sus símbolos. La movilidad de muchas familias indígenas de las zonas marginadas a las ciudades trae como consecuencia el ingreso necesario de los niños indígenas a escuelas urbanas en donde conviven diariamente con niños mestizos, así como de jóvenes indígenas en las universidades, lo cual produce problemas de relaciones y convivencia debido a diferencias culturales entre ambos, así como entre alumnos y maestros, los cuales no han sido preparados para confrontar estas situaciones específicas.

De tal manera la educación tendrá que asumir un enfoque intercultural, ya no solo para los pueblos indígenas, sino para toda la población mexicana, e incluso intercultural bilingüe para las regiones específicas multiculturales del país. Los programas anteriores de educación indígena o educación bilingüe, dirigidos unilateralmente hacia la población indígena ya no pueden dar respuesta a las demandas de una nueva sociedad en busca de un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural.

Los reclamos de los grupos étnicos a un reconocimiento de sus culturas, tradiciones y costumbres se han hecho presente en los últimos años por diversos movimientos sociales en el país. La convivencia en un Estado-Nación multiétnico, pluricultural, multilingüe y democrático, dentro de un marco de respeto, reconocimiento y equidad constituye uno de los problemas actuales a resolver. La educación tanto de niños y jóvenes mestizos como indígenas tiene que contribuir a lograr esta meta.

La educación entonces tanto de niños en edad escolar, jóvenes universitarios como adultos, entendida como el proceso de socialización y de transmisión de la cultura propia en primer lugar, tiene un peso importante en la adquisición de competencias y habilidades para una convivencia intercultural sin conflictos.

El gran reto de la educación para una convivencia intercultural se entiende como:

“La defensa del principio de la equidad de todos sin importar su origen, el respeto para el otro, la competencia de la comprensión mutua y la competencia del diálogo intercultural”.²²

¿Qué entendemos entonces por competencia intercultural? Existen muchas definiciones del término, pero se propone retomar la conceptualización siguiente:²³

- Competencia intercultural es la habilidad que permite a una persona entender y comprender a otra persona que tiene una cultura distinta.
- Competencia intercultural nunca se puede lograr totalmente, se trata de un proceso permanente de nuevas experiencias.

La competencia intercultural abarca distintos aspectos, como el respeto a otras culturas, el conocimiento, que la propia cultura solamente es una de miles de culturas que existen en el mundo, el reconocimiento que muchos aspectos de otras culturas parecen extraños y tal vez causan miedo y sobre todo el aprendizaje de métodos de actuar en situaciones interculturales.²⁴

Estos aspectos tienen validez para personas de distintos países muchas veces separadas por miles de kilómetros; sin embargo, ahora encontrándose en un mundo globalizado, tanto como en todas las regiones de México en donde conviven personas indígenas y no-indígenas en todos los espacios. Uno de estos espacios ciertamente son las universidades públicas, en donde muchas veces incluso se desconoce el índice de estudiantes indígenas entre la matrícula.

V. LOS ESTUDIANTES INDÍGENAS EN LA UNIVERSIDAD - EL EJEMPLO DE LA UAEH

El estado de Hidalgo es uno de los estados de la República mexicana con más población indígena: Según datos del último censo 2010, la población total del estado es de 2,495,022 de los cuales 369,549 personas mayores

²² Auernheimer, Georg, *Einführung in die interkulturelle Pädagogik*, Darmstadt, Alemania, WBG, 2003, p. 21.

²³ Bertels, Ursula y Sabine Eylert, Christiana Lütkes y Sandra de Vries *et al.*, *Ethnologie in der Schule. Eine Studie zur Vermittlung von Interkultureller Kompetenz*, Münster, Alemania, 2004.

²⁴ Para la base teórica de la definición de competencia intercultural, los aspectos claves y las metas de enseñanza de competencia intercultural véase Bertels, Eylert, Lütkes y de Vries, 2004.

de 3 años hablan alguna lengua indígena, lo que representa casi el 15% de la población de la entidad (INEGI 2010). Las lenguas predominantes en el estado son el náhuatl, el otomí o hñahñu y el tepehua.

De los 31 municipios considerados altamente indígenas, para muchos jóvenes la primera opción de lograr una formación en una carrera universitaria es la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, la cual ofrece un total de 44 licenciaturas en su sede principal en la capital Pachuca, así como en 9 sedes o escuelas superiores en distintos municipios del estado. El índice de estudiantes indígenas o provenientes de un hogar con tradición y cultura indígenas se estima en un mínimo de 5 % del total de la matrícula.²⁵

Para lograr impulsar acciones de formación de estos estudiantes indígenas, crear programas para su ingreso, permanencia, titulación y egreso y fomentar una educación intercultural, la UAEH se integra en el año 2010 al programa PAEIIES.²⁶ El Programa de Apoyo a Estudiantes Indígenas en Instituciones de Educación Superior (PAEIIES) inicia en México en el año 2001, bajo la coordinación de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) con donativos otorgados por la Fundación Ford ante la necesidad de la universidades de ofrecer una atención específica a la población indígena en su matrícula. El programa trabaja con las siguientes líneas estratégicas.

- Lograr un mayor número de estudiantes indígenas al sistema de educación superior.
- Apoyo académico de los estudiantes.
- Garantizar acciones extracurriculares y de reforzamiento.
- Fundar un vínculo estrecho con instancias internas y externas.
- Difundir la importancia e impacto del programa.(ANUIES-PAEIIES 2006).

²⁵ Raesfeld, Lydia y Jesús Gabriel Cuevas Ramírez, “Los Estudiantes Indígenas en la Universidad, de la Invisibilidad a la luz: Un acercamiento a los estudiantes de la Licenciatura en Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma Del Estado De Hidalgo”, en *Cuadernos Interculturales*, Chile, vol. 10, 2008, pp. 111-124.

²⁶ Para una evaluación del programa a nivel nacional en el año 2005, véase Flores-Crespo, Pedro y Romo López, Alejandra, *et al.*, *El programa de apoyo a estudiantes indígenas: ¿nivelador académico o impulsor de la interculturalidad?*, México, ANUIES, 2005. Así como, las publicaciones en la página web del programa: <http://paeiies.anui.es.mx/public/>, consultado en agosto de 2012.

Hasta el año 2010 se afiliaron 16 instituciones de educación superior al programa, entre ellas la UAEH,²⁷ la cual a finales del 2010 recibe recursos del programa PAEIIES según convenio de colaboración firmado con la ANUIES y con apoyos de la Fundación Ford, el Banco Mundial y la Secretaría de Educación Pública (SEP). Con estos recursos se instaló la Unidad de Apoyo Académico Intercultural para Estudiantes Indígenas (UAAIEI) y se identificó en el 2010 un total de 1,161 estudiantes indígenas o con algún vínculo indígena según datos proporcionados por la Dirección Administración Escolar de un total de 19,427 estudiantes de nivel licenciatura, maestría y doctorado en la universidad, significando el 6 % de la población estudiantil total (UAEH Planeación 2010).

En el año 2011, se inscriben los primeros 55 estudiantes en el programa y en el 2012 ya participan 136 estudiantes, para llegar a 229 en el 2013. A partir de este año la UAEH asume el programa como propio y lo apoya con recursos de la misma institución. El programa está dirigido en primer lugar hacia los estudiantes de origen indígenas, pero debe en el futuro incluir también a la población universitaria no-indígena para así garantizar una formación en competencias interculturales de manera recíproca y horizontal.

Se realizan acciones extracurriculares de reforzamiento académico, asesorías, tutorías, movilidad académica regional, nacional e internacional, investigación, participación en congresos, cursos, conferencias y foros nacionales e internacionales de temática étnica para el fomento a la continuidad académica, la conservación de su cultura, costumbres, tradiciones y lengua.

El éxito del programa se refleja en una mejora de las calificaciones, una disminución de los índices de reprobación, y sobre todo de deserción de los estudiantes indígenas adscritos.

Este tipo de programas con acciones afirmativas hacia la cultura indígena contribuyen a hacer realidad los postulados de los derechos humanos, de

²⁷ Para la información sobre el programa PAEIIES y posteriormente PAEI-UAEH agradezco la información de los responsables del programa en la División de Vinculación, Dr. José Luis Antón de la Concha y Lic. Celene Díaz Espíndola.

la ley general de educación en cuanto a los derechos iguales de acceso a todos los niveles educativos para toda la población mexicana, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE Beltrán, Gonzalo, *Obra antropológica XV. Crítica antropológica*, México, INI- FCE, 1990.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE UNIVERSIDADES E INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR (ANUIES) – PAEIIES, Programa de Apoyo a Estudiantes Indígenas en Instituciones de Educación Superior, 2006 <http://paeiies.anui.es.mx/public/>, consultado en agosto de 2012.
- AUERNHEIMER, Georg, *Einführung in die interkulturelle Pädagogik*, Alemania, Darmstadt, WBG, 2003.
- BERTELS, Ursula, et al., *Ethnologie in der Schule. Eine Studie zur Vermittlung von Interkultureller Kompetenz*, Münster, Alemania, 2004.
- BERTELY Busquets, María, “La educación indígena”, en Latapí Sarre, Pablo, *Un siglo de educación en México II*, México, FCE, 1998.
- FLORES-CRESPO, Pedro (coord.) *El programa de apoyo a estudiantes indígenas: ¿nivelador académico o impulsor de la interculturalidad?*, México, ANUIES, 2005.
- GEERTZ, Clifford, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays* (first edition 1973), New York, Basic Books, 2000.
- GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, “Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de marzo de 2003, consultado en: <http://www.inali.gob.mx/pdf/ley-GDLPI.pdf>.
- GOODENOUGH, W. H., “Cultural anthropology and linguistics”, Gavin, P., *Report of the Seventh Annual Round Table Meeting on Linguistics and Language Study*, Washington D.C., Georgetown Univ, Monogr. Ser. Lang. and Ling, Vol. 9, 1975.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA (INEGI), *Censo de Población y Vivienda 2010*, consulta de datos interactiva, Conjunto de datos: Población de 3 años y más: http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=cpv10_p3mas
http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c=27781

INSTITUTO NACIONAL DE LENGUAS INDÍGENAS (INALI), *Catálogo de las Lenguas Indígenas Nacionales, 2010*, <http://www.inali.gob.mx/clin-inali/>.

LÓPEZ PÉREZ, Sócrates, *La nueva relación Estado-Pueblos Indígenas: el caso del Estado de Hidalgo*, Tesis doctoral, México, UAM-Xochimilco, 2000.

OEHMICHEN Bazán, Ma. Cristina, *Reforma del estado, política social e indigenismo en México, 1988-1996*, México, UNAM, 1999.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>, consultado en julio de 2013.

¿Qué son los Derechos Humanos?

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, consultado en julio de 2013.

PERPEET, W., "Kulturphilosophie", en: Ritter, Joaquim (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel, Schwabe, Vol. 4. 1976.

RAESFELD, Lydia y Jesús Gabriel Cuevas Ramírez, "Los Estudiantes Indígenas en la Universidad, de la Invisibilidad a la luz: Un acercamiento a los estudiantes de la Licenciatura en Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo", en *Cuadernos Interculturales*, Chile, Vol. 10, 2008.

RED DE UNIVERSIDADES INTERCULTURALES (REDUI), página de la Red: http://www.redui.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=31&Itemid=37, consultado en julio de 2013.

REVUELTAS, Andrea, *México: Estado y Modernidad*, México, UAM-Xochimilco-CSH, 1992.

REY, Micheline, "Intercultural education and it's practical efforts in teaching", en Porcher, Louis (ed.), *Second Council of Europe Teacher's Seminar: the education of migrant children: intercultural pedagogy in the field*, Estrasburgo, Francia, 1979.

ROMO LÓPEZ, Alejandra y Hernández Santiago, Pedro, *Evaluación del Programa de Tutoría a Estudiantes Indígenas Programa de Apoyo a Universidades con Estudiantes Indígenas*, México, ANUIES-FUNDACIÓN FORD, 2005.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA (SEP), Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, CGEIB, consultado en: <http://eib.sep.gob.mx/cgeib/index.php/la-cgeib>, febrero de 2012.

Dirección General de Educación Indígena, consultado en: <http://basica.sep.gob.mx/dgeil/start.php>.

consultado en: http://www.ses.sep.gob.mx/wb/ses/universidades_interculturales, julio de 2012.

SERRANO Carreto, Enrique, *Regiones indígenas de México*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006, http://www.cdi.gob.mx/regiones/regiones_indigenas_cdi.pdf.

STAVENHAGEN, Rodolfo, "¿Fin del Indigenismo?", en *Memorias del Seminario Permanente sobre asuntos indigenistas*, México, INI, 1996.

TOURAINÉ, Alain, *¿Podremos vivir juntos?*, México, FCE, 2001.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO, Dirección General de planeación, *Estadísticas Escolares 2010*, <http://intranet.uaeh.edu.mx/DGP/estadisticas/index.html>.

VILLORO, Luis, *¿Fin del Indigenismo?*, Conferencia impartida en el Seminario permanente sobre asuntos indígenas, México, INI, 1996.

El control de convencionalidad

*Hugo Alberto ARRIAGA BECERRA**

SUMARIO: I. La Constitución. II. El Constitucionalismo. III. La eulogística constitucional. IV. La defensa de la Constitución. V. El Juicio de Amparo. VI. Reformas al juicio de amparo. VII. Reforma en materia de técnica del amparo. VIII. Reforma en cuanto a contenidos de tutela del juicio de amparo. IX. Bibliografía.

I. LA CONSTITUCIÓN

El concepto de *Constitución* aparece tan remotamente en los orígenes de la comunidad humana, que parece estar inescindiblemente unido a la idea de sociedad. Los griegos conocieron y estudiaron la *Πολιτεία* (politeia)¹, y Aristóteles prestó especial atención al fenómeno gestado en las diversas *πόλις* (polis), particularmente y desde luego, en Atenas. Así, el ilustre estagirita consideró que “la constitución es el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magistraturas y señaladamente a la suprema de todas. Dondequiera, en efecto, el gobierno es el titular de la soberanía, y la constitución es en suma, el gobierno”².

Esta concepción no fue la única que nos legó el filósofo, pero sí la más cercana a la moderna idea de constitución, desde el punto de vista de su

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Profesor por Oposición de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho; Presidente del Instituto Mexicano del Amparo; Profesor Visitante de la Universidad Católica de Colombia.

¹ Πολιτεία es traducida por los filólogos con la expresión ‘constitución’, si bien se le ha traducido de igual manera por ‘república’, como en la obra de Platón.

² Aristóteles, *Política*, Versión española, notas e introducción de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1963, p. 76.

supremacía, así como de su carácter orgánico, condiciones que nos interesan primordialmente en esta oportunidad y que se deducen igualmente de pasajes posteriores de la obra de Aristóteles, quien enseña:

“El orden es ley. Es preferible pues... que gobierne la ley antes que uno solo de los ciudadanos; y aún en el caso de que fuera mejor el gobierno de algunos, habría que constituir a éstos en guardianes de la ley y subordinados a ellas... quien recomienda el gobierno de la ley, parece recomendar el gobierno exclusivo de lo divino y lo racional...La ley es... la razón sin apetito”³.

Más las ideas de Aristóteles no aparecieron de manera independiente a las creencias griegas, sino que de algún modo fueron fruto de ellas. Así, los helenos estimaron la existencia de un orden superior, establecido por los dioses y reflejado en la vida humana.

Desde Hesíodo encontramos referencias a *Δίκη* (*Dikê*), portadora del derecho desde el Olimpo⁴, la cual es hija de *Θεμῖς* (*Themis*) y *Ζεὺς*, con la misión en la tierra de encarnar a la justicia y en los infiernos a la venganza⁵, lo que importa una semejanza de propósito con las fórmulas reinantes para *φύσις* (*physis*, la naturaleza), la cual se constituye en un *κόσμος* (*kosmos*), que se encuentra regulado por un *λόγος* (*logos*) inmanente que lo gobierna⁶. Así, si *φύσις* es absoluta y necesaria por virtud de *Δίκη*⁷, las *πόλεις* (*poleis pl. de polis*) se encuentran sometidas a las mismas reglas, contenidas en un *δικαίων φυσικόν* (*dikaión physikon* un derecho natural). Por ende, si las leyes humanas *νόμοι* (*nómoi*), se nutren de la ley divina, como asevera Heráclito, la *Πολιτεία* da lugar al *κόσμος* del *ζῶον πολιτικόν* (*zoon politikón*, animal político). Esta noción teológica del derecho, concebido como “un mandato de la Divinidad y como superior al poder humano, y, por tanto, no como objeto de ciencia, sino de fe”⁸, conformó la raíz de la idea de la supremacía

³ *Ibidem*, p. 100.

⁴ *Vid.* Verdross, Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, traducción de Mario de la Cueva, 2ª ed., México, UNAM, 1983, pp. 11 y ss.

⁵ *Vid.* Gómez Robledo, Antonio, *Meditación sobre la justicia*, México, FCE, pp. 15 y ss.

⁶ *Vid.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2ª ed., México, UNAM, 1986, p. 24.

⁷ A cuyo servicio se encuentran las furias vengadoras (*Erinias*), que someterán a *Φύσις* en caso de que fuera necesario, según dice Heráclito.

⁸ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1980, p. 2.

constitucional, pues acatar las νόμοι que derivan de la Πολιτεία, implica el sometimiento al λόγος, y por consecuencia al κόσμος ordenado desde el Olimpo. Es por ello que Sócrates aplicando “su intelectualismo ético a la vida del Estado, afirmó la vocación por una justicia superior, fundada en un orden divino inteligible, racional; y al propio tiempo, trató de fundar sobre dicho orden el valor del Derecho humano, aun en los casos en que éste sea malo, ofreciendo con ello, el primer ensayo de zanjar el conflicto entre Derecho natural y Derecho positivo, conflicto que Sócrates resuelve en favor del Derecho positivo, precisamente por razones de Derecho natural cuando, condenado, rehúsa sustraerse al imperio de las leyes atenienses y al fallo de los jueces”⁹.

El hilo histórico conductor hacia nuestra cultura europea occidental pasa después por Roma, donde los juristas, al igual que el *populus romanus in genere*, aparecen con una mentalidad positiva, empírica y materialista. La idea de *lex*, y desde luego de *constitutio*, encuentra resabios teológicos, que si en un principio eran verdaderamente parte de la creencia de los romanos, las más de las veces fueron simplemente utilizados por sus gobernantes para justificar sus propios actos. No obstante, el concepto filosófico griego encontró un gran exponente romano en Cicerón¹⁰, quien a propósito de estas cuestiones escribe:

“La verdadera ley es la razón en armonía con la naturaleza, difundida en todos los seres inmutable y sempiterna, que, ordenando, nos llama a cumplir nuestro deber, y, prohibiendo, nos aparta de la injusticia. Y, sin embargo, ni manda o prohíbe en vano a los buenos, ni ordenando o prohibiendo opera sobre los malos. No es justo alterar esta ley, ni es lícito derogarla en parte ni abolirla en total. No podemos ser dispensados de obedecerla ni por el Senado ni por el pueblo, no necesitamos de un Sexto Aelio que nos la explique o nos la interprete. Y no habrá una ley en Roma y otra en Atenas, ni una hoy y otra mañana, sino que regirá para todos los pueblos y en todo tiempo una sola ley sempiterna e inmutable; y habrá para todos un solo Dios señor y gobernante, autor, árbitro y sancionador de esta ley. Quien no obedece esta ley huye de sí mismo, sufrirá mayores penas aunque haya escapado a las otras que consideramos suplicios”.¹¹

⁹ Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1983, p. 369.

¹⁰ No obstante esta primera apreciación, el propio Cicerón excluye a los animales de todo *vinculum iuris*, pues no cree en un *cosmos*, tan vasto del derecho, *cfr.* Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, p. 88.

¹¹ Cicerón, *La República*, México, Ediciones Gernika, 1993, pp. 97-98.

De lo asentado, se advierte la base religiosa de la creencia en la *lex*, lo que entraña una coincidencia eidética, derivada de los griegos, de la cual se tomaría ventaja en el *principado*. Así, si César no logró cristalizar sus intenciones, su sucesor Cayo Octavio, sí establecería la monarquía romana de su tiempo, adoptando el título de *Augusto*¹² en el año 27 a.C. y denominando “principado” a la forma constitucional creada por él mismo, que no era sino un engaño, pues bajo la noción falsa del “primer ciudadano” se ocultaba la monarquía. En efecto, si bien Augusto restauró de modo expreso y solemne el orden republicano, sus actos revelaron el origen del imperio. Tan es así, que el concepto recogido por Ulpiano no da lugar a dudas cuando sentencia:

“Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat”.

Así, el Digesto I.4.1¹³ estableció que “*Constitutio* es lo que el emperador ordenaba (*principi placuit*) y que tenía la fuerza (*vigor*) de una ley (*lex*)”¹⁴. No obstante, el concepto sería aún encubierto bajo la *communis reipublica sponsio*, como consideraba Papiniano a la *lex*¹⁵, pues como enseña Ihering:

“La voluntad del Estado es la voluntad del conjunto de ciudadanos; la ley es un contrato, por el cual estos últimos se obligan recíprocamente a observar cierto modo de proceder; y la obligación de todos que de ello resulta, el derecho en el sentido objetivo... La ley no es otra cosa que una forma de obligación aplicada a todo el pueblo. Como la obligación privada necesita de una pregunta y una respuesta (la estipulación); el pueblo es *rogatus*, y responde con su voto”.¹⁶

¹² El empleo de este vocablo denota ya el propósito político de Octavio, por tener implicaciones tanto de índole religioso, como puramente humanas. Así, por “Augusto” puede entenderse “santo”, al tiempo que puede significar “excelso”, “honorable”. Esto no fue mera coincidencia, sino el empleo intencional de un vocablo múltiple. Cfr. Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, traducción de la 4ª ed. alemana por Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1985, p. 55.

¹³ Al igual, Gayo en las *Institutas* (I.5), aduce: “*Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec unquam dubitatum est quin id legis vicem optineat*”.

¹⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ Cfr. ídem, pp. 46-47.

¹⁶ Ihering, Rudolph von, *El Espíritu del Derecho Romano*, versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, 5ª tirada, Madrid, Casa Editorial Bailly-Bailliére, t. I, 1891, pp. 252-253.

Sin embargo, la proposición legislativa que el *princeps* sometía al Senado a través de la *oratio*, “se convirtió después en una simple formalidad, de manera que la *oratio* fue, por sí misma, considerada como norma”.¹⁷

Todo lo hasta aquí expuesto nos es suficiente para concluir que en su origen, el concepto constitucional se fundó en importantes razones para ser considerado como superior y observable, lo que fue aprovechado como sustento, para dar lugar a su abuso de parte de los detentadores del poder.

II. EL CONSTITUCIONALISMO

Ahora bien, el principio seguido por la Roma occidental y más tarde por Bizancio, se convertiría en un valioso antecedente del absolutismo, a lo que se opondría históricamente la doctrina del *constitucionalismo*, entendida como “los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política”.¹⁸

Esta tesis habría de nacer en el seno menos lógico, pero sí más propicio, en el año de 1215 en Inglaterra, donde “numerosas circunstancias se combinaron para producir un estado de alerta y vigilancia por parte de los barones, que pondría obstáculos formidables al rey teocrático, tan formidables, en efecto, que su teocracia casi se desvaneció”.¹⁹ Así, el rey angevino Juan, “no sólo había gobernado, indudablemente, sin el consentimiento de los barones -violación bastante significativa de los principios feudales-, sino que también, en casos individuales, había puesto en práctica el ejercicio de su *voluntas*, la cual, desde el punto de vista de

¹⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹⁸ *Ibid.*, p. 102. En el mismo sentido Nicola Matteucci enseña que “el constitucionalismo es la técnica de la libertad, o sea que es la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos individuales y, al mismo tiempo, el estado es colocado en la posición de no poder violarlos”, Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, *Diccionario de Política*, redactores de la edición en español José Aricó y Jorge Tula, 4ª ed., México, Siglo Veintiuno, 1985, p. 389; y Vladimiro Naranjo Mesa expone: “por constitucionalismo entendemos el deseo de los pueblos de vivir bajo leyes estables que obliguen también a los gobernantes... El constitucionalismo ha sido, pues, un esfuerzo incesante por legitimar y racionalizar la organización, la titularidad y el ejercicio del poder político... Es la contrapartida del Estado de poder, basado en la imposición o el dominio, buscando implantar el Estado de Derecho, basado en el consentimiento de los gobernados y en la limitación del poder de los gobernantes.” En *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1987, pp. 25-26.

¹⁹ Ullmann, Walter, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, versión española de Graciela Soriano, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 158.

aquellos, era prava porque violaba un remoto principio de derecho feudal de la antigüedad cercana a los doscientos años, según el cual solo podía perderse un feudo *secundum iudicium parium suorum*".²⁰ Al respecto, E.L. Woodward escribe:

“La oposición a su persona, que alcanzó su punto álgido con la imposición al rey de las demandas promulgadas en la Carta Magna, puede decirse que fue general. Se expresó en términos feudales, porque los ingleses pensaban de acuerdo con ellos. Los jefes eran los hombres importantes de la Iglesia y el Estado, porque ninguna otra clase en Inglaterra tenía los medios para oponerse al rey. Las cláusulas de la Carta Magna parecen hoy de más importancia de lo que pretendieron ser en 1215... Los barones actuaron, como otras clases antes y después, en su propio interés: no inventaron una maquinaria constitucional permanente para tratar con un rey que sobrepasara los límites aceptados del poder real. Su carta es sólo una mezcla de generalidades y precisiones, un catálogo de privilegios feudales menores y unas pocas reclamaciones”.²¹

En el documento no hay declaración alguna respecto de los derechos de los ingleses *in genere*, pero no por ello deja de tener importancia, pues fue uno de los primeros antecedentes llevado a un documento constitucional, en el que se imponían límites a un monarca que había obrado dentro del absolutismo.

Un segundo intento constitucionalista, más avanzado en sus propósitos y más profundo en sus raíces, enfrentaría otra monarquía absoluta: la revolución francesa. En las semanas transcurridas entre el 5 de mayo, fecha de la primer reunión de los Estados Generales, al 14 de julio de 1789, la vieja monarquía se encontró ante la doble presión de una revolución parlamentaria y una revuelta popular. Los días siguientes, la Asamblea Nacional Constituyente, como se autodenominaron los Estados Generales, sentaron las bases de una nueva filosofía política en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.²² La Declaración de 1789

²⁰ *Ibidem*, p. 165

²¹ Woodward, E.L., *Historia de Inglaterra*, traducción de Eugenio Gallego, Madrid, Alianza Editorial, 1974, pp. 47-48.

²² *Vid.* Duverger, Maurice, *Les Constitutions de la France*, 11^a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1987, p. 37.

ha tenido una gran repercusión en Francia y en el Mundo, siendo un eco de las ideas de los pensadores del siglo XVIII, particularmente Jean Jacques Rousseau, de quien se toma el concepto del primer artículo del documento: *l'homme est né libre*, conformándose como un reconocimiento o constatación de un hecho, pues la Asamblea reconoce y declara: "El hombre posee, independientemente de las estructuras políticas y sociales, derechos que son naturales, inalienables y sagrados"²³, para más adelante concluir, con un retorno a las concepciones teológicas griegas que hemos apuntado líneas atrás, que "la Asamblea reconoce y declara bajo los auspicios del Ser Supremo...".

Tales nociones reportan un reencuentro con la idea originaria griega, llevado al extremo absoluto de toda la humanidad, lo que no se consideró antes en la historia. El punto mayormente rescatable de este documento y del movimiento constitucionalista francés que en él se reflejaba, era pues su universalidad. No obstante, pronto la propia historia habría de demostrar a los franceses y al mundo, que la igualdad preconizada no operaba en la realidad como se hubiera deseado, sino por el contrario, se volvería sobre sus creadores, conduciendo ineludiblemente al tercer intento constitucional. Este se dio en México, con la Constitución de 1917.

En nuestro país, las condiciones decimonónicas del campo y de los trabajadores, dieron lugar a la implementación de las *garantías sociales*, como un reclamo popular, que rompió con los moldes constitucionales existentes a esa fecha. Se llegó a la conclusión histórica de que no bastaba declarar iguales a los hombres, si no se les daban los elementos para poder hacer efectiva esa igualdad humana; en otras palabras, se reconoció que no es suficiente con pertenecer al género humano para encontrarse en las mismas condiciones unos individuos con respecto a otros, puesto que la vida social y económica nos ubica en diversos estratos por modo ineludible. La consecuencia jurídica de la intervención gubernamental en las relaciones entre los gobernados no constituyó sino otro retorno a nuestras raíces griegas: tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, como dice Aristóteles.

²³ Vid. Debbasch, Charles y Pontier, Jean-Marie, *Les Constitutions de la France*, París, Dalloz, 1983, p. 5.

Resulta interesante que la Constitución de 1917 hubo de diferir de su predecesora en cuanto a su perspectiva, pues mientras ésta ubicaba al hombre-individuo como la base y objeto de las instituciones sociales, aquélla prescindió de tal concepto. Así, la discrepancia entre los respectivos textos del artículo 1° de cada documento fundamental, admiten una interpretación que parece verídica, pero puede acreditarse que fue impensada, como es que se omitió mencionar al hombre, por la tendencia a las garantías sociales. Esto es así, pues la discusión del primer numeral de la Carta Magna se verificó en diciembre de 1916, en tanto la referente al artículo 5°, de donde se desprendería la elaboración del 123, tuvo lugar en enero de 1917, contra la opinión de diversos diputados constituyentes. La única y verdadera causa para suprimir la mención del hombre como ese centro de imputación jurídica por excelencia, fue, a decir del diputado José Natividad Macías:

“Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos, necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta de todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías individuales”.²⁴

III. LA EULOGÍSTICA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, aún en esta etapa de evolución constitucional, los hombres han advertido como se sigue patentizando en el desarrollo de la actividad gubernamental, una serie de infracciones en detrimento de los individuos y de los grupos sociales. Así, allí donde el detentador del poder encuentra fisuras, por mínimas que sean, a los límites jurídicos que a su poder impone el derecho, escapa a dicho control. Cotidianamente, al menos en la medida apuntada, en todo estado se prueba la atingencia del epigrama de Acton: “*Power tends to corrupt; absolute power tends to corrupt absolutely*”.

Pero tales circunstancias no sólo operan en la pequeña escala, sino aún de manera frontal en contraposición a las normas fundamentales. Esto ocurre, no obstante, de manera regular bajo un disfraz: el empleo persuasivo de la definición de constitución.

²⁴ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente. Reedición Conmemorativa del 70 Aniversario de la Reunión del Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, Gobierno del Estado Libre y Soberano de Querétaro, tomo I, 1987, p. 424.

Lo apuntado funciona de la siguiente manera: el concepto de *constitución*, lleva consigo una carga emotiva trascendental, tan remota como lo que vimos ocurría en Grecia. El empleo moderno del vocablo genera reacciones entre los destinatarios, las cuales normalmente son de orden positivo. En esto estriba la condición *eulogística* de la idea constitucional. Dicho de otro giro, allí donde se habla de *Constitución* o de *constitucional*, el oyente evoca nociones tales como *libertad, justicia, paz*; así:

“ Toda la nobleza, respetabilidad y demás cualidades reconocidas al movimiento constitucional son traspasadas, sin más, a la constitución, convirtiéndola en un objeto no sólo de admiración y respeto sino, a veces, de veneración. Por lo general y desde el triunfo del constitucionalismo (por lo menos de su doctrina) los hombres están convencidos de la bondad y respetabilidad de la constitución”.²⁵

Como consecuencia política de lo anterior, la utilización de una definición persuasiva de *Constitución* implica “una trampa verbal que se le tiende al oyente o lector, manteniendo el significado emotivo de una palabra, pero cambiando el descriptivo... de tal manera que se dirigen las reacciones favorables o desfavorables hacia un nuevo objeto”.²⁶ Por consecuencia, para revestir a cierta fórmula política con el nombre de *constitución*, basta con armar una definición *ad hoc*. Esto puede operar *in genere*, por lo que atañe a todo un documento constitucional, o bien en relación a alguna institución que habrá de incorporarse al texto fundamental. Así, cada Estado adopta un modelo que para ese Estado en particular es *la constitución*, como si fuese la única posible formulación de esa naturaleza, pero también sucede que para modificar algo se le revista de carácter *constitucional* en lo particular, sin tocar la totalidad de la *lex legum*. Este último caso es el más recurrente.

IV. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Como quiera que sea, existiendo una constitución, del modelo de que se trate, conforma un reflejo del constitucionalismo *in genere*, y de alguna forma también refiere la teleología del pueblo de que se trate, tal como

²⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.* p. 100.

²⁶ Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, México, UNAM, 1974, p. 13, citado por Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 101.

enseña Ferdinand Lassalle.²⁷ Esto se transforma pues, en la deontología que por diversas causas adopta un Estado, y que debe defenderse de quienes pretenden dejar de acatar ese *communis reipublicae sponsio* de que nos hablaba Papiniano. Lo apuntado cobra mayor importancia cuando recordamos que entre los elementos constitucionales a tutelar se encuentran los derechos de los gobernados, los que no se vuelven eficaces *ipso facto* por aparecer en el catálogo constitucional.

La defensa de la constitución está integrada por todos aquéllos instrumentos jurídicos que tienen por objeto conservar la observancia de la normativa constitucional, bien sea impidiendo, deteniendo y/o nulificando el acto contraventor de la *lex legum*, o sancionando a la autoridad que así hubiere obrado. Esta función se verifica a través de diversos métodos y con distintos alcances, tal como enseña el maestro Octavio Hernández²⁸, quien estima se puede hablar: A) de la naturaleza del órgano que lleva a cabo la defensa y B) del alcance de las funciones de dicho órgano.

A) Según la naturaleza del órgano, la doctrina habla de: 1) un sistema de defensa constitucional por órgano político; 2) un sistema de defensa constitucional por órgano judicial; 3) un sistema de defensa constitucional por órgano mixto y 4) un sistema de defensa constitucional por órgano popular.

1) *Medio de control constitucional por órgano político.* Este medio de defensa consta de cuatro caracteres, a decir del maestro Ignacio Burgoa²⁹, como son: a) la preservación de la *ley fundamental* se encomienda bien a un órgano distinto de aquéllos en los que se depositan los tres poderes del Estado, o bien se confía a uno de éstos; b) la petición de inconstitucionalidad compete a un órgano del Estado, o grupo de funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano de control declare que el acto de que se trate vulnera la constitución; c) ante el órgano de control no se ventila un procedimiento contencioso; y d) las declaraciones de inconstitucionalidad tienen el efecto *erga omnes*.

²⁷ Cfr. Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Colofón, pp. 70-71.

²⁸ Cfr. Hernández, Octavio A., *Curso de Amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1983, p. 24.

²⁹ Cfr. Burgoa, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 24ª ed., México, Porrúa, 1988, p. 158 y ss.

2) *Medio de control constitucional por órgano judicial.* El propio maestro Burgoa³⁰ señala como características de este medio las siguientes: a) la protección constitucional se confiere a un órgano jurisdiccional con atribuciones especializadas, o se ejerce por las autoridades judiciales en acatamiento al principio de supremacía constitucional; b) la petición de inconstitucionalidad incumbe a cualquier gobernado afectado por el acto lesivo de la Constitución; c) ante el órgano judicial se sustancia un verdadero proceso contencioso; y d) Las decisiones emitidas por el órgano de control sólo atañen a quien hubiese impugnado el acto autoritario, sin hacerse extensivas a otros, independientemente de que se encuentren en la misma situación.

3) *Medio de control por órgano mixto.* Aunque es denominado así por la doctrina, no es tal según las explicaciones de los diversos autores. En realidad se trata de la concurrencia de diversos métodos de control, lo que resulta no sólo conveniente, sino incluso imprescindible.

4) *Medio de control constitucional por órgano popular.* El maestro Octavio Hernández³¹ sostiene que en esta clase de medio defensivo no existe un órgano preestablecido, sino que se va a conformar cuando se suscite el problema jurídico, con legos que le restan seriedad y el profesionalismo requerido a la resolución del asunto.

B) Acorde al alcance de las determinaciones del órgano a que se encomiende la defensa constitucional, la *función de control* “puede consistir en dar definiciones generales de constitucionalidad, valederas *erga omnes*, con motivo o no de un caso concreto; o puede consistir en definir la constitucionalidad únicamente respecto al caso concreto que se ventila y con eficacia exclusivamente para ese caso”³², tal como se ha apuntado. Además, la función de la primera clase se refiere de ordinario a la facultad de un órgano del Estado de impugnar ante otro el acto tachado de inconstitucional, consiguiéndose la anulación absoluta de éste, en tanto la segunda categoría, normalmente es la referida a los gobernados, que se hallan en posibilidad jurídica de combatir los actos autoritarios por contravenir alguna disposición de la *lex legum*.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 171 y ss.

³¹ Cfr. Hernández, Octavio, *op. cit.*, p. 24.

³² Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 23ª ed., México, Porrúa, 1989, p. 493.

V. EL JUICIO DE AMPARO

El juicio de amparo, como medio jurídico para exigir el respeto y protección de las garantías individuales y sociales, nace a la vida jurídica para proteger la esfera del gobernado contra actos arbitrarios del poder público que afecten o amenacen dichas garantías.

En el año 2011, los abogados celebramos los 170 años de existencia del juicio de amparo, formalmente establecido en la Constitución Yucateca de 1841 y originado en la mente del ilustre Don Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá desde 1840, el cual fue adoptado por el Acta de Reformas de 1847 (artículo 25), que devolvió vigencia a la Constitución de 1824, siendo que la primera sentencia de amparo en México se dictó el 13 de agosto de 1849, concediendo la protección constitucional al quejoso, entre otras razones, por causas de competencia.³³

Expuestas las nociones anteriores, resulta claro que nuestro objeto de estudio parte de las mismas y se ha de concebir como un método de la defensa constitucional y más apropiadamente, como lo define el maestro Ignacio Burgoa, como un medio de control constitucional por vía de acción.³⁴

Esta concepción implica la sola esencia de nuestro juicio constitucional, que en principio tutela la Carta Magna, y a través de las garantías que ella consagra, todo el orden jurídico nacional, pero siempre a través de la instancia de parte; esto es, siempre en función de que se ejerza por el gobernado la acción ante los tribunales federales.

Así, la procedencia del juicio de amparo se da en referencia a *cualquier acto de autoridad que viole las garantías de los gobernados*.

³³ Vid. Arízpe Narro, Enrique, *La Primera Sentencia de Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, especialmente las páginas 39 a 50. Cabe apuntar que en realidad la primera sentencia de amparo se habría gestado en Yucatán, y con base en el artículo 8º de la Constitución Yucateca de 31 de marzo de 1841. Vid. Covarrubias Zepeda, Gonzalo, *La Primera Sentencia de Amparo en México: Un Logro ante la adversidad y la omisión*, México, 2010.

³⁴ Cfr. Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 171 y ss.

VI. REFORMAS AL JUICIO DE AMPARO

La *teoría del acto de autoridad* parte de un concepto formal, derivado del artículo 103 de la *lex legum*, que en su fracción I atribuía a los tribunales federales el conocimiento de las controversias que se susciten por actos de autoridad que violasen garantías individuales.

El artículo 1° de la Ley de Amparo de 1936, en su fracción I, repitió de modo textual la noción del texto constitucional que reglamentaba en principio, indicando en su proemio que el juicio de amparo tiene por objeto resolver tal tipo de litigios.

Ahora bien, por publicación en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) del lunes 6 de junio de 2011, se reformó el artículo 103 de la Carta Magna, modificación que entró en vigor el día 4 de octubre de 2011, para quedar como sigue:

“Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

Por su parte, mediante decreto publicado en el DOF el 10 de junio del 2011, que entró en vigor al día siguiente, se estableció que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Así, el texto del artículo 1° de la *lex legum* quedó con el siguiente contenido:

“Título Primero
Capítulo I
De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o.- *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Las reformas constitucionales referidas, generan dos importantes vertientes a saber: A) la reforma *en materia de técnica del amparo*; y B) la reforma en cuanto a los *contenidos de tutela del juicio de amparo*.

VII. REFORMA EN MATERIA DE TÉCNICA DEL AMPARO

Esta reforma involucra los siguientes aspectos fundamentales, derivados esencialmente de los cambios introducidos a los artículos 103 y 107 de la *lex legum*:

A) *Normas generales*. Se substituye la expresión “leyes” del artículo 103, por “normas generales”, lo que no afecta en lo absoluto, pues por el contrario, es nítido que también involucra los tratados internacionales y los reglamentos, a más de las leyes, siendo que el amparo siempre ha procedido en contra de todos ellos.

B) *Procedencia del juicio de amparo contra omisiones in genere*. Si bien el juicio de garantías siempre ha procedido por violación del artículo 8° de la *lex legum*, misma que por su naturaleza configura un acto omisivo, la reforma constitucional ha ampliado el margen de protección de los gobernados para tutelarles *contra cualesquiera violaciones constitucionales gestadas por omisión de parte de las autoridades*.

C) *Derechos humanos*. En la fracción I del artículo 103, se habla de los derechos humanos, a más de las garantías, y se indica que son objeto de protección, incluso cuando se deriven de tratados internacionales.

No nos pasa desapercibido que tanto el texto constitucional como el de su ley reglamentaria citada, aluden a nociones como “normas generales” y “leyes” como si se tratara de un concepto diverso al de “actos de autoridad”, pero este empleo de vocablos únicamente puede atribuirse a una incorrecta intelección por parte de los legisladores en la medida en que toda ley o norma general es un acto de autoridad.

También es conveniente acotar que aunque el texto constitucional alude a los derechos humanos y sus garantías (y con ello pareciera omitir la noción de las garantías sociales), esto sólo obedece a que se conservó parcialmente el nombre del Título Primero que aparecía en la Constitución de 1857, que dado su carácter liberal, sólo estableció garantías individuales, siendo que las garantías sociales surgieron en la Carta Magna de 1917.

D) *Procedencia del juicio de amparo con base en un interés legítimo*. La fracción I del artículo 107 constitucional, en su texto actual señala expresamente la procedencia del “juicio de garantías”, con esta base, al disponer que:

“I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con

ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;”.

Del texto constitucional se desprenden las siguientes circunstancias: 1. puede promover aduciendo interés legítimo cualquier gobernado, sea un individuo o una colectividad; 2. basta con que se aduzca que el acto reclamado viola los derechos consagrados en la propia Carta Magna (garantías del gobernado); 3. el acto reclamado ha de afectar la esfera jurídica del quejoso, lo que puede ser de manera directa, o simplemente por la situación que guarda frente al orden jurídico; 4. del segundo párrafo de la fracción I del artículo 107, se aprecia que *la noción de interés jurídico y su afectación de manera real, personal y directa, sólo subsiste en el caso del amparo directo, de suerte que en el juico entablado contra actos de autoridades administrativas, no resultan exigibles dichos parámetros, bastando el interés legítimo;* y 5. además, el concepto del interés legítimo, gesta una serie de consecuencias de gran utilidad en materia del amparo a saber:

a) *Imposibilidad jurídica de desechar una demanda de amparo basada en un interés legítimo.* La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado a propósito del concepto de *interés legítimo*, que la afectación del mismo es una cuestión de fondo, razón por la cual *no puede dar lugar al desechamiento de plano de la demanda, como motivo manifiesto e indudable de improcedencia.*

Incluso ha definido que *la falta de afectación al interés legítimo al momento de promover, no es motivo manifiesto e indudable de improcedencia*, pues reitera que aquel supuesto constituye una cuestión de fondo que no puede ser analizada al presentarse la demanda, sino que es susceptible de justificación durante la tramitación del juicio respectivo.

Finalmente a este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que *la circunstancia de que el acto impugnado esté desprovisto de efectos vinculatorios, no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia para el desechamiento de la demanda*, ya que, de acotarse la procedencia del medio de control constitucional a los casos en que se impugnan actos “vinculantes en términos jurídicos” y de considerarse

que únicamente este tipo de actos causan lesión, se estaría admitiendo un requisito adicional para la procedencia de la acción, no previsto en la Norma Fundamental. Así y aunque el quejoso debe tener interés legítimo para acudir a esta vía, traducido éste en la afectación que resienta en su esfera jurídica, en razón de su especial situación frente al acto que considere lesivo, la ley no restringe ni condiciona que dicha afectación sea resultado de un acto de tal naturaleza, dejando abierta la posibilidad de que otra clase de actos sean susceptibles de generar lesión.

Lo anterior, en función de que limitar de esta manera la procedencia del amparo daría cabida a que, bajo la forma de actos “no vinculantes en términos jurídicos”, se produjeran violaciones de facto a la Constitución Federal que no podrían ser objeto de control. En tal sentido, son aplicables por analogía las tesis aisladas originadas por algunas controversias constitucionales, bajo los rubros:

“EL HECHO DE QUE EL ACTO IMPUGNADO CAREZCA DE EFECTOS VINCULATORIOS NO CONSTITUYE MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA” y la tesis “DEBE DARSE OPORTUNIDAD AL ACTOR DE DEMOSTRAR EL INTERÉS LEGÍTIMO QUE LE ASISTE PARA ACUDIR A ESTA VÍA Y SÓLO DECRETARSE EL SOBRESEIMIENTO ANTE SU FALTA, CUANDO LA INVIABILIDAD DE LA ACCIÓN RESULTE TAN EVIDENTE QUE SEA INNECESARIO RELACIONARLA CON EL ESTUDIO DE FONDO DEL ASUNTO”, así como: “LA FALTA DE AFECTACIÓN AL INTERÉS DEL ACTOR, AL CONSTITUIR UNA CUESTIÓN DE FONDO QUE NO PUEDE SER ANALIZADA AL PRESENTARSE LA DEMANDA, NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA”.³⁵

Así, no se puede desechar la demanda de garantías bajo la apreciación de que no se demuestra el *interés legítimo*, pues se debe estudiar tal aspecto en su completitud, y la jurisprudencia ha señalado que no se puede desechar una demanda por las causas que se podrían invocar para sobreseer, siendo aplicables la tesis de los epígrafes:

“IMPROCEDENCIA, CAUSAL DE. PARA QUE OPERE DEBE SER PATENTE, CLARA E INOBJETABLE”, “IMPROCEDENCIA, AUTO

³⁵ Respectivamente, 1a. LXIV/2007, 1a. LXV/2007 y 1a. XLIV/2002, todas del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, las primeras dos en el t. XXV de febrero de 2007, pp. 1395 y 1396; y la última correspondiente al t. XV de junio de 2002, p. 431.

DE”, y en esa tesitura: “DEMANDA DE AMPARO. ADMISIÓN O DESECHAMIENTO DE LA”.³⁶

b) *Interés para accionar.* Por otra parte, y también en referencia al interés legítimo, el Poder Judicial de la Federación ha estimado que *el interés que debe justificarse no es el relativo a acreditar la pretensión, sino el que le asiste al quejoso para iniciar la acción constitucional, ya que aquél es una cuestión que atañe al fondo del asunto.*

Así, y como para la procedencia del juicio, el interés que debe justificar el accionante no es el relativo a acreditar su pretensión, sino el que le asiste para iniciar la acción, resulta procedente el juicio que intenten los particulares *no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico.* En este sentido, se presentan las tesis de los rubros:

“TERCERO PERJUDICADO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR EN EL AMPARO LA FALTA DE EMPLAZAMIENTO A AQUELLA INSTANCIA, SI ACREDITA UN INTERÉS LEGÍTIMO CONTRARIO AL DEL ACTOR (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)” e “INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL”³⁷

c) *El interés legítimo como interés cualificado.* Desde la iniciativa de reformas constitucionales se ha manejado la intención de *ampliar* el ámbito de protección constitucional con la inclusión del interés legítimo, lo que incluso ya se ha evidenciado en diversas tesis del Poder Judicial de la Federación, que haciendo alusión al concepto del interés legítimo, han concluido que el objeto del mismo estriba en *permitir el acceso a la*

³⁶ En consecuencia: tesis de jurisprudencia XIX.1o. J/6, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, t VIII, octubre de 1998, p. 997; y de la 5ª Época, las tesis aisladas correspondientes a los tomos XIV, Pleno, p. 886 y del t. LXXIX, Tercera Sala, p. 4258.

³⁷ Tesis I.7o.A.550 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t XXVII, febrero de 2008, p. 2456, y la jurisprudencia 2a./J. 142/2002, t. XVI, diciembre de 2002, Segunda Sala, p. 242 (ambas tesis correspondientes a la 9ª Época).

justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), cuando se genere un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

Así, y para definir cuándo estamos ante dicho “interés cualificado”, las tesis que se han generado han dicho que *basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo. De esta forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos.*

Uno de los principales objetivos pretendidos con la noción del *interés legítimo* es precisamente *permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante carezcan de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico).*

El interés legítimo no se ocupa del derecho subjetivo, sino simplemente del interés jurídicamente protegido propio de las personas que por gozar de una posición calificada, diferenciable, y que se ven *indirectamente beneficiadas o perjudicadas con el incumplimiento de ciertas reglas de derecho objetivo.* En este punto, son aplicables por analogía, las tesis de los epígrafes siguientes:

*“INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, “INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL”, “INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, al igual que “INTERÉS JURÍDICO. SUS ACEPCIONES TRATÁNDOSE DE RECURSOS E INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS”.*³⁸

³⁸ Respectivamente, tesis de jurisprudencia 8 y 9, Apéndice (actualización 2002), t. III, Administrativa, Segunda Sala, diciembre de 2002, p. 16 y 17; 2a./J. 141/2002, 9ª. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, diciembre de 2002, Segunda Sala, p. 241, y la tesis de la 8ª Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, t. V, Segunda Parte-I, enero a junio de 1990, p. 264.

d) *El interés legítimo como instrumento para perseguir la adecuación a la Ley de los actos de autoridad.* Las diversas tesis del Poder Judicial de la Federación han coincidido en estimar que el *interés legítimo* debe entenderse como la *facultad para lograr que la actuación administrativa se adecúe a la ley, aunque no derive en un beneficio para los gobernados.*

Asimismo, han apuntado que *basta que el acto de autoridad impugnado pueda tener el carácter de ilícito y que se estime que se afecta la esfera jurídica del quejoso, para considerar que existe interés legítimo, en virtud de que lo que se tutela es la legalidad in genere de la conducta de la autoridad administrativa como un elemento del Estado de derecho que se busca mantener, resultando intrascendente, para este propósito, que el quejoso sea o no titular de un derecho subjetivo, pues el interés que debe justificar no es el relativo a su pretensión, sino el que le asiste para iniciar la acción conducente a controlar y preservar la legalidad de la conducta de la administración pública.*

Así y ejemplificativamente, se ha juzgado que se colma el interés legítimo, en razón del derecho fundamental y garantía constitucional que derivan de los artículos 14 y 17 constitucionales, debido a que la actuación de la autoridad puede ser *eventualmente conculcatoria* de sus intereses y derechos.

A manera de colofón, *la normatividad constitucional también tiende a preservar la regularidad en el ejercicio de las atribuciones constitucionales establecidas en favor de las autoridades, las que nunca deberán rebasar los principios rectores previstos en la propia Constitución Federal.* Resultan ilustrativas de este punto las tesis bajo los rubros:

“LICITACIÓN PÚBLICA. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO RESPECTIVO EN SU DESARROLLO CRONOLÓGICO”; “INTERÉS LEGÍTIMO. LO TIENE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUIEN IMPUGNA, POR ESTIMAR ILÍCITAS LA APROBACIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO DEL DISTRITO FEDERAL, DIVERSOS DATOS RELATIVOS A PREDIOS COLINDANTES CON SU PROPIEDAD” y “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. MEDIANTE ESTA ACCIÓN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN TIENE FACULTADES PARA DIRIMIR CUESTIONES QUE IMPLIQUEN VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AUNQUE NO SE ALEGUE LA

INVASIÓN DE ESFERAS DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD O PODER QUE LA PROMUEVE”.³⁹

e) *El interés legítimo como instrumento para impugnar la afectación genérica de los derechos del gobernado.* El Poder Judicial de la Federación también ha considerado que la afectación genérica de los derechos del gobernado da lugar a su interés legítimo, y específicamente en materia administrativa, tanto la violación a los derechos subjetivos del particular, como el atentado contra sus intereses legítimos, constituyen casos de afectación a su esfera de derechos.

Por ende, para la procedencia del juicio de amparo basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo. De esta forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, para considerar que cuenta con interés legítimo. Son aplicables por analogía las tesis de los epígrafes:

“INTERÉS JURÍDICO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. CONSTITUYE UN GÉNERO QUE COMPRENDE TANTO AL DERECHO SUBJETIVO COMO AL INTERÉS LEGÍTIMO, EN TANTO QUE AMBOS ESTÁN TUTELADOS POR NORMAS DE DERECHO” e “INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL”.⁴⁰

f) *El interés legítimo como instrumento del gobernado para evitar un perjuicio.* El Poder Judicial de la Federación igualmente ha razonado que para ser titular de un interés legítimo, es necesario que: a) el gobernado sea el titular o portador de un interés (no derecho) como son tantos los que reconoce la

³⁹ En todos los casos, aparecidas bajo la 9ª Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*: Tesis I.4o.A.588 A, t. XXVI, julio de 2007, p. 2651; la Tesis I.4o.A.392 A, t. XVIII, agosto de 2003, p. 1768 y la jurisprudencia P./J. 112/2001, tomo XIV, septiembre de 2001, Pleno, p. 881.

⁴⁰ Tesis I.13o.A.74 A, t. XVII, enero de 2003 y jurisprudencia 2a./J. 142/2002, t. XVI, diciembre de 2002, Segunda Sala, p. 242, respectivamente, formuladas en la 9ª. Época, *Semanario Judicial de la Federación*.

Constitución o la ley; b) se cause una lesión subjetiva; y, c) la anulación del acto traiga como consecuencia y se concrete, ya sea en el reconocimiento de una situación individualizada, en un beneficio o en evitar un perjuicio, adquiriendo en estos casos, por ende, un derecho a la legalidad en el actuar de las autoridades.

En este orden de ideas, también se ha juzgado que es evidente que un acto de privación, proveniente del ejercicio de una norma de acción, por supuesto que les confiere una posición jurídica calificada para reclamar su ilegalidad, traduciéndose esta situación, entre otras más, en un supuesto del interés legítimo.

Como conclusión, el interés legítimo se actualiza cuando la conducta de la autoridad sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve en razón de la situación de hecho en la que ésta se encuentre. Sobre el tema se pronuncian las tesis bajo los títulos:

“INTERÉS LEGÍTIMO. CONCEPTO” y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVERLA”.⁴¹

E) *Efectos erga omnes de la jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes.* La fracción II del artículo 107, indica que cuando se resuelva por segunda ocasión consecutiva la inconstitucionalidad de una ley, esto se informará a la autoridad emisora correspondiente, y que cuando se establezca jurisprudencia por reiteración, se notificará igualmente y si transcurren 90 días “sin que se supere” el problema de inconstitucionalidad, la Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que se apruebe por 8 Ministros al menos. En la declaratoria se fijarán sus alcances y condiciones “en términos de la ley reglamentaria”.

F) *Exclusión de la materia fiscal.* En el cuarto párrafo de la fracción II del artículo 107, se excluye expresamente a la materia fiscal de la posibilidad de la declaratoria general de inconstitucionalidad. Esto resulta en detrimento del gobernado, porque se sigue con la idea de que el fisco puede violar la Constitución impunemente.

⁴¹ Respectivamente, tesis I.4o.A.357 A, t. XVI, agosto de 2002, p. 1309, y jurisprudencia P./J. 83/2001, t. XVI, julio de 2001, Pleno, p. 875, pertenecientes a la 9ª Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

G) *Amparo directo*. La fracción III del artículo 107 que alude al amparo directo, alude a las violaciones *in procedendo* y a las violaciones *in iudicando*, indicando que el Tribunal Colegiado deberá analizar todas las primeras, incluyendo las que advierta en suplencia de la queja, pero si no se hicieron valer o no las examinó de oficio el Tribunal en un primer amparo, en los posteriores no se podrán hacer valer. Esta regla ya existe y se practica por los tribunales, así es que no hay novedad al respecto.

H) *Amparo adhesivo*. El segundo párrafo del inciso a) de la fracción III del artículo 107, crea el “amparo adhesivo”, que puede promover el que obtuvo sentencia favorable y tenga interés en que subsista el acto reclamado. Deja a la ley de amparo la reglamentación de esta figura, que no parece dañosa, aunque su designación no parece óptima.

I) *Normas generales y omisiones*. La fracción VII del artículo 107 (amparo indirecto) incorpora también las nociones de “normas generales” en sustitución de “leyes”, lo que no afecta en ninguna medida al amparo, y añade las “omisiones”, que siempre se han podido impugnar, pero que en todo caso, genera una opción útil. La fracción VIII, en su inciso a), también adosa la alusión a las “normas generales” (amparo directo).

J) *Apariencia del buen derecho*. La fracción X del artículo 107 incorpora la necesidad de que al resolver sobre la suspensión se atienda a la apariencia del buen derecho y al interés social. El concepto de la “apariencia del buen derecho” es poco ortodoxo, pero es funcional y beneficia a los gobernados. Por lo que ve al interés social, esto es acorde con la definición que siempre ha estado en la Ley de Amparo referida a que no se contravengan disposiciones de orden público ni se afecte dicho interés social.

K) *Daños y perjuicios al “tercero interesado”*. En la misma fracción X del artículo 107, se menciona la garantía para cubrir los daños y perjuicios que se puedan ocasionar al “tercero interesado” (denominación que substituye a la clásica del “tercero perjudicado”), y que condicionan la suspensión en las materias civil, mercantil (se añade, aunque es civil *in genere*) y administrativa. En esta última materia que se agrega, en términos generales no hay tercero perjudicado, y parecería que sólo en el caso de que lo hubiere cobraría aplicabilidad el concepto, dado que jamás se podrían gestar dichos daños y perjuicios en detrimento de la autoridad responsable.

L) *Plenos de Circuito*. La fracción XIII del artículo 107 genera los llamados “Plenos de Circuito” cuyo objetivo es resolver las contradicciones de tesis en ese circuito, sin menoscabo de que la Corte siempre será la competente para resolver las contradicciones de tesis *in genere* y sentar la jurisprudencia definitiva. No parece tener utilidad y sí generará mayores complicaciones, sin provecho real, porque las contradicciones seguirán existiendo entre circuitos. Es más, el sistema da lugar a diferenciar asuntos en cuanto a posibilidades de éxito por circuito, lo que no beneficia en nada a la seguridad jurídica.

M) *Derogación de la caducidad por inactividad procesal*. Se deroga la fracción XIV que establecía esta figura, al igual que la referencia que se hacía al tema en la fracción XVI, párrafo tercero, lo que claramente es positivo.

N) *Incumplimiento de las ejecutorias de amparo*. La fracción XVI del artículo 107, en principio varía la redacción del concepto actual sin cambiar esencialmente las nociones, pero añade de manera incorrecta, que las sanciones para el servidor público que incumple son extensivas “respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiere incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria”. La redacción es muy peligrosa, porque el incumplimiento puede obedecer a que se dejó el cargo de manera muy próxima al requerimiento y ni siquiera se conoció la sentencia.

O) *Repetición de acto reclamado*. El segundo párrafo de la fracción XVI del artículo 107 introduce una distinción que resulta antijurídica respecto de la repetición del acto reclamado, dándole un trato preferencial con referencia al incumplimiento *in genere*, a pesar de que en realidad es una forma de incumplimiento.

Así, sólo se habla de separar del cargo al servidor público, y ya no se le *consigna*, sino que se le “da vista al Ministerio Público” (quien jamás ha iniciado una Averiguación Previa bajo tal vista), agregando como salvedad para tales consecuencias, “salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Corte. Bajo esta tónica, prácticamente se permite la repetición, porque será imposible que el Ministerio Público inicie una Averiguación Previa y que estime que se actuó “con dolo”, que además deberá probar el quejoso,

lo que se atoja imposible. Este concepto es muy peligroso e inconveniente para los gobernados, pues la regla general siempre ha sido igual para la repetición del acto reclamado que para el incumplimiento in genere.

P) *Violación de la suspensión.* La fracción XVII cambia el sentido original de la violación de la suspensión, pues el texto actual habla de “consignar” a quien la infrinja, y la reforma señala que será sancionada penalmente, lo que le resta fuerza al concepto, que de por sí es ignorado ya en demasiados casos.

VIII. REFORMA EN CUANTO A CONTENIDOS DE TUTELA DEL JUICIO DE AMPARO

Estas reformas que se derivan especialmente del artículo 1° y del artículo 103 de la Carta Magna, presentan las siguientes novedades:

A) *Control de convencionalidad.* Se designa así al control de índole jurisdiccional que se realiza por los Tribunales Federales en relación a los Tratados Internacionales o Convenciones. De allí la denominación.

En primer lugar, es de hacer notar que el Poder Judicial de la Federación ha señalado que constituye una obligación *ex officio de no sólo de todos los tribunales del país, sino de todas las autoridades*, el realizar el control de convencionalidad, lo que les obliga a aplicar las normas más benéficas para el gobernado en todos los casos, siendo que incluso deben preferir las normas internacionales y su interpretación, sobre las normas mexicanas de índole ordinario, todo lo cual se ha visto desacatado en la especie, violando la garantía de legalidad de que gozan los suscritos. A este respecto, resultan ilustrativas las tesis bajo los rubros:

“PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A

EJERCERLO”; “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO” y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.⁴²

B) *Obligaciones del Estado Mexicano.* El Estado Mexicano, que es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos desde el 24 de marzo de 1981 y vino a reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998. Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se adicionó mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011, estableció que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, que es lo que implica el control de convencionalidad.

C) *Artículos 1 y 2 de la Convención Americana.* Bajo el epígrafe Obligación de respetar los Derechos, el Artículo 1º dispone lo siguiente:

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

⁴² Consecuentemente, las tesis: P. LXIX/2011(9a.), P. LXX/2011 (9a.), P. LXVII/2011(9a.), P. LXVIII/2011, 10ª Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, Pleno, pp. 55,535 y 551; así como XI.1o.A.T.47 K, XI.1o.A.T.45, I.4o.A.91 K y XI.1o.A.T.47 K, 9ª Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, mayo de 2010, pp. 1932, 2079; y t. XXXI marzo de 2010, p. 2927.

Este precepto es eidéticamente coincidente con el numeral II de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, que expresa que “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”, que es igualmente infringido en la especie. Por su parte, el Artículo 2, de la Convención Americana que se intitula *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*, establece la obligación consistente en que.

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo I no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Al respecto, es pertinente acotar los aspectos que de tales nociones ha derivado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber:

1. Alcance general del deber de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha considerado que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos, como atributos inherentes a la calidad humana, resultan ser superiores al poder del Estado. A ese respecto, la Corte ha expuesto que la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público.

Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la *restricción al ejercicio del poder estatal* (la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6). El artículo I.1 de la Convención Americana contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que *toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo I.1 de la Convención*. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y la segunda obligación, es la

de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar *todo el aparato gubernamental* y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (*Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4).

En esa tesitura, el Estado Mexicano tiene la obligación de velar porque los juzgadores, observen la Constitución, la ley y el Estado de Derecho, de modo tal que no resuelvan en contra de sus obligaciones, como ocurrió en este caso.

2. Deber de respeto y garantía de los derechos humanos. Opera frente al Estado, sus órganos, sus agentes y todos aquellos que actúan en su nombre. La Corte también ha expuesto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de *protección de los derechos humanos* reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), *Caso Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

Luego, es palmario que cuando los órganos del Estado, así como los funcionarios públicos que los encarnan (agentes), obran en contra de las normas que rigen su actuar, violentan tales derechos, tal como sucedió en la especie.

3. Deber de respeto y garantía de los derechos humanos. Vinculación a poderes públicos y particulares. Actos y omisiones. Con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y *a organizar el poder público para garantizar a*

las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana (Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70).

La obligación del Estado, en el sentido de respetar los derechos convencionalmente garantizados, se impone independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, particulares, o grupos de ellos, ya que según las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención, Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.*

La responsabilidad estatal surge cuando un órgano o funcionario del Estado afecta indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana (Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171).

4. *El deber de respeto y garantía de los derechos humanos se actualiza en función de las necesidades de protección, a pesar de que la Convención no defina en forma taxativa todas las hipótesis de infracción a los derechos humanos. Las diversas hipótesis que se pueden surtir en situaciones violatorias de derechos humanos hacen imposible que el Derecho Internacional defina en forma taxativa todos los casos de imputabilidad al Estado de cada una de las posibles y eventuales acciones u omisiones de agentes estatales o de particulares.*

De esa forma, al interpretar y aplicar la Convención, la Corte ha considerado que se debe prestar atención a las *particulares necesidades de*

protección del ser humano, destinatario último de las normas contenidas en el tratado de referencia. En razón del carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de protección a cargo de los Estados, no resulta posible determinar su alcance en función de una visión centrada en la voluntad soberana de aquéllos y de los efectos de las relaciones meramente interestatales. Dichas obligaciones incumben a todos los sujetos del Derecho Internacional y los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección, para cada caso en particular (*Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140).

5. *Deberes negativos y positivos a cargo del Estado para la protección efectiva de derechos humanos (abstención, promoción y prevención razonable).* No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

Como parte de la obligación de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención, el Estado tiene el *deber jurídico* de prevenir razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, en cuyo caso, lo decisivo es dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar *con el apoyo o la tolerancia del poder público* o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que, las eventuales violaciones a los mismos, sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*.

Así, y visto que en este caso las autoridades administrativas infringieron la garantía de legalidad de los suscritos y luego la responsable permite y hasta auspicia dicha ilegalidad, es inconcuso que se gesta la violación que se esgrime. Además, lejos de corregir tales abusos, la responsable los ha hecho propios, así sea violando la ley y la jurisprudencia.

D) *Artículo 8 de la Convención Americana*. Bajo el Título Garantías Judiciales, el artículo 8°, punto I de la Convención dispone que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Este numeral concuerda con el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que expresa: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”, que también se viola en este caso.

Sobre este tópico, igualmente se presentan los conceptos que se han acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que guardan relación con este caso:

1. *Debido proceso: concepto y alcance general*. El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos⁴³ (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18*). El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado *debido proceso legal*, que consiste en el *derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos*.⁴⁴

El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces que dirijan el proceso eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, que conduzcan

⁴³ *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; y *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

⁴⁴ *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

a la impunidad y frustren la debida protección judicial de los derechos humanos⁴⁵ (*Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152).

2. *Debido proceso. Debe respetarse en cualquier materia y procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.* Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula *Garantías Judiciales*, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino *al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.*⁴⁶ Así, *cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.* La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, *la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.* Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

La Corte ha señalado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.

3. *Debido proceso, carga probatoria y procesos sobre derechos humanos. Cuando el Estado tiene el control de la evidencia.* La Corte ha estimado que

⁴⁵ *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 10 y el *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

⁴⁶ *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú* y Opinión Consultiva OC-9/87.

si bien corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. Por ende, los hechos deben ser determinados con base en la prueba allegada al tribunal internacional y en las afirmaciones de las partes afectadas que no fueron desvirtuadas o controvertidas por el Estado (*Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209*).

4. *Debido proceso. Deber de motivación adecuada.* La Corte ha señalado que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.⁴⁷ El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia,⁴⁸ que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.⁴⁹ En este sentido, *la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.* Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo

⁴⁷ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

⁴⁸ Así lo ha establecido la Corte Europea en *el Caso Suominen*: “[I]a Corte reitera entonces que, de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan” *Caso Suominen Vs. Finlandia*, no. 37801/97, § 34, 1 julio de 2003.

⁴⁹ *Caso Yatama Vs. Nicaragua.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones, *Caso Hadjianstassiou Vs. Grecia.* Sentencia del 16 de diciembre de 1992.

examen de la cuestión ante las instancias superiores.⁵⁰ Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención.

E) *Artículo 25 de la Convención Americana*. Bajo el rubro Protección Judicial, esta disposición prescribe:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Este numeral coincide esencialmente con el Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que expresa:

“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Sobre estos puntos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado las siguientes consideraciones:

⁵⁰ *Caso Suominen Vs. Finlandia*. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, asunto *Hamilton Vs. Jamaica*, Comunicación No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994.

1. *Derecho a la protección judicial. Alcance general.* Los Estados tienen la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Conforme a lo señalado por la Convención Americana, una de las medidas positivas que los Estados Partes deben suministrar para salvaguardar la obligación de garantía es proporcionar *recursos judiciales efectivos de acuerdo con las reglas del debido proceso legal*, así como procurar el restablecimiento del derecho conculcado, si es posible, y la reparación de los daños producidos⁵¹ (*Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171).

2.- *Derecho a la protección judicial. Comprende el control judicial para la defensa de derechos humanos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución y las leyes nacionales.* El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la *garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley*⁵² (*Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135).

⁵¹ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, y *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

⁵² *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179; *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Véase también, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

F) *Artículo 29 de la Convención* dispone:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

1. Métodos de interpretación de las normas sobre derechos humanos. Aunque el texto de una norma sobre derechos humanos parezca literalmente claro, es necesario analizarlo aplicando otros métodos interpretativos, de manera que, para el Tribunal interamericano, el sentido corriente de los términos no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de forma que la interpretación de manera alguna debilite el sistema de protección consagrado en la Convención, lo que puede propiciarse mediante la aplicación de los métodos siguientes: i) *Interpretación sistemática*, según el cual, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al que pertenecen; ii) *Interpretación teleológica*, que busca analizar el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado y, de ser necesario, examinar los propósitos del sistema regional de protección; iii) *Principio de efecto útil (efect utile)*, que precisa tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, cuyo objetivo tiene que ver con la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción; además de que estos tratados se aplican de conformidad

con la noción de garantía colectiva; y, por último, es posible acudir a los iv) *Trabajos preparatorios* de las normas sobre derechos humanos, aunque sólo en forma subsidiaria ante la insuficiencia de los métodos interpretativos antes enunciados (*Caso Campo Algodonero*).

Ahora bien, el artículo 14 de la Constitución Federal Mexicana establece la garantía de legalidad en la materia jurisdiccional civil (lo que implica todas las materias que no sean de índole penal, incluyendo la administrativa, según ha reconocido la Jurisprudencia del Poder Judicial Federal),⁵³ establece que toda sentencia debe atender primero a la letra de la ley; luego a su interpretación jurídica y a falta de ésta, a los principios generales del derecho.

G) *Artículo 30 de la Convención*, titulado Bajo el rubro Alcance de las Restricciones, dispone:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Sobre ese tópico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido en los siguientes términos:

1. Restricción de los derechos fundamentales. Está condicionada al principio de reserva de ley. La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental *no queden al arbitrio del poder público*, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.

A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías

⁵³ En el mismo sentido se manifiesta la doctrina, como se advierte de las opiniones del maestro Ignacio Burgoa, *Las Garantías Individuales*, 38ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 579 y 580; y Castro, Juventino, *Garantías y Amparo*, 11ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 278.

expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

Lo anterior se deduciría *del principio*, así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65, pág. 56*), de *legalidad*, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad.

En tal perspectiva *no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales, implica un contenido y está dirigida a una finalidad. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa" que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común. La palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los*

Estados Partes para la formación de las leyes (La Expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*. Serie A No. 6).

2. *Restricción de los derechos fundamentales. Principio de razonabilidad.* La *razonabilidad* implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. Se utiliza, igualmente, referida a parámetros de interpretación de los tratados y, por consiguiente, de la Convención. Siendo *razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario*, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable. Ver ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993*. Serie A No. 13.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política*, versión española, notas e introducción de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1963.
- BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 24ª ed., México, Porrúa, 1988.
- CICERÓN, *La República*, México, Ediciones Gernika, 1993.
- DEBBASCH, Charles y Pontier, Jean-Marie, *Les Constitutions de la France*, París, Dalloz, 1983.
- DELVECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1980.
- DUVERGER, Maurice, *Les Constitutions de la France*, 11ª ed. puesta al día, Presses Universitaires de France, 1987.
- GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio, *Meditación sobre la justicia*, México, FCE, 1982.
- HERNÁNDEZ, Octavio A., *Curso de Amparo*, 2ª edición, México, Porrúa, 1983.
- KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1985.
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Colofón, 2001.
- NINO, Carlos S., *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, México, UNAM, 1974.

- RECASÉNS Sichez, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1983.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2ª ed., México, UNAM, 1986.
- TENA Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 23ª ed., México, Porrúa, 1989.
- ULLMANN, Walter, *Principios de Gobierno y Política en la Edad Media*, versión española de Graciela Soriano, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- VERDROSS, Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, traducción de Mario de la Cueva, 2ª ed., México, UNAM, 1983.
- WOODWARD, E.L., *Historia de Inglaterra*, traducción de Eugenio Gallego, Madrid, Alianza, 1974.

Límites y alcances de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en las universidades en México

José Nieves LUNA CASTRO

SUMARIO: I. Aspectos Generales. II. Contextualización del tema. III. Contenido de la transformación. IV. Los Derechos Universitarios en el Contexto de la Reforma Constitucional. V. Bibliografía.

I. ASPECTOS GENERALES

Con motivo de la celebración de este Seminario, he tenido la oportunidad invaluable de participar junto con destacados especialistas en materia de la defensa y procuración de los derechos universitarios, vaya pues mi agradecimiento a los organizadores de este evento.

El tema de la conferencia se basa en un análisis del contenido material y formal de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, que se ha dado en llamar “en materia de derechos humanos”, de manera muy particular conforme a la redacción alcanzada en el artículo 1º Constitucional a partir de dicha reforma.

Sostenemos la importancia de diferenciar entre el contenido material y formal de dicho precepto, a fin de establecer con objetividad los verdaderos límites o alcances que la reforma representa. Hecho esto, se hace necesario

* Catedrático de Derecho y Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

igualmente establecer un parámetro o contexto de referencia conforme al cual se pueda determinar la finalidad y eficacia de dicho precepto.

Ese parámetro, estimamos, no puede ser otro que el contenido de los tratados que en materia de derechos humanos operan en el ámbito internacional y más específicamente los criterios que como resultado de su ejercicio jurisdiccional han conformado los lineamientos interpretativos que en esa materia provienen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Máximo Tribunal encargado de esa interpretación convencional.

A partir de ahí, en nuestra opinión, es que se puede hacer una aproximación para conocer los límites o alcances de las disposiciones respectivas en materia de derechos humanos a partir de la reforma constitucional mexicana a la que se ha hecho alusión, destacando en lo conducente la trascendencia respecto de los derechos universitarios que en este caso constituyen el tema central del Seminario.

En efecto, derivado de la reforma constitucional de junio de 2011¹, a la que se ha dado en llamar “*en materia de derechos humanos*”, es que surgen nuevas reflexiones sobre los alcances de algunos de los dispositivos involucrados en dicha reforma, en especial el artículo 1º Constitucional, donde hace referencia a que “*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de 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*”.

Luego, se hace necesario establecer si con la voz “*todas las autoridades...*” se abarca el ámbito de las defensorías de los derechos universitarios y, por tanto, cuando hablamos de la necesidad de diferenciar el contenido de las disposiciones del precepto, nos referimos a un método que, pensamos, puede ayudar a comprender la naturaleza y alcances de las disposiciones ahí contenidas.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA

El primer enfoque debe llevar a reconocer que la reforma en cuestión ha dado pauta al surgimiento de diversas interrogantes o temas de reflexión, los

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

se ocupa la Suprema Corte de Justicia de la Nación³, tal y como lo explica el maestro Fix Zamudio, el aludido concepto de “*garantías*” mantiene un significado que coloquialmente se ha arraigado en nuestro ámbito y que tradicionalmente consistió en considerarlo como sinónimo de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente⁴ aun y cuando hoy en día, sobre todo desde un punto de vista técnico y en el ámbito del derecho procesal constitucional, ese vocablo se ocupa para referirse no a los derechos sino a los procedimientos constitucionalmente previstos para la defensa, restauración o restitución de los derechos.

Por lo tanto, como refiere Carmona Tinoco⁵, lo más razonable es considerar que la incorporación de la expresión “*derechos humanos*” junto con la de “*garantías*” en el citado artículo 1º Constitucional presupone una marcada intención de establecer de manera más amplia la obligación de respetar los derechos y la posibilidad de contar con las garantías procesales necesarias y pertinentes para su defensa que la propia Constitución reconoce como un derecho de los gobernados. De manera que la nueva denominación no puede considerarse una cuestión meramente terminológica y sin significado alguno, sino de un alcance objetivo de amplitud en ese reconocimiento que debe entenderse en un contexto de evolución y clarificación de los términos; ello no obstante, según se anticipó, sin llegar a la equivocada idea de que antes de la reforma los derechos humanos no tuviesen reconocimiento o forma de protección constitucional.

2. *Categorización de rango constitucional de los derechos ubicados en tratados*. Este es un aspecto que ha generado diversas polémicas, en parte propiciadas por las diferencias que en la propia Corte han surgido respecto a la definición del tema. Nos referimos a si debe considerarse o no que los

³ Cfr. Luna Castro, José Nieves, *La Suprema Corte como Órgano de Legalidad y Tribunal Constitucional. Análisis de sus funciones y de la trayectoria de su transformación*, México, Porrúa, 2006.

⁴ Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª ed., México, UNAM-III - Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica - Corte de Constitucionalidad la República de Guatemala, en la serie Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12, 1998, pp. 55 y ss.

⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 43 y ss.

tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos⁶ son ubicables en el mismo nivel jerárquico que la propia Constitución.

En nuestra opinión, los que se encuentran en el mismo rango en cuanto a exigibilidad de protección son los derechos, es decir, la asignación de atributos y reconocimiento de facultades inherentes al ser humano de exigible tutela por parte de las autoridades, ello con independencia de que conforme a una estructura sistemática puedan o no ubicarse en el mismo rango las diferentes normas en que se contengan, es decir, éste constituye un planteamiento diferente, sobre todo si se toma en cuenta que el artículo 133 de la Constitución Mexicana no fue alterado o modificado y por ende los criterios jurisprudenciales pudiesen considerarse válidamente regentes en lo conducente.

En otras palabras, proponemos la reflexión de considerar que el referido artículo 1º Constitucional objeto de la reforma, en sus párrafos primero y segundo no necesariamente se ocupa de establecer el rango de los tratados internacionales frente a la Constitución sino de ampliar el universo de derechos objeto de protección, al señalar en su párrafo primero:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección (...).

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.⁷

Como se ve, se trata de una ampliación del marco normativo en el que se prevén los derechos humanos y de cómo dicho marco, en su caso, debe interpretarse conforme a la propia Constitución y los tratados en la materia,

⁶ Ya de inicio la denominación tratados o convenciones es un aspecto que por sí mismo genera discusiones, sobre todo cuando se habla del llamado control de convencionalidad, dado que en la Constitución tradicionalmente se ha utilizado sólo la expresión tratados, sin embargo, creemos que es un aspecto que debe interpretarse de manera contextual abarcando cualquier denominación que se utilice para los acuerdos vinculantes producto del derecho internacional.

⁷ Lo subrayado es nuestro.

sin embargo, desde el momento en que prevalece el artículo 133 que ha sido interpretado como un orden o bloque de constitucionalidad sistematizado en referencia a la propia Constitución, aspecto éste que en realidad aún mantiene vivo el tema de reflexión, empero, estimamos que lo importante para los efectos del artículo 1º sobre el que versa este análisis, es el hecho indiscutible de la amplitud del marco normativo materia de comparación y análisis para la protección de los derechos humanos, de manera que con independencia de la eventual jerarquización entre los diversos cuerpos normativos en comento, los derechos humanos previstos en cualquiera de dichos contextos deben ser igualmente objeto de protección.

3. *Designación como criterio de política exterior.* Otro de los cambios de carácter material derivados de esa amplitud en el reconocimiento de los derechos humanos, conforme al contexto integral de la reforma de 2011, es la designación de la tendencia a su protección como una de las bases o principios de la política exterior del país, como se advierte en la adecuación conducente suscitada en el artículo 89, fracción X de la propia Constitución, que a partir de su nueva estructura señala: “en la conducción de la política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: (...) la cooperación internacional para el desarrollo; **el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos** (...)”.⁸

Lo anterior, pone de manifiesto que efectivamente, una de las razones que impulsaron dicha reforma es, sin duda, la pretensión de consolidar ante la comunidad internacional, la imagen de nuestro país, como la de un lugar en el que ha tenido eco la tendencia a la protección de los derechos humanos proveniente de las influencias internacionales.

Se trata pues de cambios sustanciales, que participan de un carácter material y que dan cuenta de la magnitud y alcance de la reforma en cuestión, que parte de la amplitud del marco normativo para efectos de comparación y protección de los derechos humanos; que eleva su previsión al más alto nivel de lo que se considera como un bloque de constitucionalidad; y que incluso incorpora la tendencia a dicha protección y reconocimiento como uno de los principios rectores de la política exterior mexicana.

⁸ Lo resaltado es nuestro.

Lo anterior, como se dijo, constituye sólo una porción del contenido integral de la reforma, la cual resaltamos para los efectos de nuestro tema.

B) De carácter operacional

1. *Interpretación conforme.* Coincidimos con quienes afirman que la llamada interpretación conforme constituye precisamente un principio interpretativo que hace alusión a un deber ser, es decir, a la búsqueda obligada de una “interpretación armónica”⁹ de acuerdo con los principios que en materia de derechos humanos se prevén tanto en la Constitución Mexicana como en las convenciones o tratados que contengan derechos humanos. Esto significa una regla interpretativa que conduce a comparar y entender de manera sistematizada los lineamientos que en materia de derechos humanos se confronten a la luz de las disposiciones constitucionales o aquellas otras que existan en los tratados internacionales en que se contengan, lo que implica a su vez la posibilidad de ponderar la eventual contradicción real o aparente entre las normas de diversa categoría, función ésta para la cual indudablemente sirve de marco comparativo el derecho internacional en materia de los derechos humanos, el cual en este caso el párrafo segundo del reformado artículo 1º Constitucional implícitamente recoge, estableciendo que el marco de comparación lo constituye la propia Constitución y los tratados internacionales de la materia.

2. *Principio pro persona.* En el mismo párrafo se incorpora también el que se conoce como principio pro persona o también llamado *pro homine*, que no es otra cosa que una diversa regla interpretativa que privilegia, de ser el caso, aquella interpretación racional que sin desconocer el verdadero sentido normativo, favorezca de mejor manera o en forma más amplia y congruente con la sistemática proteccionista de los derechos humanos a las personas que son, en última instancia, las destinatarias finales de toda norma de protección de los derechos inherentes a la dignidad humana.

3. *Alcance del marco de referencia (tratados).* Como se vio, al margen de la temática vinculada estrictamente a la jerarquización normativa entre la Constitución y los tratados, que es un tópico de indiscutible interés pero ajeno a nuestra temática en sentido estricto, resulta incuestionable que

⁹ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 46.

la reforma de 2011 amplía el marco de referencia y por ende, el alcance del análisis que en un determinado caso pueda hacerse para resolver cuestiones concretas en materia de definir o aplicar el significado de las normas vinculadas con la protección de los derechos humanos, o incluso eventualmente su limitación justificada; y esa ampliación constituye al mismo tiempo un instrumento de carácter operacional que permite a los operadores ampliar el universo normativo en aras de la mejor solución jurídica, involucrando en lo conducente ese nuevo ámbito expandido de comparación y análisis para efectos de su aplicación práctica a casos concretos.

4. *Fortalecimiento de instrumentos (CNDH)*. Tal y como se indicó en apartados precedentes, la incorporación simultánea de los vocablos “derechos humanos” y sus “garantías” tiene en principio un significado de distinción técnica entre los derechos en sí mismos y los instrumentos o procedimientos constitucionalmente reconocidos para su defensa y que vienen a ser “garantías”¹⁰, y por otra parte, con esta incorporación se reconoce igualmente como derecho el acceso a esas garantías o mecanismos de protección constitucional de los derechos humanos.

Esta diferenciación es básica en el estudio actual del derecho procesal constitucional y consideramos que la doctrina desarrollada al respecto, por el maestro Fix Zamudio, constituye una piedra angular para la debida comprensión del nuevo paradigma constitucional, es decir, para comprender el alcance de las reformas en un contexto de actualización y de técnica constitucionalista.

Así, sin profundizar aquí en las diferencias entre garantías propiamente dichas y mecanismos de protección, es claro que con la reforma constitucional de 2011, se fortalecen todos los instrumentos de carácter operacional que convergen en un mayor respeto y protección o defensa de los derechos humanos, de manera congruente con todo esto y a manera de ejemplo puede citarse el reforzamiento de las actividades que en esa materia de

¹⁰ En estricto sentido técnico y conforme a la nomenclatura del maestro Fix Zamudio, en el ámbito del derecho procesal constitucional cabe además distinguir entre mecanismos de protección de la Constitución y “garantías” propiamente dichas, como campos que conforman lo que denomina “la defensa de la Constitución”. Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 21-144.

protección se asignan a las comisiones de derechos humanos que incluso pueden denunciar la posible contradicción de normas generales respecto de disposiciones de derechos humanos previstas en la Constitución o bien en los tratados de carácter internacional, aunado a la transferencia de la facultad de investigación que antes tenía la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que ahora se encomienda a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

Lo mismo puede decirse respecto de cualquier otro mecanismo de protección (garantías en sentido estricto) previsto en nuestro sistema de justicia constitucional, como por ejemplo el tradicional juicio de amparo mexicano que a la luz de dichas reformas también habrá de contextualizarse, actualizándose en lo conducente ante las nuevas exigencias emanadas de la propia modificación constitucional.

5. *El llamado control de convencionalidad.* Lo que se ha dado en llamar de tal manera es un ejemplo adicional de los efectos de carácter operacional que representa la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, pues implica la incorporación por vía de criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la que se conoce como doctrina del control convencional que en realidad emana a su vez de los criterios de los tribunales internacionales en materia de protección de los derechos humanos, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tal doctrina implica en reducidas palabras, la orientación que los criterios emitidos por tales tribunales representan como guía de actuación recomendable o sugerida precisamente por los órganos facultados en el ámbito internacional para la interpretación y aplicación de las normas contenidas en las convenciones o tratados en materia de derechos humanos. Se trata pues de los órganos supremos en materia de control de convencionalidad, que debe entenderse, como la jurisdicción para resolver los conflictos emanados en términos de los supuestos a los que les resulte aplicable el derecho convencional.

Luego, dicho control que es concentrado por naturaleza genera, de acuerdo con la doctrina de la que se habla, un efecto de expansión a través de la observancia de los criterios que han sentado precedente en la interpretación de las propias convenciones en la materia y por ende, han ido conformando

una interpretación válida o paradigmática de los alcances y formas de entender a los propios derechos humanos de los que en cada caso se trate.¹¹

Pues bien, el párrafo tercero del artículo 1º de la reforma constitucional de 2011, al establecer que “*todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (...)*” legitima la aplicación de dicha doctrina que a nuestro entender no es sino el fomento de la sana cultura de que las autoridades de cada país actúen en acatamiento y respeto a las obligaciones que en materia de protección de los derechos humanos se contienen en las diversas convenciones o tratados de los que esos países o Estados forman parte.

Se trata de actuar correctamente en respeto de los derechos de las personas en el ámbito exclusivo de las competencias que a cada autoridad corresponde conforme a la normatividad interna y distribución constitucional de los ámbitos competenciales en términos de la estructura orgánica correspondiente.

Para nosotros, el control de convencionalidad no es sino el obligado cumplimiento de parte de cualquier autoridad al respeto de los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones legales, lo que en términos de lo expresado por el distinguido constitucionalista Héctor Fix Zamudio, se traduce técnicamente en un mecanismo de protección de los derechos previstos, tanto en la Constitución, como en las propias convenciones o tratados, es decir, un mecanismo de carácter preventivo que sugiere la actuación de todas las autoridades de manera congruente con las obligaciones que, en materia de derechos humanos, asumen los Estados como miembros de la comunidad internacional.

IV. LOS DERECHOS UNIVERSITARIOS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Derivado de todo lo anterior es que se puede llegar en vía de conclusión a responder una de las preguntas atinentes a nuestro tema central, es decir,

¹¹ Un interesante análisis de esta doctrina se contiene en el Cuaderno de Jurisprudencia número 7 “*El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos*”, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y Promoción y Difusión de la Ética Judicial, p. 75 y ss.

aquella vinculada con la cuestión de quiénes son los sujetos obligados a materializar los nuevos alcances de carácter operacional derivados de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos; si estos sujetos tienen que revestir el carácter de autoridad y más concretamente de autoridad jurisdiccional o si por el contrario con la expresión “*todas las autoridades en el ámbito de sus competencias*” que actualmente aparece en el párrafo tercero del artículo 1° de referencia, se abarcan también autoridades no jurisdiccionales y de todo tipo, incluyendo precisamente las de carácter universitario y en especial las relacionadas con la protección de los derechos universitarios.

En nuestra opinión, la respuesta se deduce de la narrativa precedente en un solo sentido, es claro que la obligación de “*promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*” compete a todas las autoridades, independientemente de su pertenencia estructural y orgánica al sector jurisdiccional, ejecutivo o legislativo, pues se trata de una obligación de actuación conforme y siempre dentro de su respectivo ámbito de competencia de la autoridad de que se trate (que no debe confundirse con una función estrictamente de jurisdicción constitucional en materia de control de constitucionalidad de los actos de otras autoridades, como por ejemplo en materia de amparo, que sólo corresponde a quienes constitucionalmente cuentan con dicha competencia).

Lo anterior significa que, los derechos universitarios, deben igualmente contextualizarse a la luz de los nuevos alcances constitucionales en materia de protección de los derechos humanos y que, en relación con ellos, cabe igualmente por parte de las autoridades implicadas, la práctica y observancia de la llamada doctrina del “*control convencional*” en el ejercicio de sus respectivas funciones o actividades institucionales.

Así, resulta indudable que las universidades públicas por ejemplo, ejercen una serie de facultades derivadas del autogobierno o autonomía universitaria y que éstas pueden clasificarse en diversos ámbitos, como por ejemplo el normativo, el ejecutivo, el de supervisión e incluso de carácter parajudicial, siendo estas últimas las que se pueden referir a la capacidad, facultad u obligación de resolver los conflictos que resulten de su competencia normativa y que surjan al interior de la Universidad, como podrían ser los conflictos vinculados con la determinación y defensa de los derechos universitarios, respecto de los cuales los órganos defensores

de los mismos sin duda asumen una renovada y vital trascendencia para estos efectos de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos que convergen en el ámbito universitario.

Como apoyo a estas consideraciones, resulta aplicable incluso un criterio jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que textualmente establece:

UNIVERSIDADES PÚBLICAS. COMPETENCIAS QUE DERIVAN DE SU FACULTAD DE AUTOGOBIERNO. Las competencias que derivan de la facultad de autogobierno de las universidades públicas son las siguientes: a) Normativas, que se traducen en la aptitud de expedir normas generales que permitan regular todas las actividades relacionadas con el servicio educativo y la promoción de la investigación y la cultura; b) Ejecutivas, referidas al desarrollo y ejecución de los principios constitucionales, de las leyes expedidas por los órganos legislativos y las normas que las universidades emiten; c) Supervisión, que implican la facultad de inspección y control para supervisar la actividad que desarrollan por sí, o por conducto de cualquier órgano adscrito a la casa de estudios, esto es, pueden realizar inspecciones y evaluaciones de tipo administrativo, académico, científico, técnico y operativo, a fin de comprobar que se respeten los principios constitucionales, legales y universitarios; y d) Parajudiciales, que se refieren a la capacidad de dirimir conflictos que surjan al interior de la universidad, siempre que constitucional o legalmente su solución no esté reservada a un régimen jurídico específico que excluya al universitario.¹²

A manera de conclusión podríamos señalar que, hoy en día, existe un fundamento constitucional y jurisprudencial que conduce a la afirmación de que los derechos universitarios y en general los derechos humanos vinculados con ellos, deben ser objeto de protección y fomento por parte de todas las autoridades y dentro de sus respectivos ámbitos de actuación competencial. Promover, respetar, proteger y garantizar los derechos no significa necesariamente emitir decisiones de carácter jurisdiccional en sentido estricto, sino más bien, el asumir un obligado comportamiento que

¹² Jurisprudencia 1a./J. 20/2010 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se localiza en la página 877, Tomo XXXI, Marzo de 2010, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

resulte acorde con los compromisos internacionales en materia de defensa de los derechos humanos, esto es, promover y proteger desde la actuación misma de toda autoridad que respete tales derechos, constituyéndose así, en un indiscutible mecanismo de protección preventiva de la propia Constitución, que mantiene como principio, la defensa de tales derechos, así como, de todos aquellos tratados internacionales que en esa materia también contemplan disposiciones proteccionistas y que indudablemente obligan al Estado mexicano y a todas las autoridades que en él ejercen sus respectivas funciones.

La reforma constitucional de 2011 constituye, sin duda, un nuevo paradigma en la forma de concebir y fomentar la cultura del respeto a los derechos de las personas; es esa la esencia más destacable que a nuestro juicio debe percibirse, sin embargo ésta es, claro está, sólo nuestra perspectiva, conscientes de que finalmente la mejor de las opiniones será la de cada uno de ustedes. Gracias.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARMONA Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-IJ - SCJN, 2012.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª ed., México, UNAM-IJ - Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica - Corte de Constitucionalidad la República de Guatemala, en la serie Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12, 1998.
- LUNA Castro, José Nieves, *La Suprema Corte como Órgano de Legalidad y Tribunal Constitucional. Análisis de sus funciones y de la trayectoria de su transformación*, México, Porrúa, 2006.
- MORAVCSIK, Andrew, “The origins of human rights regimes: democratic delegation in postwar Europe”, *International Organization*, EUA, Harvard University, vol. 54, núm. 2, 2000.
- SALTALAMACCHIA Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-IJ - SCJN, 2012.

La reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011 y su relación con los derechos universitarios

*Jorge Ulises CARMONA TINOCO**

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca del reconocimiento histórico de derechos humanos en México. III. La trascendente reforma constitucional de 10 de junio de 2011. 1. Cambios sustantivos o al sector material. 2. Cambios operativos o al sector de garantía. 3. Cambios al artículo 1°. El rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional y sus implicaciones. 4. Cambios al artículo 3°. La educación en materia de derechos humanos. IV. El derecho a la educación y la protección de los derechos en la educación. 1. Los aspectos generales del derecho a la educación como derecho humano, con especial referencia a la educación superior. 2. La conformación de los derechos en la educación y su garantía al interior de las universidades. V. El previsible impacto de la reforma en derechos humanos en el ámbito de las instituciones de educación superior. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una reforma más a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se trataba de la tan esperada reforma en materia de derechos humanos, por la que habían pugnado desde hace varias décadas muchos y muy diversos grupos, entre los que se incluyen sectores sociales, académicos y políticos.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador Nacional por el CONACYT. Defensor de los Derechos Universitarios de la UNAM.

El andamiaje normativo con que nuestro país contaba para la eficacia de los derechos, se había convertido en un obstáculo a los mismos. Por una parte, el propio texto constitucional no había avanzado al mismo ritmo que los compromisos que había venido nuestro país adquiriendo en materia de derechos humanos y, por la otra, los instrumentos de garantía, tanto jurisdiccionales, como no jurisdiccionales, no desplegaban su potencial por las asimetrías que presentaba el propio ordenamiento.

Era sin duda necesaria una reforma, que se dio con un mayor alcance del que se pudiera imaginar, pues modificó desde la nomenclatura misma del Título Primero, Capítulo Primero de la Carta Magna, y dio rango constitucional a todas las normas de derechos humanos de fuente internacional.

Las instituciones de educación superior no son ámbitos ajenos al impacto de la reforma constitucional ya señalada, toda vez que con su labor hacen realidad el derecho a la educación en una de sus fases o niveles, pero también con ello se generan otro tipo de derechos, como son los denominados derechos en la educación, integrados por deberes y derechos de alumnos y del personal académico, que se conocen comúnmente como derechos universitarios, mismos que están integrados en la legislación universitaria, en particular, en aquellas instituciones dotadas jurídicamente de autonomía.

El objeto de este breve trabajo es precisamente ofrecer un panorama de la evolución de los derechos humanos en México y de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, para después abordar de manera general el tema del derecho a la educación en sus aristas más básicas, así como los derechos en la educación.

En los últimos apartados nos concentraremos en la eficacia de tales derechos al interior de las instituciones de educación superior, en particular la que llevan a cabo los organismos de defensa de los derechos universitarios, para culminar con algunas reflexiones sobre el impacto de la mencionada reforma constitucional en la tarea de tales organismos.

El presente trabajo, gira en torno a los temas abordados en el Seminario Internacional “La vinculación entre los derechos humanos y los derechos

universitarios”, celebrado en Homenaje póstumo al Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor, ferviente impulsor de la figura del *ombudsman* en la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la cual fue su primer y muy destacado Presidente.

II. ACERCA DEL RECONOCIMIENTO HISTÓRICO DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

La evolución constitucional mexicana ha abrevado de tres fuentes principales que le han servido de modelo o influencia en diversas etapas históricas, el constitucionalismo español debido a casi tres siglos de dominación, del siglo XVI a inicios del siglo XIX; el de Francia, que tuvo destellos en el siglo XIX, primordialmente en la etapa de organización estatal centralista; y el de los Estados Unidos de América, ya que la primera Constitución del México independiente se diseñó sobre el modelo de la norteamericana de 1787, lo que ha dejado huella en documentos constitucionales posteriores hasta la actual Constitución vigente desde 1917.

Dichas influencias se dejaron sentir en la evolución histórica de la consagración y garantía de los derechos básicos. Si bien no hay constituciones mexicanas que hayan carecido de manera absoluta de la consagración de derechos, así sea de forma escasa y dispersa, si se pueden apreciar etapas diferenciadas en dicha evolución. Además, no se debe perder de vista que México transitó por diversos modelos de organización de Estado, lo cual también tiene un impacto en la manera de consagrar y hacer efectivos los derechos.

Una vez que México nació a la vida independiente adoptó la forma federal de Estado, a imagen de la de los Estados Unidos de América, y así se vio reflejado en la Constitución mexicana de 1824, que no contenía un catálogo elaborado de derechos fundamentales y que sólo se hallan algunos de éstos en diversas partes del texto. La ausencia de una parte dogmática de la Constitución se ha atribuido al hecho de que se tomó como modelo el texto de la Carta Magna norteamericana, pero sin haber tomado en cuenta las primeras diez enmiendas de 15 de diciembre de 1791, que constituyen el *Bill of Rights*, entre otras cosas porque se entendía antes de dichas modificaciones, que la consagración de tales derechos correspondía al ámbito interno de los Estados integrantes de la federación.

En efecto, en los Estados Unidos de América, la consagración de los derechos básicos inició en algunas de las Declaraciones locales,¹ antes que a nivel Federal se estableciera el referido *Bill of Rights*.² En México, de forma similar, esto se dejó también en el ámbito de las entidades de la Federación.³

Años después, durante la vigencia de las llamadas *Siete Leyes Constitucionales* de 1835 que inauguraron la etapa centralista de México en el siglo XIX, ya se aprecia la ampliación de los derechos y su presentación ordenada, mismos que son encontrados en la primera y en la quinta de las leyes constitucionales mencionadas, esta vez, bajo la influencia francesa. Más tarde, con la vuelta al régimen federal marcado por el *Acta de Reformas* de 1847, que puso en vigor nuevamente a la Constitución de 1824 con algunas modificaciones, el tema de la consagración de los derechos fundamentales (de cuyo catálogo carecía el texto constitucional referido), se asignó a una ley secundaria de las denominadas *leyes constitucionales* que se pretendía que desarrollaran el texto constitucional y que se distinguían del resto de la legislación por no poder ser modificadas, sino hasta pasado cierto tiempo de su entrada en vigor. El *Acta de Reformas* resulta significativa porque fue el primer instrumento constitucional en consagrar a nivel nacional el *juicio de amparo* como instrumento de garantía de los derechos de la persona.

La conformación de un catálogo unificado, consolidado y amplio de derechos constitucionales, lo encontramos finalmente en la Constitución Federal de 1857, antecedente directo y en muchos aspectos casi idéntico al texto original del Capítulo I de la Constitución vigente de 1917, que ha sido reconocido por la adición de los derechos colectivos o de grupos sociales desfavorecidos y jurídicamente desprotegidos, como son los trabajadores y campesinos.

Es precisamente durante la vigencia de la Constitución de 1857 y como explicación y comentario al catálogo de derechos de ésta, que

¹ Entre las que se pueden mencionar las siguientes: Virginia (12 de junio de 1776), Pennsylvania (28 de septiembre de 1776), Maryland (11 de noviembre de 1776), Carolina del Norte (18 de diciembre de 1776), Vermont (8 de julio de 1777). Véase a este respecto: Peces Barba, Gregorio, *et. al.*, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1987, pp. 97 y ss.

² Ver *ibidem*, pp. 116-118.

³ Un panorama sobre los derechos humanos en la historia constitucional mexicana puede encontrarse en Terrazas Salgado, Carlos R., *Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México*, 4ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa Librero-Editor, 1996, especialmente, pp. 49-67.

surgieron varias de las más notables obras de juristas del siglo XIX, por ejemplo, José María Lozano⁴ o Isidro Montiel y Duarte,⁵ entre muchas otras. En el siglo XX y lo que va del presente pueden señalarse a manera de ejemplo, las obras de Felipe Tena Ramírez,⁶ Jorge Carpizo,⁷ Ignacio Burgoa,⁸ Miguel Carbonell,⁹ Ariel Rojas Caballero,¹⁰ Juventino V. Castro,¹¹ Héctor Fix-Zamudio,¹² Salvador Valencia Carmona,¹³ y Rodolfo Lara Ponte.¹⁴

El catálogo de derechos fundamentales del Título Primero, Capítulo I, de la Constitución de 1917 ha sido objeto de reforma constitucional en alrededor de noventa y siete ocasiones, por lo que muy escasos preceptos han permanecido inalterados desde su entrada en vigor (por ejemplo, el artículo 12 que alude a la prohibición del reconocimiento de títulos nobiliarios). Es en las últimas tres décadas en las que se ha acentuado la incorporación de derechos relacionados con la vivienda, salud, menores, familia, información, datos personales, alimentación, deporte, prohibición de la discriminación, personas y poblaciones indígenas, privacidad de comunicaciones, derechos de la víctima del delito, del inculpado en materia penal, entre otros. Cabe señalar que los cambios señalados han sido orientados por lo regular, gracias a los compromisos internacionales que ha adquirido el país, a propósito de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, que inició en la década de los ochenta y que se ha acelerado en los últimos diez años; en la actualidad, México es estado parte en casi la totalidad de los

⁴ Lozano, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a los Derechos del Hombre*, 4ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1987.

⁵ Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre Garantías Individuales*, 6ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1998.

⁶ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 29ª ed., Porrúa, México, 1995.

⁷ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 5ª ed., México, UNAM-Porrúa, 1996; y del mismo autor, *La Constitución Mexicana de 1917*, 10ª ed., México, Porrúa, 1997; así como: *Nuevos Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000, también de su autoría.

⁸ Burgoa O., Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 35ª ed., México, Porrúa, 2002.

⁹ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

¹⁰ Rojas Caballero, Ariel, *Las Garantías Individuales en México. Su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2002.

¹¹ Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1991.

¹² Fix-Zamudio, Héctor, *Ombudsman y Derechos Humanos*, México, CNDH, 1993.

¹³ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 4ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2005.

¹⁴ Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, México, UNAM-Cámara de Diputados, 1993.

instrumentos internacionales vigentes en la materia, tanto al nivel universal, como regional.¹⁵

De esta manera, nuestro país transitó al siglo XXI con un texto constitucional de 1917, reformado en numerosas ocasiones y, además, con un cúmulo de normas de derechos humanos integradas al ordenamiento a través de la ratificación de los tratados internacionales.

III. LA TRASCENDENTE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011

La consideración de diversas iniciativas en torno a una reforma constitucional en materia de derechos humanos en el Congreso de la Unión, y el periplo de cerca de dos años inter Cámaras, han rendido finalmente frutos. Una vez reunidos los requisitos exigidos por el artículo 135 de la Constitución Federal, y a manera de culminación formal de dicho procedimiento, el 10 de junio de 2011 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la esperada reforma constitucional en materia de derechos humanos.

La modificación involucra, como apuntamos, cambios a la denominación del Capítulo I del Título Primero; así como los artículos: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B., y 105, fracción II en su inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se trata, sin duda alguna, del cambio constitucional en materia de derechos básicos más importante del último siglo, que representa un nuevo paradigma para el respeto, protección, garantía y satisfacción de los derechos humanos.

La reforma trae grandes cambios que podemos agrupar de la siguiente forma para su mejor comprensión:

I. Cambios sustantivos o al sector material

Estos que derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que incluye:

¹⁵ Una compilación reciente y actualizada de los instrumentos ratificados por México es el volumen editado por el Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, *Derechos Humanos. Instrumentos de Protección Internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Comisión Europea, 2004.

- a) la modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos básicos;
- b) el otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos;
- c) la ampliación de hipótesis de no discriminación;
- d) la educación en materia de derechos humanos;
- e) el derecho de asilo y de refugio;
- f) el respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario; y
- g) los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.

2. Cambios operativos o al sector de garantía

Éstos inciden en las posibilidades procesales y procedimentales de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos, y que otorgan también a estos últimos, herramientas para tal efecto, entre lo que se encuentra:

- a) la interpretación conforme;
- b) el principio *pro persona*;
- c) los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; los deberes de respeto, protección, garantía y promoción, así como de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos;
- d) la prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución, como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados;
- d) la regulación de los límites, casos y condiciones, para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos humanos;
- e) el requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros;
- f) la exigencia de que las autoridades funden, motiven y hagan pública, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad de que las autoridades comparezcan ante los órganos legislativos correspondientes a explicar los motivos de su negativa;
- g) la ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos, para conocer de asuntos laborales;
- h) el traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

- i) la posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y los organismos respectivos de las entidades federativas, en el ámbito de su respectiva competencia, contra leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales, se puedan enderezar respecto a violaciones a los derechos humanos previstos en la Constitución, pero también en los propios tratados internacionales de derechos humanos.

Cabe señalar que si bien la reforma entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, esto es, el día 11 de junio de 2011, todo aquello que implica una ulterior labor legislativa ordinaria debía llevarse a cabo en el plazo de un año, luego de entrada en vigor la reforma constitucional, según lo prevén los artículos transitorios que acompañaron a la reforma.

No debe perderse de vista que la reforma en comento se vincula estrechamente con aquella publicada en el 6 de junio de 2011, en el propio *Diario Oficial*, y que tiene por objeto una modificación a los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales, e implica, entre otras cuestiones, cambios trascendentes al juicio de amparo. De esta reforma, llamamos la atención por su relevancia en el tema que nos ocupa, al cambio del artículo 103, fracción I, que prevé la procedencia del amparo: "Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte".

Como puede apreciarse, la reforma constitucional en materia de derechos humanos, por su dimensión y trascendencia, trae consigo la necesidad de ser explicitada, que se precisen su sentido y alcance, así como sus limitaciones y aquellas cuestiones que han quedado fuera de consideración, que deberán ser objeto de adiciones o adecuaciones ulteriores.

Sólo de esta manera los destinatarios y operadores jurídicos podrán optimizar al máximo el contenido de la reforma, que podemos calificar como un parteaguas en la vida constitucional de nuestro país, en materia de derechos humanos; en términos informáticos, no es un simple cambio o actualización de *software*, sino que se trata de un *sistema operativo*

completamente nuevo, el cual funciona sobre bases diversas a las de la actualidad. En esta oportunidad, nos ocuparemos únicamente de destacar los cambios al artículo 1º constitucional, que es la columna vertebral de la reforma.

3. Cambios al artículo 1º. El rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional y sus implicaciones

Uno de los temas más relevantes que significarán un parteaguas en el orden jurídico mexicano, es el otorgamiento de rango constitucional a las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, con ello, el reconocimiento y afirmación de su carácter de fuentes jurídico constitucionales de estándares a favor de la persona, con la correspondiente obligación de su acatamiento por parte de los operadores jurídicos.

El nuevo texto del artículo 1º constitucional establece:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

El artículo 1º deja en claro que el género único son los derechos humanos, los cuales se encuentran, por una parte, en el texto constitucional; y por la otra, en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; aun cuando no se debe dejar de mencionar que los tratados no conforman la única fuente de los derechos humanos a nivel internacional, si son tal vez, la más importante en la actualidad; por ello, la reforma acierta en situarlos como una fuente de derechos de la persona al mismo rango que la propia Constitución.

Por otra parte, cabe hacer una precisión adicional, pues en estricto sentido el texto no hace referencia a los *tratados internacionales de derechos humanos*, sino a los derechos humanos previstos en tratados internacionales, que es algo aún más importante y vasto, pues se amplía el espectro tomando en cuenta el criterio de los derechos y no el de los instrumentos que los contienen.

En pocas palabras, se contemplan no sólo los tratados cuya naturaleza y esencia sea de derechos humanos, sino también las disposiciones que contengan tales derechos, así se encuentren en tratados internacionales que no formen parte del grupo reconocido de tratados de derechos humanos, por ejemplo, lo que ocurre con muchos tratados derivados de la Organización Internacional del Trabajo, o lo sucedido con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de cuyo artículo 36 fueron derivadas por parte de la Corte Interamericana, reglas básicas del debido proceso en caso de extranjeros sometidos a juicio en un país diverso al de su origen.¹⁶

En este sentido, la gama e índole de los derechos reconocidos en el nuevo párrafo primero del artículo 1º constitucional, es amplísima y de lo más benéfica al reconocimiento de los derechos humanos a favor de las personas.

Los derechos mencionados no sólo adquieren un reconocimiento constitucional expreso, sino que, además, se le sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa, con respecto al resto de las disposiciones del orden jurídico mexicano. En efecto, se da un paso definitivo a favor de los derechos humanos de fuente internacional, al situarlos más allá del carácter infraconstitucional y supralegal reconocido judicialmente en la actualidad.

El párrafo segundo del artículo 1º constitucional, que trae consigo la reforma, mismo que 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.”

El párrafo segundo del artículo 1º formula los principios de interpretación conforme y de interpretación pro persona. El primero de ellos, es un criterio o canon de interpretación generado en el ámbito de los tribunales constitucionales, a efecto de intentar preservar el ordenamiento antes de expulsar una norma del mismo, es decir, lleva a realizar esfuerzos por

¹⁶ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. *Opinión Consultiva OC-16/99* del 1 de octubre de 1999.

encontrar a las normas un asidero constitucional por vía de interpretación, en este caso a las normas de derechos humanos, antes de proceder a declarar su asimetría y, por ende, su expulsión del ordenamiento. En pocas palabras, se trata de encontrar la armonía normativa por vía de interpretación, antes que llevar a cabo un control estricto que lleve a la necesaria expulsión o inaplicación de normas.

No obstante lo anterior, el precepto va más allá, pues impone no sólo la armonización vía interpretación, sino que dispone que de los sentidos posibles que arroje dicho ejercicio se privilegie aquel que depare mayor beneficio a las personas, esto es, que la interpretación no sea restrictiva, sino que se maximice dentro de los márgenes posibles a favor de la libertad, lo que constituye la esencia del principio *pro persona*.

A partir de lo anterior, de entre los sentidos posibles de una norma, habrá que privilegiar aquel más favorable a la persona, o en caso de conflicto normativo, deberá prevalecer la disposición más favorable o la menos restrictiva a los derechos humanos. El principio *pro persona*, en materia de derechos humanos, deja atrás el viejo principio jerárquico, para dar paso a un nuevo esquema; ya no se trata de la pregunta usual sobre qué norma es jerárquicamente superior, sino de qué norma es la más favorable o la menos restrictiva hacia la persona, la que deberá finalmente ser aplicada al caso concreto. Hay que señalar que el principio *pro persona* tiene condiciones y límites de aplicación, de los que ahora no nos ocuparemos, pero que ante la imposibilidad de aplicación del mencionado mismo, por estar enfrentados derechos básicos de dos o más personas, se da paso a la llamada *ponderación*.

Por otra parte, el nuevo párrafo tercero del artículo 1° que se comenta, enriquece los extremos anteriores, al señalar de forma expresa lo siguiente:

“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.”

El nuevo párrafo tercero del artículo 1° constitucional, recoge los principios internacionales reconocidos para el adecuado cumplimiento de

los derechos humanos, como son los deberes de *promoción* o divulgación, pues entre mayor sea el conocimiento de los derechos, mayor será la exigencia de su cumplimiento y su eficacia; de *respeto*, que atañe a autoridades y operadores jurídicos, que deberán ajustar su actuación y conducta a los derechos humanos; de *protección*, que implica extender la observancia de los derechos humanos a la propia sociedad civil, en las relaciones entre particulares o a sujetos e instituciones no oficiales; y de *garantía*, que significa establecer, ejercer y acatar, los medios de salvaguarda de los derechos de la persona, en particular los de carácter judicial.

De igual manera, se “constitucionalizan” los principios pertenecientes a los derechos humanos, también ampliamente reconocidos en el ámbito internacional, como son: la *universalidad*, que es la piedra angular de la noción de derechos humanos, y que implica que tales derechos son inherentes a la persona humana, sin importar el tipo de Estado, región, nacionalidad, familia, régimen económico o político, religión o creencias, entre otros factores, en el seno y contexto de las cuales haya nacido y se desenvuelva la persona. Es decir, la consideración de su calidad misma de persona o ser humano, amén de cualquier otra cualidad o característica, lo que la hace titular de los derechos humanos; esto no debe confundirse en modo alguno con la eficacia de los derechos, pues una cosa es ser reconocido como titular de los derechos y otra estar en aptitud o que existan las condiciones para su plena satisfacción.

El principio de *interdependencia*, implica que la satisfacción o la afectación a algún derecho humano en particular, tiene efectos a su vez en el goce y eficacia de otros, por ejemplo, cumplir con los parámetros del derecho a la educación tendría efectos positivos en el ejercicio de ciertas libertades como la de expresión, acceso a la información, o incluso en la posibilidad de exigir el cumplimiento de otros derechos; de igual manera, la afectación a la integridad personal, podría afectar desde otro ángulo, el derecho a la salud o la posibilidad de desempeñar adecuadamente un trabajo; una detención arbitraria y prolongada podría significar la violación a los derechos a derechos colaterales, como por ejemplo, el ejercicio de los derechos políticos, si tal afectación se realiza durante la jornada electoral, entre otros.

La *indivisibilidad* es un principio que acompaña a los derechos humanos desde su concepción original, y significa que los Estados no pueden optar por

satisfacer o considerar como derechos sólo algunos, y dejar a un lado o fuera de consideración a otros; el ser humano es titular de absolutamente todos los derechos humanos reconocidos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, entre muchos otros, y no se le pueden menoscabar, escatimar o desconocer, por la razón que fuere, ninguno de ellos.

La *progresividad*, como principio, apunta a la necesidad de que las medidas en torno a los derechos humanos signifiquen avances hacia la consecución de mejores estándares, e implica a su vez, la no regresividad, es decir, una vez que se ha alcanzado un determinado estándar, éste debe ser conservado hasta lograr nuevos avances, pero no se admiten estancamientos o medidas en retroceso. Un caso claro de la trasgresión a este principio fue lo que ocurrió con las peticiones de extradición por parte de los Estados Unidos de América, que eran rechazadas por el Poder Judicial de la Federación con el argumento de que las penas previstas para los delitos eran las de prisión perpetua, calificada en nuestro medio como una pena inusitada; sin embargo, con posterioridad el criterio judicial cambió la postura, en retroceso a los estándares alcanzados, y comenzó a desechar los amparos interpuestos, en virtud de que dejó de reconocer a la prisión perpetua el carácter de pena inusitada, todo lo cual redundaba en una evidente medida regresiva en perjuicio de los derechos humanos. Una situación similar podría suceder si en materia del derecho a la salud, se entiende que este derecho implica la entrega de medicamentos por parte del Estado y, con posterioridad, cesa dicha medida benéfica.

El párrafo tercero del artículo 1º que se comenta, prevé en su última parte que el Estado tendrá, en consecuencia a lo ya comentado, el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, de conformidad con lo que establezca la ley.

Los deberes enunciados son reflejo de los reconocidos a nivel internacional ante las violaciones a los derechos humanos, y van dirigidos a impedir que se produzcan éstas; y en los casos en que los esfuerzos en este sentido no hayan sido suficientes, implica esclarecer los hechos; determinar las violaciones cometidas; someter a los responsables a la justicia para que reciban el castigo que en derecho proceda, es decir, no permitir la impunidad de las violaciones, y lo que es más relevante para las víctimas: reparar las consecuencias de las transgresiones a los derechos humanos.

De acuerdo con el artículo 2º transitorio del proyecto de reforma, la Ley sobre reparación deberá ser expedida en el término de un año, a partir de la entrada en vigor de la reforma. Ese mandato habría sido satisfecho gracias a la expedición de la Ley General de Víctimas en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de enero de 2013, que fuera modificada mediante la reforma del 3 de mayo de este mismo año. Habrá que analizar si la Ley empata la reparación de violaciones a los derechos humanos determinadas en el ámbito doméstico, como aquellas derivas de recomendaciones o de sentencias internacionales.

Por último, el párrafo del artículo 1º que hace alusión a la no discriminación y ejemplifica “enunciativamente” los motivos proscritos que la pueden generar, se vio enriquecido al cambiarse la mención a “las preferencias”, por el término preciso de “las preferencias sexuales”, las cuales quedan contundentemente proscritas como base de discriminación.

4. Cambios al artículo 3º. La educación en materia de derechos humanos

El cambio en este precepto enriquece las cualidades y los fines a los que apunta la educación impartida por el Estado, de manera que se agrega al texto del mencionado párrafo la mención al respeto a los derechos humanos en los siguientes términos:

“La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.”

El texto agregado se encuentra en consonancia con los cambios realizados al artículo 1º, en particular, con el deber a cargo de todas las autoridades de promover los derechos humanos en su ámbito de competencia.

La mencionada adición no es sólo de armonización y mero ornato, sino que requerirá un intenso trabajo en la actualización y adecuación de los planes y programas de estudio a todos los niveles de la educación impartida por el Estado, a efecto de enriquecer su contenido con la enseñanza de los derechos humanos, para que el mandato constitucional se convierta en realidad.

IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN LA EDUCACIÓN

I. Los aspectos generales del derecho a la educación como derecho humano, con especial referencia a la educación superior

El insigne jurista Jorge Carpizo, lamentablemente fallecido, nos recuerda que “la educación es el derecho a instruirse para poder realizar un destino personal; es también una obligación que el Estado tiene de proporcionar a la persona los medios para alcanzar su destino, el cual tiene que realizarse en sociedad. La educación es una función social y un servicio público... Lo más valioso que un país posee son sus recursos humanos, y mientras éstos se encuentren mejor preparados, mayor será la grandeza de ese país. Las naciones más prósperas son aquellas donde la población se encuentra con mejores índices de educación”.¹⁷

En consonancia, tratando de contextualizar un poco el concepto, voy a referirme también a la Observación General número 13 respecto del propio artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no sin antes recordar que estas observaciones generales son parte de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En el documento señalado se establece:

“1. La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente

¹⁷ Carpizo, Jorge, “Una Propuesta de Clasificación de los Derechos de la Justicia Social”, en *Revista México Social*, México, CEIDAS, núm. 20, marzo de 2012, p. 39.

instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.”¹⁸

En opinión de Diego Valadés, otro preclaro jurista mexicano, el tema de la educación no sólo plantea problemas desde la perspectiva del derecho constitucional y administrativo, sino que también representa impactos en los órdenes financiero, social y por supuesto, en el orden político. Valadés señala que la educación no es solamente una garantía más, sino que es también un instrumento eficaz y poderoso para la movilidad de la sociedad, es una válvula para desahogar presiones, particularmente en periodos de crisis y para canalizar inquietudes políticas.¹⁹

El derecho a la educación está plasmado en nuestra Carta Magna en el emblemático artículo 3º, que desde 1917 consagra el derecho a la educación e iniciando la segunda década del siglo XXI, se fortaleció con la educación en derechos humanos.

El artículo 3º, en su versión original estableció:

“Art. 3o.- La enseñanza es libre; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares.

Ninguna corporación religiosa, ni ministro de algún culto, podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria.

Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial.

En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria.”

Considerando la última reforma introducida al artículo 3º, dicho precepto ha tenido hasta ahora nueve modificaciones constitucionales, en 1934, 1946, 1980, 1992, 1993, 2002, 2011, 2012 y 2013.

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Observación General Número 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).

¹⁹ Véase a este respecto el magnífico trabajo Valadés, Diego, “Educación”, en la obra colectiva *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, PORRUA-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo VIII, 2004, pp. 785 y ss.

De ellas destaca que en 1934, la educación fue tornada en socialista por el Constituyente permanente; en 1946 fue suprimida la referencia al tipo de educación apuntada y se detalló la regulación de la materia en ocho importantes fracciones que aludían a aspectos centrales, como el carácter democrático y nacional de la educación, la impartición de ésta por particulares y un nuevo esquema entre la educación impartida por el Estado y aquella de que pudieran impartir las personas o agrupaciones con carácter religioso.

El cincuentenario de la autonomía universitaria en 1979, fue la ocasión para adicionar el artículo 3° constitucional, que desde entonces garantiza la autonomía de las universidades. La autonomía forma parte del orden jurídico nacional y por ende las instituciones que la ejercen no pueden sustraerse al acatamiento de ese orden nacional. La autonomía no significa que cada una de las universidades sea como una especie de un país distinto, sino que tiene puentes con el resto del ordenamiento y, por supuesto, con otras disposiciones de la Constitución, en particular las de derechos humanos y con las de fuente internacional previstas en los tratados internacionales, ratificados por nuestro país.

En la reforma de 1993 al artículo 3° se estableció con toda nitidez la educación como una garantía individual, y la obligación del Estado de impartir educación preescolar, primaria y secundaria conforme con la organización política federal que nos rige, gracias a una de las reformas recientes, se agrega también el bachillerato; en el nivel internacional, los estándares mínimos establecen sólo como obligación, la primaria como una etapa impartida por el Estado. Nuestra *Constitución* ahora ha ido más allá de ese mínimo, pues el nivel de bachillerato es una obligación y a su vez, un derecho.

El actual artículo 3°, derivado de la reforma de 2013, establece en sus partes medulares lo siguiente:

- a) El derecho de toda persona a recibir educación, siendo obligatoria hasta la educación media superior.
- b) La educación que imparta el Estado deberá, entre otras importantes cuestiones, fomentar en el ser humanos el respeto a los derechos humanos, además de ser gratuita.

Aplicando los cánones de interpretación constitucional, podemos deducir que el tema de la *gratuidad* está reservado a ciertos grados que no llegan al sistema superior; sin embargo, se señala que deberán llevarse a cabo pasos progresivos hacia la gratuidad prácticamente de toda la educación, pero que no podemos establecer a nivel superior su carácter de *lege lata*.

La distinción entre la educación impartida por el Estado, con excepción de aquella a cargo de las universidades o instituciones de educación con autonomía de fuente legislativa, es precisamente lo que lleva muchas veces a confusión porque uno no puede sustraer a las universidades como partes del Estado; entonces, cuando se dice que la educación que imparte el Estado será gratuita, pareciera ser que también están incluidas las universidades, pero esto en todo caso es un tema semántico, que también puede tener otra opción de interpretación, como la que ya señalé, en el sentido de que es sólo la que directamente el Estado imparta en esos cuatro niveles, quedando a salvo el tema de las universidades que operen bajo su ley y autonomía.

- c) El Estado es el garante de la calidad de la educación obligatoria, cuyo criterio orientador es la laicidad, aunado al progreso científico, la democracia, el nacionalismo, la mejor convivencia humana y la calidad.
- d) Toca al Estado determinar los planes y programas de estudio de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal.
- e) El ingreso, promoción, reconocimiento y permanencia en el servicio docente y en puestos de dirección será a través de concursos de oposición.
- f) Se reconoce la autonomía de las universidades e instituciones de educación superior que les conceda la Ley. Éstas tendrán la facultad y responsabilidad de gobernarse a sí mismas, realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura, de acuerdo con los principios de este artículo y respetarán la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas.

De estos postulados uno empieza a deducir aquellos derechos humanos que se convierten a su vez en derechos universitarios como lo son la libertad de cátedra, la libertad de investigación, la libertad de expresión necesaria para la discusión y el examen de las ideas. Las universidades fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico, y administrarán su patrimonio. La última parte señala el marco que aplica a las relaciones laborales, tanto de personal académico como administrativo, situándolas en el apartado A del artículo 123.

- g) Corresponde al Congreso de la Unión expedir las leyes para distribuir la función educativa entre Federación, Estados y Municipios.
- h) Para efecto de fortalecer y hacer realidad la calidad en la educación, se crea el Sistema Nacional de Evaluación Educativa, el cual estará a cargo de un Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, eso se refiere a la educación que imparte el Estado.

En cuanto a la legislación secundaria sobre educación, a nivel federal podría mencionarse la *Ley Orgánica de Educación Pública* de 1941, *Ley Federal de Educación* de 1973, y *Ley General de Educación* de 1993, con una última reforma del 10 de junio de 2013, en concordancia con la reforma constitucional ya señalada. Este intento por mostrar una fotografía normativa en torno a la educación se ve ampliado, desde los años de 1980 en que México comenzó a ratificar tratados en materia de derechos humanos. En la actualidad, hay que tomar en cuenta el llamado derecho internacional de los derechos humanos que se convierte en derecho interno o derecho nacional, a través de la ratificación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Además, esta muestra no estaría completa si no se hace referencia a toda la normatividad al interior de las universidades, misma que es también muy profusa; sólo para compartir con ustedes un dato, en opinión del Abogado General de la UNAM, tenemos actualmente en vigor 50 ordenamientos que rigen prácticamente el funcionamiento y la vida universitaria. Con todo esto, la fotografía que describimos aún no está completa, pues se han ido desarrollando, sobre todo a partir de la segunda postguerra, estándares muy importantes. Por ejemplo, menciono la creación misma de la UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, ya que es en esta organización donde surgen estudios muy importantes sobre los distintos niveles de educación, con obras muy relevantes en materia de educación.

Asimismo, hay que mencionar dos tratados internacionales que consagran como derecho humano, el derecho a la educación, en este caso: el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Protocolo de San Salvador*. Se trata de instrumentos que igualmente se ocupan de algunos otros derechos en la educación.

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los estados partes en el pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación, y convienen en que la educación

debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Asimismo, los estados partes convienen en que la educación debe capacitar a todas las personas a fin de participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia, y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales étnicos o religiosos, y en ese sentido, promover las actividades de las naciones unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Los estados parte en el pacto reconocen que con el objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho en el que la enseñanza primaria debería ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, es ahí que nuestra *Constitución* despegó y ahora alcanza el nivel de bachillerato. La enseñanza secundaria en sus diferentes formas e incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional debe ser generalizada y hacerse accesible a todos por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. No habla de una obligatoriedad sino simplemente de hacerla accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno. El estándar del derecho humano a la educación derivado del Pacto, indica que debe fomentarse e intensificarse en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria, por lo que se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza e implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. Los estados parte del Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, en su caso los tutores, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que se satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba, etcétera.

Sobre los alcances del precepto que se reseña, el propio Pacto señala que nada de lo dispuesto en el artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades, para establecer y dirigir las instituciones de enseñanza, a condición que se respeten los principios ya señalados. En el artículo 14 del Pacto también se hace referencia a la educación, y se señala que en aquellos países en que no hayan podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se comprometen en elaborar y adoptar dentro de un plazo de dos años; este pacto es de 1966 y entró en vigor

en 1976, incluye un plan detallado de acción para la aplicación progresiva dentro de un número razonable de años, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Por lo que hace al Protocolo de San Salvador, el tratado en el marco de la Organización de Estados Americanos, OEA, que es complemento de la Convención Americana, en su artículo 13 establece los caracteres o parámetros del derecho a la educación.

Por otra parte, contamos con la Observación General número 13 sobre el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, emitida por el Comité en la materia. También hay que mencionar otras observaciones generales sobre el tema de la educación, por ejemplo, la Observación General número 3, sobre las obligaciones que derivan para los estados de este tratado internacional en particular; la Observación número nueve, sobre la aplicación interna sobre los derechos previstos en el pacto; la Observación número 11, relativa los planes de acción para la enseñanza primaria. En ese sentido, voy a utilizar algunos párrafos de la Observación número 13 para pasar a la última parte de mi exposición.

El derecho a la educación tiene cuatro características interrelacionadas y forman parte de los estándares que resultan aplicables por conducto de los Estados y sus instituciones educativas, incluyendo las de carácter superior.

El primer principio: disponibilidad. La educación debe estar regida por el principio de disponibilidad, esto es, debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del estado parte, las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan, por ejemplo: las instituciones, programas, etcétera. Deben tener, por ejemplo, e incluso como menciona la observación general, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza y en algunos casos necesitarán también bibliotecas, servicios de informática y tecnología de la información.

El segundo principio: accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza deben ser accesibles a todos sin discriminación en el ámbito de los estados parte. La accesibilidad consta de las siguientes dimensiones:

- a) No discriminación.
- b) Accesibilidad material. Es que la educación debe ser accesible materialmente, ya sea por localización geográfica, de acceso razonable o por medio de la tecnología moderna mediante el acceso a programas de educación a distancia.

Tercer principio: Aceptabilidad. La educación debe estar al alcance de todos, esta dimensión de la aceptabilidad está condicionada por distintas diferencias entre lo que es la enseñanza primaria, secundaria y por otra parte la enseñanza superior. Mientras la enseñanza primaria debe ser gratuita para todos, se pide a los estados que implementen de manera paulatina, la gratuidad en la enseñanza secundaria y superior. La forma y el fondo de la educación, los programas de estudio y los métodos pedagógicos han de ser pertinentes, por ejemplo, adecuados culturalmente y de buena calidad para los estudiantes y, cuando proceda, los padres. Este punto está supeditado a los programas que el Estado apruebe en materia de enseñanza.

Cuarto principio: Adaptabilidad. La educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación, y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

Para que la enseñanza superior responda a las necesidades de los alumnos en diversos contextos sociales y culturales, es preciso que los planes de estudio sean flexibles o que se revisen de manera periódica, y los sistemas de instrucción sean variados con utilización, incluso, de la enseñanza a distancia. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos sobre la base de capacidad de cada uno, y hay un señalamiento en que hay que pensar en las personas, por ejemplo, con discapacidad. Entonces, para efecto de la enseñanza superior, el estándar internacional, que ya es estándar nacional, dice, no debe ser la enseñanza superior generalizada. En ninguna parte de la interpretación del tratado se señala que todo mundo, todas las personas de México deben tener un título profesional; señala que debe ser este tipo de educación disponible, aquí es lo más importante, sobre la base de la capacidad, misma que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada quien.

Es ahí donde se incluye todo el espectro de lo que las universidades establezcan como parámetros para “medir” la capacidad de todas aquellas

personas que pretendan ingresar, ¿cómo se puede medir exactamente o qué puede representar un mínimo de capacidad? Esto no significa, incluso, que todos aquellos que tengan esa capacidad mínima para ingresar a la enseñanza superior deban necesariamente entrar o tener un lugar en una sola institución. Los derechos humanos, sobre todo de corte económico, social y cultural son derechos que involucran acciones del legislador, acciones del ejecutivo, también de los órganos jurisdiccionales, de las comisiones de los derechos humanos; estos derechos involucran la acción de muchos sectores para hacer posible que las personas tengan esta disponibilidad, este es un problema que aqueja a todas las instituciones. Por una parte, la Universidad debe cuidar que quienes ingresan tengan la posibilidad de tener éxito, desarrollo en los estudios, pero por otra parte, no necesariamente debe agotarse esto en una sola institución como la única opción para las personas que aspiren a educación superior. De ahí la importancia de que los procedimientos de acceso, de examen de selección, etcétera, sean revisados de manera constante, para que en efecto refleje eso que se pretende, además, tomando en cuenta que habrá personas con distintos medios y capacidades para poder aspirar a este nivel de educación.

2. La conformación de los derechos en la educación y su garantía al interior de las universidades

Una vez planteados los elementos generales del derecho a la educación como un derecho humano, nos referiremos a un tipo particular de derechos que derivan precisamente de este último, que son los derechos en la educación, en particular en las instituciones de educación superior.

Las instituciones educativas son ámbitos en los que tienen incidencia actividades administrativas, académicas y estudiantiles, entre otras, donde tienen lugar relaciones de muy variada índole, por ejemplo: las de tipo laboral, aquellas entre autoridades educativas y profesores, investigadores o personal administrativo; las de carácter académico, entre el profesorado y el alumnado; entre autoridades de centros de investigación y personal académico, asistentes y becarios; o de carácter administrativo, entre autoridades académicas y estudiantes, respecto a los diversos trámites que deben llevarse a cabo durante la vida estudiantil, tales como inscripciones o exámenes de grado, entre muchos otros. Desde otro ángulo, también hay un ámbito de relación entre el propio personal académico, o de los estudiantes entre sí.

Las actividades y relaciones apuntadas se dan en un marco de reglas jurídicas, que pueden ser externas a la institución o generadas por ésta, en particular cuando posee autonomía. Dentro del amplio campo de las reglas jurídicas externas e internas a las instituciones educativas, se ha ido conformando un núcleo de derechos y deberes que integran un sector que podemos denominar “derechos y deberes en la educación”, los cuales están vinculados y forman parte del muy amplio e importante derecho humano a la educación.

A tales derechos y deberes, cuyos titulares son esencialmente alumnos y personal académico, se les conoce como *derechos universitarios* cuando se trata de instituciones de educación superior. Los derechos universitarios son, desde cierta perspectiva, una expresión de diversos deberes y derechos humanos que tienen incidencia en las instituciones de educación superior, en las diversas actividades y relaciones que ocurren en ellas; entre tales derechos se encuentran la igualdad, la no discriminación, el ser tratado sin violencia de ninguna especie, la libertad de cátedra y de investigación, la libertad de expresión y el debido proceso, los cuales están encaminados a crear al interior de las universidades un ámbito de deberes, libertades y derechos que permitan adecuadamente la enseñanza-aprendizaje y la investigación.

En este sentido, los derechos universitarios comprenden una amplia gama que abarca tanto derechos de índole administrativa, en los diversos trámites y procedimientos que se dan al interior de las universidades, como de derechos básicos reflejados en la normatividad universitaria y que son eco de los derechos humanos vigentes en un determinado país. No es común que exista un catálogo completo de derechos al interior de las universidades, por lo regular se encuentran dispersos los derechos y deberes en la diversa normatividad universitaria que se va creando en las instituciones de educación superior y que regula los diversos aspectos de la vida universitaria de alumnos, personal académico, instancias y autoridades universitarias.

Una de las formas de difundir y garantizar la efectividad de los derechos universitarios, ha sido a través del establecimiento, al interior de las instituciones de educación superior, de órganos de protección para tales derechos, los cuales comparten la naturaleza de un *ombudsman*, vocablo sueco que significa representante o mandatario. Se trata también del

término con que se designa la institución que en el contexto iberoamericano conocemos con el nombre genérico de defensoría, es decir, un órgano que vigila los actos de la administración, orienta, recibe quejas, promueve soluciones y puede emitir recomendaciones.

Al igual que todas las instituciones jurídicas y sociales, el *ombudsman* ha sufrido transformaciones, de acuerdo con el contexto y las ideas e influencias vigentes en el momento histórico en que se incorpora a un determinado ordenamiento nacional e incluso supranacional. Particularmente en el ámbito iberoamericano, esta evolución o trasplante, se tradujo en la creación de la Defensor del Pueblo, institución que se implementó en España en el año de 1978, luego de su transición de un régimen autoritario hacia uno más abierto y la emisión de su Constitución. Las atribuciones del Defensor girarían en torno a la vigilancia de la administración y se incorporaría la característica más propia de este modelo iberoamericano: la garantía institucional de los derechos humanos o fundamentales, como señala el artículo 54 de esa *Ley Fundamental*, conservando la importante función representativa al ser un comisionado de las Cortes Generales.

El modelo ibérico de *ombudsman* sirvió de inspiración a los profesores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, para crear en el año de 1985 en la Universidad Nacional Autónoma de México, una Defensoría de los Derechos Universitarios (DDU). Durante la sesión del Consejo Universitario del 29 de mayo de 1985, se aprobó el Estatuto de la Defensoría, marcando el nacimiento del *ombudsman universitario* en el ámbito latinoamericano y fungiendo como el antecedente inmediato de las comisiones de derechos humanos que se implementarían después a nivel nacional y de las Entidades Federativas en nuestro país.

La utilidad que posee un *ombudsperson* especializado en la educación superior es innegables, ya sea: i) en tanto garante de la legalidad, razonabilidad y eficiencia en la prestación de los servicios que ofrecen las autoridades universitarias; ii) a través de la protección de los derechos que disponen los estudiantes y académicos en virtud de las normas que rigen a las universidades; garantizar, en el ámbito de su competencia; iii) que la educación, como derecho humano se vea materializada, y no menos trascendente labor, de que: iv) se vigile la observancia de otros derechos humanos en las universidades. Lo señalado en los dos últimos incisos configura una nota esencial del diseño institucional de

estos organismos, cuyo diseño permite no sólo que la Defensoría ejerza las labores paradigmáticas del *ombudsman* tradicional, sino que en su especialidad coadyuve en la garantía de los derechos humanos desde los peldaños inferiores del orden jurídico; lo anterior, sumado a las facultades de investigación oficiosa, presentación periódica de informes generales y específicos, al igual que de mecanismos alternativos de solución de controversias con que cuentan las defensorías.

Complementando lo anterior, se tiene noticia de que en el continente americano, los antecedentes de esta actividad llamada hoy en día *ombudsing*, enfocados al ámbito educativo, se localizan en la Universidad Simon Fraser de Canadá, en 1965, y en la Universidad Estatal de Washington, Estados Unidos, desde 1970, entre otras experiencias. En este tenor, las defensorías, procuradurías e instituciones de promoción y protección de los derechos universitarios, actualmente presentes en Estados Unidos, Canadá, México, y diversos países latinoamericanos y de Europa, forman una especie de subsistema de *ombudsmen* especializados en la salvaguarda de derechos en las instituciones de educación superior.

En México, luego del establecimiento de la Defensoría de los Derechos Universitarios en la UNAM, se han creado de manera paulatina a lo largo del país, instituciones similares o afines en diversas instituciones de educación superior. En el año 2005 fue conformada la Red de Defensores, Procuradores y Titulares de Organismos de Defensa de Derechos Universitarios (REDDU), que actualmente se integra por 19 órganos nacionales y 30 asociados, entre honorarios, asimilados y observadores, nacionales y extranjeros.

Esta red fue impulsada por un sólo espíritu: acercar y vincular a las instituciones nacionales dedicadas a la protección de derechos universitarios, mediante una institución que las congregara y sirviera de puente para entablar el diálogo y la discusión de las ideas, a fin de conducir al mejoramiento de nuestra actividad en la defensa, protección y promoción de los derechos universitarios.

De manera paralela a la mencionada Red, en virtud de las necesidades de realizar investigaciones dirigidas a explicar y desarrollar el potencial de las defensorías en las instituciones de educación superior, expandir el modelo existente en a lo largo de América Latina y propiciar el diálogo

entre pares a nivel nacional e internacional, se propuso desde el seno de la Universidad Nacional Autónoma de México la creación de una Cátedra UNESCO especializada en el *ombudsperson universitario*. Así, las cosas, una vez expuesta tal iniciativa a las autoridades competentes, se aceptó el proyecto correspondiente, el cual se vio cristalizado con la suscripción, el 2 de marzo de 2012, de un acuerdo celebrado entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, por conducto de su Directora General, Irina Bokova, y la Universidad Nacional, a través de su Rector, Dr. José Narro Robles, con el objeto de establecer una *Cátedra UNESCO para desarrollar un modelo para la defensa de los derechos académicos en instituciones de educación superior en América Latina*.

En seguimiento a lo que establece el acuerdo constitutivo de la Cátedra, para la consecución de sus fines se ha previsto una serie de objetivos generales que se acompañan también de la adopción de una serie de medidas de carácter específico. En cuanto a los primeros se encuentran: promover la creación de un sistema para la investigación, desarrollo de capacidades, información y documentación de las relaciones entre los derechos humanos y los derechos académicos. En segundo lugar, facilitar la cooperación entre investigadores y docentes de la UNAM, con otros académicos de amplio reconocimiento internacional de la República Mexicana y distintas regiones del mundo. Por último, conseguir la integración, promoción y desarrollo de un modelo de justicia y defensa universitaria en instituciones de educación superior en América Latina.

Los objetivos presentados desembocan en la adopción de las siguientes directrices de carácter específico:

- a) Fomento, con proyección regional, nacional e internacional, a la investigación en temas vinculados con la justicia, legalidad e igualdad, con especial atención a la perspectiva de género en instituciones latinoamericanas de educación superior. Al igual que proponer la aplicación y adopción de políticas en relación con dichos tópicos, a través de publicaciones.
- b) Organización de congresos nacionales e internacionales, así como emprender proyectos de investigación, dirigidos a concientizar y acrecentar, mediante la publicación y difusión de sus resultados, y el establecimiento de *ombudspersons* para la protección y defensa de los derechos humanos y universitarios en las universidades.

c) Promover la cooperación e intercambio de conocimientos para fortalecer la defensa de los derechos humanos como también la justicia, legalidad e igualdad en las instituciones de enseñanza superior.

Como puede observarse, el tema de la eficacia de los derechos universitarios en las instituciones de educación superior ha ido en constante crecimiento y paulatinamente se ha convertido en un factor central del gobierno y administración de las universidades, y así como sería impensable una institución de educación superior sin un marco de legalidad que garantice su funcionamiento óptimo, posiblemente en un futuro cercano también forme una parte indispensable de toda institución contar con mecanismos de solución de conflictos y de garantía de los derechos universitarios.

V. EL PREVISIBLE IMPACTO DE LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Uno de los problemas que está teniendo cada vez más resonancia es el tema de cómo se va a dar eficacia a la reforma en materia de derechos humanos al interior de las universidades. Un primer aspecto es la necesidad de establecer programas de educación transversal en materia de derechos humanos. Por supuesto, en las escuelas o facultades de derecho, la enseñanza de estos derechos debe ser una materia obligatoria, que requiere sustituir a la antigua materia de garantías individuales. Las garantías individuales eran derechos humanos plasmados en la Constitución, no tienen ninguna otra diferencia con tales derechos; cuando se lee y compara la Convención Americana y la *Constitución* el contenido prácticamente coincide, incluso, en algunos casos nuestra *Constitución* va más allá de los estándares mínimos internacionales, así como en ocasiones estos estándares sobrepasan del texto constitucional y lo complementan.

Como comentamos, la educación en materia de derechos humanos debe ser una asignatura obligatoria, no sólo en la carrera de derecho, porque los derechos humanos pueden ser analizados desde el punto de vista de la ciencia política, desde el punto de vista filosófico, etcétera; considero que en la mayoría de los planes de estudio a nivel superior debe existir algún tipo de preparación en este sentido, porque la obligación de los derechos humanos es para todos, independientemente de las diversas carreras, pues constituye una materia básica de la formación humana.

También es importante responder a la interrogante de qué hacemos con los estándares de derechos tanto aquellos dirigidos hacia los profesores, como los que se enfocan en los estudiantes, pues es preciso tener claridad en las relaciones entre autoridades universitarias y la comunidad estudiantil y académica. Es en este sentido donde la reforma constitucional en materia de derechos humanos tiene un impacto considerable, pues dentro de los sujetos obligados por tales estándares, se encuentran por supuesto, las propias universidades y sus órganos internos en el ámbito de su autonomía.

Lo anterior significa por una parte, que las universidades tienen obligaciones directas frente a los derechos humanos provenientes de la Constitución y de los tratados internacionales, pero también deben trasvasar tales derechos en su propia normatividad, en el diseño y operación de sus propias instituciones, lo cual puede llevar en algunos casos a la modificación de la legislación universitaria o de su complementación con programas y líneas de acción específicos, así como la revisión periódica de las bases, trámites y procedimientos que se lleven a cabo.

Por parte de las instancias y autoridades universitarias, habrá que considerar la incidencia de los estándares de derechos humanos en los asuntos de competencia, a efecto de dotar aquellos de la eficacia que requieren dentro del marco de las reglas y procedimientos derivados de la propia autonomía universitaria.

Las nuevas bases constitucionales de eficacia de los derechos humanos, posiblemente traerán consigo un reacomodo de las relaciones entre la universidad y los órganos de garantía de los derechos humanos, tales como las comisiones de derechos humanos y los tribunales, en particular aquellos con competencia en amparo, que también sufrió grandes cambios. De este reacomodo no puede derivar una afectación a la autonomía universitaria, sino un fortalecimiento, para lo cual es de suma importancia que las instituciones de educación superior cuenten al interior, con instancias de garantía de los derechos, que ante la circunstancia de que los asuntos pudieran traspasar las fronteras institucionales, uno de los temas no sea el hecho de que se carece de organismos de tutela de los derechos al interior de dichas instituciones, sino que opere una especie de deferencia judicial o no jurisdiccional, para que los asuntos encuentren sus cauces de solución al interior de las propias instituciones universitarias.

Estos fenómenos y renovadas problemáticas, también impactarán a las instituciones de educación superior privadas, puesto que están sujetas a supervisión institucional. Es precisamente el deber de protección de los derechos humanos y no sólo el de respeto, lo que obliga a las autoridades a velar porque en las instituciones privadas también impere el respeto a la dignidad humana. En estos casos, comienza también a ser frecuente que las instituciones privadas cuenten al menos con oficinas que llevan a cabo mecanismos de solución alternativa de problemas, tales como la mediación; lo cual sirve para dar cauces a problemáticas similares a las que se presentan en las instituciones públicas.

VI. CONCLUSIONES

Los derechos humanos en México han sido objeto de una evolución que parte desde el siglo XIX hasta la actualidad, misma que ha tenido momentos sobresalientes y que han significado cambios profundos en el contenido y en los mecanismos de eficacia de tales derechos. El texto de la Constitución de 1917 en materia de derechos básicos de la persona, ha sido objeto de cerca de un centenar de modificaciones, a la par de la incorporación de nuevos estándares de derechos humanos provenientes de la ratificación de los tratados internacionales, que inició en nuestro país a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado. La segunda década del siglo XXI se inicia con una gran reforma que significa un parteaguas en el reconocimiento y eficacia de los derechos humanos en nuestro país.

Sin duda, la reforma de junio de 2011 puede ser considerada el cambio constitucional más importante desde la propia entrada en vigor de la Constitución de 1917, pues pone al día y armoniza los derechos de fuente constitucional con los derechos de fuente internacional, mismos que equipara en jerarquía e importancia. La reforma trajo consigo nuevo contenido constitucional, pero también importantes cambios en la garantía de los derechos humanos, como lo demuestran los cambios al amparo y la protección no jurisdiccional de los derechos humanos.

La reforma en derechos humanos también impacta de manera muy importante en las instituciones de educación superior, no sólo por la modificación al artículo 3º constitucional, que establece el deber de que la educación fomente el respeto a los derechos humanos, sino porque las

universidades son ámbitos de ejercicio de derechos humanos, que requieren también vías y procedimientos de garantía.

El derecho a la educación tiene uno de sus cauces de realización a través de la educación superior, pero al interior de ésta crea toda una serie de derechos derivados que son los derechos en la educación, conocidos como derechos universitarios. Los derechos universitarios son una gama de deberes y derechos de diversa índole, en particular administrativos, labores y por supuesto, de derechos humanos (tales como igualdad, no discriminación y libertad de expresión), que tienen incidencia en los variados tipos de relaciones que se dan al interior de las instituciones de educación superior. Los problemas en torno al respeto y eficacia de tales derechos deben encontrar un cauce de solución en las propias instituciones de educación superior, en particular en aquellas dotadas jurídicamente de autonomía.

Una de las figuras que se ha ido fortaleciendo y expandiendo en diversas instituciones para la protección de los derechos universitarios son las defensorías, procuradurías e instituciones afines, cuyo primer antecedente en Iberoamérica es la Defensoría de los Derechos Universitarios en la UNAM, creada en 1985. Esta y las figuras afines comparten la naturaleza del *ombudsman*, como figura de procedimiento ágil, flexible y con posibilidades de hacer uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, para atender quejas por trasgresión o inobservancia de los derechos universitarios de estudiantes y personal académico.

La reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos en México, trae consigo nuevos retos y oportunidades que inciden también en las instituciones de educación superior. Por una parte, tales instituciones son una de las vías de realización del derecho a la educación, y por la otra, deben contar con organismos y procedimientos para velar por la difusión y eficacia de los derechos en la educación hacia el interior de las mismas, tarea que enfatiza la importancia de las defensorías, procuradurías y organismos afines de defensa y protección de los derechos universitarios. En este sentido, es importante no sólo la difusión de tales instituciones, sino su fortalecimiento a efecto de que puedan llevar a cabo su labor con la independencia y recursos necesarios, pues no sólo contribuyen a generar una cultura de respeto a los derechos en las universidades, sino también apoyan la vigencia de la autonomía universitaria al ser vías legítimas para

la solución de problemas que, de otro modo, tendrían que ser ventilados fuera de las propias instituciones educativas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BURGOA O., Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 35ª ed., México, Porrúa, 2002.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- CARPIZO, Jorge, "Una Propuesta de Clasificación de los Derechos de la Justicia Social", en *Revista México Social*, México, CEIDAS, núm. 20, marzo de 2012, p. 39.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 5ª ed., México, UNAM-Porrúa, 1996.
- CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 10ª ed., México, Porrúa, 1997.
- CARPIZO, Jorge, *Nuevos Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1991.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU, *Observación General Número 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*, San José Costa Rica.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ombudsman y Derechos Humanos*, México, CNDH, 1993.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 4ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2005.
- LARA Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, México, UNAM-Cámara de Diputados, 1993.
- LOZANO, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a los Derechos del Hombre*, 4ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1987.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre Garantías Individuales*, 6ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1998.
- PECES Barba, Gregorio, et. al., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1987.
- PROGRAMA DE COOPERACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS MÉXICO-COMISIÓN EUROPEA, *Derechos Humanos. Instrumentos de*

- Protección Internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Comisión Europea, 2004.
- ROJAS Caballero, Ariel, *Las Garantías Individuales en México. Su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2002.
- TENA Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 29ª ed., México, Porrúa, 1995.
- TERRAZAS Salgado, Carlos R., *Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México*, 4ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa Librero-Editor, 1996.
- VALADÉS, Diego, "Educación", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo VIII, 2004.

Posibilidad del *ombudsman* en el derecho latinoamericano*

Héctor FIX-ZAMUDIO**

SUMARIO: I. Introducción. II. Doctrina latinoamericana sobre la institución. III. Proyectos de reforma constitucional o de carácter legislativo. IV. Instituciones paralelas: procuradurías del consumidor y el ministerio público. V. La creación de los primeros instrumentos, especialmente en el ámbito local. VI. Las procuradurías de los Derechos Humanos en la legislación de Costa Rica de 1982 y en la Constitución de Guatemala de 1985. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

I. La institución del *ombudsman* tanto en su modelo escandinavo de comisario parlamentario como en sus diversos matices más recientes, ha tenido un desarrollo en verdad asombroso, pues en las décadas que siguen a la Segunda Guerra Mundial en que se divulgó en el continente europeo, se ha transformado en una institución prácticamente universal, como lo ha sostenido con todo acierto el destacado jurista francés André Legrand,¹ y además se ha introducido en numerosos países que se encuentran en una etapa de desarrollo menos avanzada que nuestros ordenamientos.²

* Esta colaboración fue publicada originalmente en: *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, IJ-DDU, 1986, pp. 33-52.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de El Colegio Nacional.

¹ "Une institution universelle: l'Ombudsman", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 851-856.

² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 343-344.

2. Además de lo anterior, debe tomarse en cuenta que el *ombudsman*, en su versión parlamentaria, se introdujo en el ordenamiento de Portugal con el nombre de *provedor de justiça* (promotor de la justicia) en virtud del decreto-ley de 21 de abril de 1975, después constitucionalizado en el artículo 24 de la carta democrática de 25 de abril de 1976, y posteriormente regulado sin cambios en el artículo 23 de la misma Constitución reformada el 24 de septiembre de 1982.³ También se incorporó en la Constitución española que entró en vigor en diciembre de 1978, cuyo artículo 54 creó al *defensor del pueblo* como un comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título primero, denominado “De los derechos y deberes fundamentales” (organismo cuya ley orgánica fue promulgada el 6 de abril y publicada el 7 de mayo de 1981).⁴ La consagración y la experiencia positiva de estas instituciones tutelares en los derechos de Portugal y España son importantes por su proximidad histórica y cultural con las legislaciones latinoamericanas.

3. En tales condiciones, puede parecer extraño que el *ombudsman* tenga una recepción tardía y apenas incipiente en los ordenamientos de nuestra región, pero tal vez se pueda aventurar la explicación de que son escasos y recientes los estudios publicados en castellano sobre este instrumento de tutela de los derechos fundamentales de los administrados, y por ello es poco conocido entre los titulares de los poderes públicos latinoamericanos.

³ El citado artículo 23 dispone: “1. Los ciudadanos pueden presentar quejas por acciones u omisiones de los poderes públicos al Promotor de la Justicia, quien las apreciará sin facultades decisorias, dirigiendo a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias. 2. La actividad del Promotor de la Justicia es independiente de los procedimientos voluntarios o contenciosos previstos en la Constitución y en las leyes. 3. El Promotor de la Justicia es designado por la Asamblea de la República”. Un estudio sintético sobre los orígenes y sobre las funciones actuales del promotor de la justicia, de acuerdo con la Constitución y las leyes reglamentarias, puede consultarse en el primer informe de dicho funcionario a la Asamblea de la República, *Relatório do Provedor de Justiça* 1976. Lisboa, Secretaría de Estado da Comunicação Social, junio de 1977, pp. 6-12. Por otra parte, el mencionado precepto constitucional fue reglamentado por las leyes número 81, de 22 de noviembre de 1977, que contiene el Estatuto de Promotor y la número 10, de 2 de marzo de 1978, como ley orgánica sobre la oficina del citado promotor.

⁴ Citamos como significativos, entre otros, los trabajos de Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El defensor del pueblo*, Madrid, Civitas, 1979, quien es actualmente el primer adjunto del propio defensor; y de Fairén Guillén, Víctor, “El *ombudsman* y sus posibilidades en España y países iberoamericanos”, y “El defensor del pueblo en la Constitución española, relacionado con otros *ombudsmän*”, Estudio preliminar”, ambos en su libro *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1982, tomo III, pp. 1507-1557; y 1561-1633, respectivamente. De este último y destacado tratadista también debemos citar su obra *El defensor del pueblo. Ombudsman*, tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, 519 pp. Para una bibliografía más amplia, puede consultarse la nota 790, pp. 329-330 de la obra de Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal*, cit., supra, nota 2.

Por otra parte, tampoco la denominación genérica de la institución facilita su comprensión, pues resulta extraña a la tradición y al lenguaje jurídicos de nuestros países; por ello consideramos que la experiencia española será muy valiosa para facilitar su introducción, y resulta significativo que uno de los proyectos que se discute actualmente en el Congreso argentino lleve precisamente la denominación de defensor del pueblo (ver *infra* párrafo 20).

4. Sin embargo y como es inevitable, los juristas latinoamericanos empiezan a interesarse seriamente por el *ombudsman*, ya sea en su forma parlamentaria o dependiente del órgano ejecutivo, y los estudios que han realizado recientemente han influido en la presentación de varios proyectos tanto de carácter constitucional como legislativo e inclusive con la consagración incipiente de la institución, la que se incrementará con seguridad en poco tiempo. Para lograr este propósito –que es ineludible por el crecimiento desorbitado e irreversible de la administración pública en el moderno Estado de derecho social–, son de gran trascendencia los cambios de impresiones de los tratadistas de nuestra región con los titulares de los organismos más significativos, como ahora ocurre con el *ombudsman* de Suecia, que es el origen y el modelo original, y como ha sucedido en otros países de nuestra región con el defensor del pueblo español, en varias oportunidades.

II. DOCTRINA LATINOAMERICANA SOBRE LA INSTITUCIÓN

5. Como hemos sostenido anteriormente, los juristas de nuestra región se han ocupado hace poco tiempo del análisis del *ombudsman*, especialmente desde el punto de vista comparativo, pero los estudios se han desarrollado rápidamente en los últimos años y están formando una base teórica muy sólida que ha servido de apoyo para la iniciación legislativa y seguramente será la base fundamental para la evolución de este instrumento protector de los derechos fundamentales, en el futuro próximo.

6. Podemos afirmar que una primera etapa ha consistido en la divulgación de la institución a través del estudio del modelo escandinavo, como el realizado por el profesor Lucio Cabrera Acevedo en el año de 1961.⁵ Varios

⁵ “Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario de Escandinavia”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, UNAM, núm. 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580.

años más tarde, es decir en 1973, se publicó en nuestro país la traducción castellana del excelente libro editado por el tratadista canadiense, profesor Donald C. Rowat, en el cual se contienen estudios de expertos de diversos países sobre la institución, así como el texto de varios ordenamientos legales y de proyectos que entonces se encontraban en discusión en los organismos parlamentarios. Además se incluye un prólogo del tratadista mexicano Daniel Escalante, en el cual explicó el alcance de la institución.⁶

7. Por lo que se refiere a México, el instrumento de fiscalización de la administración pública en beneficio de los gobernados ha despertado el interés de nuestros tratadistas, al menos en los últimos años, y además de los análisis comparativos del autor de estas líneas, uno de carácter monográfico, que contiene los materiales utilizados en un curso anual de El Colegio Nacional⁷ y otros dos en estudios más amplios sobre la protección jurídica de los derechos humanos en el ámbito interno,⁸ asimismo, se han presentado algunas tesis de licenciatura en la Facultad de Derecho, que indican la creciente preocupación por conocer la institución con mayor profundidad.⁹

8. En cuanto al ámbito latinoamericano, también advertimos una tendencia cada vez más vigorosa de los juristas de nuestra región para divulgar la figura del *ombudsman* con propósitos de su implantación pero tomando en cuenta nuestra tradición jurídica común. Un primer ensayo lo constituye el análisis comparativo realizado por el conocido constitucionalista venezolano, profesor Humberto J. La Roche, pero sin formular todavía proposiciones concretas para su introducción en ese país sudamericano.¹⁰

⁶ *El ombudsman, defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 1973, p. 462.

⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre el *ombudsman*", en *Memoria de El Colegio Nacional, 1979*, México, 1980, pp. 99-149.

⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 263-273; y en *La protección procesal de los derechos humanos*, cit. supra nota 2, capítulo VI, "La solución escandinava: el *ombudsman*", pp. 281-344.

⁹ Cfr. las tesis mimeografiadas: Vidal y Ortiz, Nuria, *El ombudsman y el amparo mexicano*, México, 1969; Martín del Campo Steta, Laura, *Las instituciones de control sobre la administración pública federal. Un estudio comparado del ombudsman y un proyecto para introducirlo en México*, México 1980; Pulido Vázquez, Jorge, *Incorporación del ombudsman a la administración pública federal*, México, 1978 y Mota Álvarez, Gerardo, *El ombudsman y su establecimiento en México*, 1981. Las dos primeras fueron presentadas en la Facultad de Derecho de la UNAM y las dos últimas en la Escuela Libre de Derecho.

¹⁰ "El *ombudsman* en los países nórdicos y el caso de Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, Venezuela, Maracaibo, núm. 19, 1967, pp. 9-60.

9. A su vez, el destacado tratadista colombiano, profesor Carlos Restrepo Piedrahita analizó los diversos proyectos presentados ante el Congreso de su país, a partir de la proposición formulada por el senador Augusto Espinoza Valderrama en julio de 1964, y algunos otros posteriores, en los cuales se pretendió establecer el *ombudsman* en su sentido clásico, con los nombres de “veeduría de la administración”, “procurador parlamentario” o “defensor de los derechos humanos”.¹¹

10. También con el propósito de profundizar y extender el conocimiento de la institución en sus respectivos países, podemos mencionar los trabajos realizados por el chileno Eduardo Soto Kloss¹² y los costarricenses Enrique Rojas,¹³ Hugo Alfonso Muñoz Q. y Carlos Rivera B.¹⁴

11. Una mención especial debe hacerse del distinguido jurista argentino, profesor Miguel M. Padilla, quien ha sido el promotor de un importante proyecto legislativo (ver *infra* párrafo 18); ha redactado un libro¹⁵ y varios artículos, en los cuales analiza con cuidado la institución con objeto de lograr su introducción en el ordenamiento constitucional argentino y también para distinguirlo de otros instrumentos paralelos con los cuales puede confundirse;¹⁶ además, ha organizado una reunión latinoamericana sobre el *ombudsman* (ver *infra* párrafo 15).

12. Los conocidos tratadistas guatemaltecos Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez publicaron un libro que influyó de manera

¹¹ “La idea del *ombudsman* en Colombia”, en Ramírez, Manuel, *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*. Barcelona, Labor, 1978, especialmente pp. 442-454.

¹² “El *ombudsman* nórdico-sajón: un control de confianza”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1970-1971*, Caracas, vol. II, 1972, pp. 355-375.

¹³ “El *ombudsman*, protector de ciudadanos frente a la administración pública y vigilancia de las libertades públicas”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José de Costa Rica, núm. 30, septiembre-diciembre de 1976, pp. 147-186.

¹⁴ “El *ombudsman* (posibilidad de incorporarlo en Costa Rica)”, *Revista Jurídica de Costa Rica*, núm. 10, diciembre de 1978, pp. 35-43.

¹⁵ *La institución del comisionado parlamentario (el ombudsman)*, Buenos Aires, 1972.

¹⁶ “El *ombudsman* y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas: dos instituciones diferentes”, *La Ley*, Buenos Aires, 9 de septiembre de 1983, pp. 1-4; y “La Constitución y el *ombudsman*”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1º de agosto de 1984, pp. 1-3. Este último estudio consigna los trabajos publicados por varios tratadistas argentinos sobre el *ombudsman* en los años recientes, lo que indica la preocupación reciente por su implantación. A su vez, el entonces diputado Carlos Alberto Auyero, quien presentó en 1975 el proyecto sobre el comisionado del Congreso, publicó un breve artículo intitulado “El comisionado del Congreso como garantía de los derechos”, *Discrepancias*, Buenos Aires, enero de 1983, pp. 25-26.

considerable en el constituyente que elaboró la Constitución democrática de 1985, obra en la cual propusieron (lo que en efecto ocurrió pero con otra denominación, ver *infra* párrafo 43), se consagrara la figura del *defensor del ciudadano*, de acuerdo con la concepción clásica del *ombudsman*, es decir, como delegado autónomo del Congreso, en su función complementaria de los procedimientos de control del poder público y en especial de la administración, con la doble finalidad de asegurar la adecuada actividad administrativa y tutelar de los derechos de las personas frente a la propia administración a través de un mecanismo sencillo, sin formalismos, expedito y sin facultades de revisión.¹⁷

13. Dentro de este sector doctrinal deben consignarse las reuniones de ámbito latinoamericano que se han efectuado en los últimos años con el propósito de unir los esfuerzos de los juristas de la región que se han interesado por el *ombudsman* y lograr su implantación en los ordenamientos de nuestros países. El primer evento de esta índole se denominó Primer Coloquio sobre el Proyecto “*Ombudsman para la América Latina*”, y se celebró en la ciudad de Caracas, Venezuela, los días 2 al 4 de junio de 1983. Entre los trabajos presentados deben destacarse: el de carácter colectivo, que configuró la ponencia venezolana¹⁸ y el de transcendencia latinoamericana, elaborado por el notable tratadista uruguayo profesor Héctor Gros Espiell, actual juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Consideramos conveniente transcribir la conclusión a que llega el último autor:

“...Las dificultades jurídicas son muchas, los obstáculos políticos pueden ser muy grandes, pero nada de esto obsta a que iniciemos los estudios de fondo, partiendo de la *aceptación inicial de la idea de que la creación de una institución del tipo del Ombudsman en la América Latina es, en principio, deseable y que su establecimiento es útil y puede llegar a ser necesario.*”¹⁹

14. En ese coloquio se aprobaron dos proposiciones significativas, la calificada como Declaración de Caracas, en la cual, dentro de otras

¹⁷ *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1984, pp. 191-196.

¹⁸ Elaborado por los profesores Carlos Guerón, Freddy Muñoz, Cecilia Sosa, Raúl Arrieta, María Elena Fernández V. y Marisol García, Caracas, 1983, 79 pp. (mimeografiado).

¹⁹ “El *ombudsman*. Su interés e importancia en la actual situación política y jurídica de América Latina”, Caracas, 1983, 14 pp. (mimeografiado).

manifestaciones, destaca la relativa a: “Contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión, discusión y *acuerdo con las necesidades y características específicas de cada sociedad*”.

15. Otro acuerdo importante que se tomó en ese evento, fue la creación del Instituto Latinoamericano del *Ombudsman*: “...para ayudar a coordinar los esfuerzos dedicados al estudio, la proyección y la instauración de la institución en los distintos países de América Latina, según los términos del acta constitutiva y los reglamentos aprobados en el Coloquio.”

16. En una esfera más reducida, es decir, exclusivamente por lo que se refiere al ordenamiento de Guatemala y tomando en cuenta la entonces próxima restauración del orden constitucional, en las Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados de ese país en el mes de mayo de 1984, se presentó la ponencia de Edgar Alfredo Balsells Tojo, en la que propuso la incorporación en la proyectada y nueva Constitución de un organismo denominado *procurador de los derechos humanos* para evitar la constante violación de los derechos fundamentales y que pudiera remediar y restablecer los propios derechos vulnerados. Esta proposición fue aceptada y se acordó recomendar la creación del citado procurador.²⁰

17. La reunión más reciente de este género se efectuó en la ciudad de Buenos Aires durante los días 13 a 15 de noviembre de 1985 con la denominación de “Primer Simposio Latinoamericano del *Ombudsman*” y fue organizada por el profesor Miguel M. Padilla, con el apoyo de la Asociación Internacional de Abogados, precisamente con el propósito de promover la consagración del *ombudsman* en los ordenamientos latinoamericanos. A este evento, además de numerosos juristas de nuestra región interesados en esta institución tutelar, asistió el defensor del pueblo español, el conocido y distinguido tratadista profesor Joaquín Ruiz Jiménez (quien además ha sido invitado a varios países de América Latina para divulgar la experiencia de la institución española que lleva más de dos años de excelente y fructífera labor protectora).²¹

²⁰ Cfr. García Laguardia, Jorge, y Vázquez Martínez, Edmundo, *Constitución y orden democrático*, cit., *supra* nota 17, pp. 196.

²¹ Sobre la visita del *defensor del pueblo* español, profesor Ruiz Jiménez, al Perú en 1984, puede consultarse el artículo publicado por Alberto Bustamante Belaúnde, “El defensor del pueblo. España y Perú”. *Diario de la República*, Lima, 10 de abril de 1984, p. 11.

III. PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL O DE CARÁCTER LEGISLATIVO

18. Existen varios proyectos para el establecimiento de instituciones inspiradas en el *ombudsman*, presentadas a los organismos legislativos de Argentina y de Costa Rica; también podemos señalar el introducido en el Congreso local del Estado de Nuevo León, en nuestro país. Por lo que se refiere a Argentina, el principal promotor de iniciativas legislativas lo ha sido el profesor Miguel M. Padilla, quien en la época final del gobierno constitucional argentino anterior al golpe militar de 1976, inspiró el proyecto presentado por varios legisladores argentinos encabezados por Carlos A. Auyero, en la Cámara de Diputados de la nación a mediados de 1975, para establecer la *Oficina del Comisionado del Congreso*, designado por éste pero con autonomía funcional, con la atribución esencial de recibir quejas de los administrados o denuncias de los órganos del gobierno contra los actos de la administración, con objeto de investigarlas y formular dictámenes no obligatorios dirigidos a tutelar los derechos de los gobernados.

19. Esta iniciativa, que por la interrupción de la vida institucional a que dio lugar el citado golpe militar de 1976 y que se prolongó por varios años, ni siquiera llegó a dictaminarse, pero fue reelaborada nuevamente en 1983 y presentada de nuevo como segundo anteproyecto ante la misma Cámara de Diputados, con motivo del reciente restablecimiento del orden constitucional. El artículo 2º del nuevo anteproyecto propone la siguiente disposición:

Créase, bajo la denominación de “Comisionado del Congreso”, un cargo cuyo titular recibirá, en las condiciones fijadas por la presente ley, los reclamos o denuncias concernientes, en sus relaciones con los administrados, al funcionamiento de las dependencias de la Administración Pública, los entes descentralizados y las empresas públicas o privadas prestatarias de un servicio público a que se refiere el artículo 7º. Los reclamos o denuncias mencionados se referirán a comportamientos inapropiados; errores, negligencias o descuidos de alguna significación; demoras excesivas en la atención del público y tramitación de actuaciones; disposiciones irrazonables; incumplimientos o transgresiones a las leyes; equivocadas interpretaciones de las mismas, dolo y abuso del derecho; y en general, actos u omisiones que traduzcan en desconsideración, error, arbitrariedad o ilegitimidad en detrimento de los administrados...

20. Tomando en cuenta los anteproyectos mencionados, el diputado nacional, profesor Jorge Reinaldo A. Vanossi, destacado y conocido constitucionalista argentino, presentó una iniciativa ante su propia Cámara en los comienzos de 1985 para proponer la creación del *defensor del pueblo*, designado por ambas cámaras del Congreso federal, pero con autonomía funcional, y con la atribución esencial de recibir las quejas y denuncias de los administrados para protegerlos contra las injusticias, las irregularidades y los errores administrativos. En la parte relativa a los fundamentos del proyecto, su autor expresa que se trata de la institución conocida como *ombudsman* o comisionado del Congreso, entre otras denominaciones, y que no puede considerarse de una vasta experiencia en el derecho comparado, con resultados positivos y amplio consenso popular, y concluye:

En resumen, no se trata de un remedio mágico, ni de una panacea que solucionará los numerosos problemas argentinos. No obstante ello tengo confianza en que realizará un control dinámico, y en cada caso, concreto, moralizador de la administración pública, para determinar la existencia de responsabilidad a fin de que ningún funcionario esté ajeno respecto a la rendición de cuentas por el desempeño de su gestión y dar la conciencia necesaria a los ciudadanos de que disponen de un instrumento válido para defender sus derechos.²²

21. Otro proyecto fue presentado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el mes de noviembre de 1979 por un grupo de diputados pertenecientes al Partido de Liberación Nacional, y quienes entre otras reformas a la Constitución de 1949, actualmente en vigor, propusieron una adición al artículo 48 de dicha carta fundamental, que regula el llamado recurso de amparo, en los siguientes términos:

Para hacer administrativamente efectivo el disfrute de los derechos y garantías constitucionales, con excepción de las políticas, existirá un *defensor de los derechos humanos*, el cual será designado por votación no menor de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa para un periodo de seis años, pudiendo ser reelecto. Deberá reunir los mismos requisitos que exige esta Constitución para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y tendrá las

²² Cámara de Diputados, *Diario de Debates*. Buenos Aires, 1985, pp. 4291-4294. Debe tomarse también en cuenta el diverso proyecto presentado el 22 de marzo de 1984 por los senadores nacionales Eduardo Nicolás Sánchez y Eduardo Menem, ante la Cámara respectiva, para la creación de la *Defensoría del Pueblo*.

mismas inmunidades y prerrogativas que éstos. Una ley constitucional regulará la organización y funcionamiento de este órgano. Su remoción sólo procederá por causa justa, previa comprobación y por la misma mayoría de votos requerida para su nombramiento.²³

22. También debemos considerar interesante, por referirse al ordenamiento mexicano, aun cuando en el ámbito local, la iniciativa presentada el 23 de diciembre de 1978, ante la legislatura del Estado de Nuevo León, por el entonces gobernador doctor Pedro Zorrilla Martínez, conocido tratadista de derecho público, para establecer una Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos, dependiente del propio gobierno de dicha entidad federativa, con objeto de realizar todo tipo de gestiones, complementarias de los instrumentos jurídicos ya existentes, para proteger dichos derechos fundamentales, tanto los consagrados en la Constitución federal como en la de la citada entidad, y por supuesto comprendía la investigación de las quejas y las reclamaciones de los gobernados contra las autoridades, tanto municipales, estatales o federales, con el deber de la citada dirección para llevar y hacer pública una relación de los casos atendidos y para constituir futuras bases de legislación o procedimiento de defensa (artículos 1º al 7º del citado proyecto, que no tuvo consagración legislativa).²⁴

IV. INSTITUCIONES PARALELAS: PROCURADURÍA DEL CONSUMIDOR Y MINISTERIO PÚBLICO

23. Pero con independencia del posible establecimiento del *ombudsman* en sentido estricto, es decir, con objeto de fiscalizar las actividades de las

²³ En la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto se afirma: “Se impone crear en Costa Rica la figura que en otras democracias se llama *ombudsman*. La hace necesaria la urgente protección del individuo frente a la protestad pública. Ésta interviene cada vez más en la vida social. Téngase presente que este funcionario será en síntesis, un control de la tarea administrativa, ejercido por la sociedad a través de un órgano jurídico independiente, con amplios poderes de fiscalización: de ahí que el nombre de mediador se ha adoptado en Francia para designar al *ombudsman*, ya que es un mediador en la administración pública y el administrado”; *cfr. Conjunto de reformas parciales a la Constitución política presentado a conocimiento de la Asamblea por la fracción del Partido Liberación Nacional* (mimeografiado), San José, Costa Rica, noviembre de 1979, pp. 21-28.

²⁴ De acuerdo con el artículo 10 de dicho proyecto: “La Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el Estado contará con oficinas encargadas de ofrecer y asegurar la asesoría y la representación legal que esta ley otorga, e integrará a los Defensores de Derechos Humanos que se requieran, que podrán trabajar directamente en las dependencias o localidades en que a juicio del titular del Ejecutivo sea necesario, en cualquier parte del Estado de Nuevo León. Todas las autoridades y particulares les prestarán la más amplia ayuda para el cumplimiento de sus obligaciones que son del mayor interés público.

autoridades administrativas, en algunos de los países latinoamericanos se ha dado un primer paso al introducir una institución similar a través de la protección al débil en el consumo, que en los ordenamientos de Suecia, Noruega y Dinamarca están encomendados a funcionarios calificados como *ombudsmen*.²⁵

24. En esta dirección, podemos mencionar las leyes de Protección y Defensa del Consumidor, expedidas en Venezuela (5 de agosto de 1974) y en Costa Rica (28 de febrero de 1975 con reformas de 22 de septiembre de 1982), así como la Ley Federal de Protección al Consumidor expedida por el Congreso federal mexicano el 19 de diciembre de 1975 y en vigor a partir del 5 de febrero de 1976, que creó la institución denominada Procuraduría Federal del Consumidor.

25. Hacemos hincapié en la legislación mexicana debido a que la citada Procuraduría ha tenido una evolución muy importante en nuestro ordenamiento y se ha desarrollado en todo el territorio nacional por conducto de numerosas delegaciones. Según el artículo 57 del referido ordenamiento mexicano, la citada Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social, con funciones de autoridad, con personalidad jurídica y patrimonio propio, establecido para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora; a su frente, según los artículos 60 y 61 del citado ordenamiento, se encuentra el funcionario denominado Procurador Federal del Consumidor, designado por el Presidente de la República, por lo que entraría, en su caso, dentro de la categoría de *executive ombudsman*, si bien todavía con atribuciones imprecisas en cuanto a investigación y recomendaciones. Por otra parte, la actividad de la Procuraduría respectiva está dirigida a fiscalizar las actividades de los proveedores de bienes y servicios en beneficio de los consumidores, y sólo excepcionalmente actúa respecto de autoridades administrativas.²⁶

²⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal*, cit., supra nota 2, pp. 288, 291 y 292.

²⁶ Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La ley de protección al consumidor"; Codinach, María de Lourdes, "Protección al consumidor", ambos en la revista *Jurídica*, núms. 8 y 10 de julio de 1976 y julio de 1978, pp. 194-202, y tomo I, pp. 321-349, respectivamente; y Ovalle Favela, José, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", *Anuario Jurídico V*, 1978, México, UNAM, 1979, pp. 37-54, reproducido posteriormente en sus *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM, 1981, pp. 253-270.

26. Advertimos como diferencias esenciales de la citada Procuraduría respecto del *ombudsman* como fiscalizador de las actividades administrativas en sentido propio, además de la diversa materia, mercantil o administrativa, según el caso, que el titular del organismo mexicano no posee verdadera autonomía funcional puesto que puede ser designado y removido libremente por el Presidente de la República, y además carecer de la obligación de rendir informes, específico y el de carácter anual, lo que constituye uno de los aspectos esenciales de las actividades del *ombudsman* en estricto sentido, pues a través de estos informes la institución ejerce una presión moral de gran importancia sobre las autoridades administrativas, y además le permiten señalar las medidas necesarias para mejorar los servicios públicos y corregir errores y deficiencias, si bien el artículo 66 de la ley otorga a la mencionada Procuraduría Federal del Consumidor, en virtud del desempeño de las funciones que le corresponden, medios de apremio, como la multa y el auxilio de la fuerza pública.²⁷

27. Existe también la tendencia en algunos ordenamientos latinoamericanos de conferir al *ministerio público*, como institución que presenta el interés social, la defensa de los derechos de los gobernados, por conducto de la atribución de recibir las quejas y denuncias de los ciudadanos contra las actividades de las autoridades administrativas que lesionan sus derechos e intereses legítimos, con objeto de gestionar su reparación, y por ello se ha sostenido que en estos supuestos el citado ministerio público realiza funciones de *ombudsman*.

28. Un primer ensayo lo descubrimos en las reformas constitucionales de diciembre de 1979 a la Constitución colombiana de 1886. En dichas reformas se modificaron los artículos 142 y 143 de dicha carta fundamental para atribuir al procurador general de la nación (designado para un periodo de cuatro años por la Cámara de Representantes de una terna enviada por el presidente de la República), las facultades de defender los

²⁷ En efecto, el artículo 66 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, tal como fue reformado por decreto publicado el 7 de febrero de 1985, establece que: "La Procuraduría Federal del Consumidor, para los efectos de las funciones que le atribuye esta ley, podrá emplear los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta el importe de cien veces el salario mínimo general diario correspondiente al Distrito Federal. En caso de que persista la infracción podrán imponerse multas por cada día que transcurra sin que se obedezca el mandato respectivo. De reincidir el proveedor se está a lo dispuesto en el artículo 88 (en caso de reincidencia se duplicará la multa). II. El auxilio de la fuerza pública. Si se fuere insuficiente el apremio se procederá contra el rebelde por delito en contra de la autoridad".

derechos humanos y la efectividad de las garantías sociales, para lo cual dicho procurador debía pronunciarse sobre las quejas que recibiera por violación de dichos derechos y garantías en que incurrieran los funcionarios y empleados públicos; verificarlas y darles el curso legal correspondiente; vigilar la conducta oficial de los funcionarios y empleados públicos y ejercer sobre ellos el poder disciplinario directamente o suscitando la imposición de la sanción, sin perjuicio de las atribuciones de los respectivos superiores jerárquicos; presentar informe anual al Congreso sobre el ejercicio de su cargo, y enviar a la consideración del mismo Congreso proyectos de ley relativos a su cargo y especialmente a la defensa de los derechos humanos y al respecto de las garantías sociales.

29. Con motivo de estas modificaciones se elaboró un anteproyecto para reglamentar la estructura, atribuciones y organización de la Procuraduría General de la Nación, y en él se propuso la creación de una Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, con la facultad de recibir las quejas y reclamos sobre violación, por parte de las autoridades e inclusive por particulares, de los derechos fundamentales; solicitar las informaciones necesarias; realizar las investigaciones pertinentes; practicar visitas a establecimientos e instituciones donde se denunciaran violaciones de los propios derechos; al respecto, la citada Procuraduría podía hacer sugerencias y exigir las medidas que debían tomarse dentro de un plazo razonable, etcétera.

30. Sin embargo, estas reformas constitucionales no pudieron llevarse a la práctica (y por ello, además quedó sin base el proyecto de la ley orgánica respectiva) en virtud de la extensa y fundamental sentencia pronunciada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Colombia con fecha 3 noviembre de 1981, por la cual declaró inexecutable (inconstitucional), las propias reformas, por vicios de carácter procesal; fallo que provocó un grave conflicto con el Ejecutivo, cuyo titular aceptó finalmente cumplir con la decisión, la cual fue objeto, además, de varios salvamentos de voto (votos de disidencia o particulares), lo que nos indica el carácter controvertido de dicha resolución.²⁸

31. En un grado menor que las frustradas reformas colombianas de 1979, en la reciente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

²⁸ Cfr: Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal*, cit., supra nota 2, pp. 364-365.

mexicana promulgada el 17 de noviembre de 1983, se confirieron al ministerio público federal, presidido por el Procurador General de la República, entre sus atribuciones generales, la de vigilar la observancia de los principios de constitucionalidad y de legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las facultades que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas (artículo 2º, fracción I). Dentro de esta función de vigilancia se dispone que cuando los particulares presenten al ministerio público quejas por actos de otras autoridades, que no constituyan delitos del orden federal, aquél las pondrá en conocimiento de la autoridad a la que corresponda resolver, y podrá orientar al interesado sobre la atención que legalmente corresponda al asunto de que trata (artículo 3º, fracción III, segundo párrafo). Esta función corresponde específicamente a la Contraloría de la citada Procuraduría según el artículo 2º fracción II, de su Reglamento interno.

32. Doctrinalmente, el conocido tratadista mexicano, profesor Juventino V. Castro, había sostenido que era posible la creación de un *ombudsman* ejecutivo dentro del ámbito de las facultades del Presidente de la República, con apoyo en el artículo 8º de la Ley Orgánica de la Administración Pública,²⁹ y en cierta manera esto es lo que ha pretendido realizar, pero en forma muy limitada y complementaria, tomando en cuenta que el ordenamiento mexicano, el ministerio público federal (como el del Distrito Federal) depende en forma directa del Presidente de la República, quien designa y remueve a su titular, es decir, al Procurador General de la República.³⁰

33. Los tratadistas que se han ocupado del análisis de las mencionadas atribuciones del ministerio público federal para recibir quejas de los gobernados sobre la conducta de otros funcionarios, especialmente administrativos, que afecten sus derechos constitucionales y legales, consideran que se trata de una función similar a la del *ombudsman*, aun cuando en México carezca de autonomía funcional, y además no le compete formular dictámenes para proponer soluciones a las autoridades respectivas,

²⁹ “El *ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano”, en sus *Ensayos constitucionales*, México, Textos Universitarios, 1977, pp. 112-127.

³⁰ *Cfr.* entre otros, Castro, Juventino V., *El ministerio público en México. Funciones y disfunciones*, 6ª ed., México, Porrúa, 1985; y Fix-Zamudio, Héctor, “La función constitucional del ministerio público”, en *Anuario Jurídico V*, 1978, México, UNAM, 1979, pp. 145-195.

ni tampoco elaborar informes periódicos sobre las reclamaciones que se le proponen y los resultados de sus gestiones.³¹

34. Resultan significativas las reflexiones del notable jurista mexicano y actual Procurador General de la República, profesor Sergio García Ramírez, sobre esta facultad del ministerio público federal, que ya se había intentado en 1971 en la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, cuando era titular de esta dependencia:

En realidad, lo que aquí se está intentando es la prudente intervención del ministerio público para prevenir o resolver conflictos. En este interés aflora el germen de lo que pudiera ser, con las modalidades y correcciones que las circunstancias y la experiencia exijan de un *ombudsman* mexicano. De esta figura, que tan distintas expresiones posee en el Derecho comparado, la Ley Orgánica de Procuraduría toma la facultad para atender a los particulares, fuera de las sedes administrativa y jurisdiccional regulares; adopta, también el carácter no imperativo de la gestión del Ministerio Público...³²

V. LA CREACIÓN DE LOS PRIMEROS INSTRUMENTOS, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO LOCAL

35. En otros ordenamientos se han establecido organismos locales de fiscalización administrativa con las funciones propias del *ombudsman*, y para no citar sino algunos ejemplos, podemos mencionar los creados en las ciudades de Zúrich y París, así como los de carácter local en Inglaterra, Gales y Escocia.³³ También en esta dirección es posible señalar los ejemplos

³¹ Cfr. Gracia Ramírez, Sergio, "La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República"; Baeza Meléndez, Fernando, "Comentarios a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República"; y especialmente, López Bernal, Manuel, "Política de control interno y *ombudsman* en la Procuraduría General de la República", *La Reforma jurídica en 1983 en la administración de justicia*, México, 1984, pp. 481, 507 y 521-536, respectivamente. Además, el mismo Baeza Meléndez, Fernando, "Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República", en la diversa obra *Derecho federal mexicano. Legislación reformada en 1983*, México, Miguel Ángel Porrúa, tomo I, 1984, p. 383.

³² Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. ult. cit.*, p. 481.

³³ Cfr. Vontobel, Jacques, *L'Ombudsman de la Ville de Zurich: mediateur entre les citoyens et l'administration (un exemple d'une institution communale d'Ombudsman)*, y Clark, David, *The City of Paris Mediateur. An ombudsman a la française*, ambos trabajos publicados mimeográficamente por el International Ombudsman Institute, Alberta, Canadá, agosto de 1981 y 1983, respectivamente; Moore, Victor y Sales, Harry (directores del Comité), *The Local Ombudsmen. A review of the first five years*, London, Justice, 1980.

de instituciones similares en el ámbito regional como ha ocurrido con *Il Difensore Civico* en Italia y con los organismos equivalentes del Defensor del Pueblo, en España.³⁴ Ya habíamos señalado en un estudio anterior que en ocasiones es más sencillo introducir la institución tutelar a nivel local, que con dimensiones nacionales.³⁵

36. Esta situación se ha presentado en algunos de nuestros países, entre ellos México, puesto que con independencia del defensor de los derechos universitarios creado en el Estatuto aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985, y del cual se ocupa en este acto su titular, el destacado mercantilista profesor Jorge Barrera Graf, podemos hacer referencia la primer organismo que se inspira en el modelo clásico del *ombudsman*, pero a nivel municipal nos referimos al *procurador de vecinos* creado por acuerdo del ayuntamiento de la ciudad de Colima, capital del mismo nombre, el 21 de noviembre de 1983.

37. En las consideraciones de dicho acuerdo municipal se hace referencia expresa al *ombudsman* como organismo tutelar de los derechos de los administrados. En los preceptos relativos se establece que el citado procurador de vecinos será designado por el cabildo a propuesta del presidente municipal, con las atribuciones de recibir e investigar en forma expedita las quejas, reclamaciones y proposiciones que por escrito y oralmente presenten los afectados por la actividad de la administración pública local, y como resultado de dicha investigación, proponer a la autoridad respectiva vías de solución a las cuestiones planteadas, que

³⁴ Cfr. Pizzetti, Franco, "L'Ombudsman nelle regioni e negli altri enti territoriali", en Mortati, Constantino, *L'Ombudsman (il difensore cívico)*, Turín, Utet, 1974, pp. 209-225; Vergottini, Giuseppe de, "L'Ombudsman: esperienze e prospettive", en *Diritto e Società*, Firenze, septiembre de 1973, vol. I, n. 3, pp. 817-822. Por lo que se refiere a España, son varios los estatutos de Regiones Autónomas que consagran figuras similares al defensor del pueblo, con denominaciones de acuerdo con la tradición local. Podemos mencionar la expedición de varias leyes reglamentarias, entre ellas la promulgada el primero de diciembre de 1983 por la Junta de Andalucía, sobre el *Defensor de Pueblo Andaluz*, publicada en el *Boletín Oficial* de 9 de diciembre siguiente; la Ley de 20 de marzo de 1984 del Parlamento de Cataluña, publicada en el *Diario Oficial* de 28 del propio marzo, sobre el "Síndic de Greuges"; y la ley de 27 de diciembre de 1984, publicada el 7 de febrero de 1985, del Parlamento de Canarias, sobre el *Diputado del Común*. Además se han presentado varios proyectos, entre ellos el de 30 de junio de 1983 ante el parlamento vasco para la creación del "Ararteko"; y el de junio de 1985 ante las Cortes de Aragón para establecer el *Justicia de Aragón*.

³⁵ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, "Posibilidades de innovación institucional en las entidades federativas", en Ruíz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 300-307.

no tendrán carácter imperativo, y además deberá rendir anualmente al citado cabildo municipal un informe de sus actividades, incluyendo las propuestas de solución y las respuestas de las autoridades requeridas con las proposiciones de reformas al procedimiento y a las leyes que regulan la actividad de la administración pública local. Como puede observarse, al menos en teoría, pues no tenemos datos de su eficacia práctica, se han incluido las funciones esenciales de la institución.

38. Con apoyo en este ejemplo del municipio de la ciudad de Colima, dicha institución del procurador de vecinos se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado del mismo nombre, publicada en el periódico oficial de dicha entidad federativa de 8 de diciembre de 1984, puesto que, según sus artículos 94 y 95, los cabildos municipales pueden designar, a propuesta del presidente municipal, al citado funcionario con las mismas atribuciones de recibir e investigar las quejas de los habitantes del municipio respectivo contra la actividad de la administración pública local; proponer soluciones y rendir los informes anuales correspondientes.

39. Con estas mismas características, hemos tenido noticias de que el Consejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, ha aprobado la creación de un *ombudsman* de carácter local con la denominación de *contralor general comunal*.

VI. LAS PROCURADURÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN DE COSTA RICA Y EN LA CONSTITUCIÓN DE GUATEMALA DE 1985

40. Con independencia del proyecto formulado ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica en 1979, para establecer el *ombudsman* con el nombre de defensor de los derechos humanos (ver *supra* párrafo 21), debe mencionarse a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, promulgada el 27 de septiembre de 1982, cuyo artículo primero define dicha institución como órgano superior consultivo técnico jurídico de la administración pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia con independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones. Debe advertirse que el titular de esta oficina, es decir, el procurador general, es designado por el Consejo de Gobierno, pero su nombramiento deberá ser ratificado por la Asamblea Legislativa (artículo 10).

41. Dentro de esta Procuraduría General se establece una *Procuraduría de Derechos Humanos* de carácter específico con la función esencial de defender los derechos humanos de los habitantes de la República, a través de las investigaciones que considere pertinentes. Para ello recibirá las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios o autoridades administrativas o de policía. En el ejercicio de sus funciones, dicha Procuraduría podrá inspeccionar oficinas públicas, sin previo aviso, y requerir de ellas documentos e informaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de sus actividades de control (artículo 4º, inciso k).

42. En su representación de este ordenamiento, el entonces procurador general de la República y distinguido constitucionalista, el profesor Hugo Alfonso Muñoz Q. (quien publicó, como dijimos anteriormente, un estudio sobre el *ombudsman* –ver supra párrafo 10–), señaló que la creación de la Procuraduría de Defensa de los Derechos Humanos dentro del seno de la Procuraduría General, representaba un esfuerzo del Estado costarricense en cuanto a la protección de las libertades fundamentales, y por ello debía considerarse como órgano único en América Latina.

43. Como resultado del restablecimiento del orden constitucional quebrantando por tantos años de regímenes militares, y con apoyo en los estudios doctrinales que mencionamos anteriormente (ver *supra* párrafo 12) el Congreso Constituyente guatemalteco que elaboró la carta expedida el 31 de mayo de 1985, pero entró en vigor este año de 1986 con la elección del gobierno constitucional, estableció en su artículo 274 al *procurador de los derechos humanos* como comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos consagrados en la misma carta fundamental, y para ello tendrá facultades de supervisar la administración y rendirá informe anual al pleno del Congreso con el que se relaciona a través de una Comisión de Derechos Humanos.³⁶

³⁶ El artículo 273 de la citada Constitución de Guatemala establece: “Comisión de Derechos Humanos y Procurador. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo. Esta comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo.”

44. Las atribuciones específicas del citado procurador consisten, de acuerdo con el modelo clásico del *ombudsman*, en promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de derechos humanos; investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas, a través de las investigaciones de toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona sobre la violación a los citados derechos; puede recomendar privada o públicamente a los funcionarios, la modificación de un comportamiento en contra de los derechos constitucionales.

45. Una función que debe destacarse en relación con este procurador de los derechos humanos de Guatemala (en virtud de los estados de emergencia que han sufrido de manera constante y a veces de manera permanente varios países latinoamericanos, en los cuales se infringen gravemente los derechos humanos) es la que consiste en actuar de oficio o a instancia de parte con la debida diligencia para que, durante el *régimen de excepción*, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales, cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida (artículo 275).

VII. CONCLUSIONES

46. De las breves reflexiones que hemos realizado anteriormente podemos llegar a las siguientes conclusiones:

47. *Primera.* A pesar del crecimiento acelerado de la institución del *ombudsman* en numerosos ordenamientos contemporáneos a partir de la segunda posguerra, inclusive en las legislaciones de varios países que están en vías de desarrollo, y además a su consagración en las cartas fundamentales de Portugal y de España, que están próximas por tradición jurídica y cultural con nuestros países, ha sido muy reciente tanto la preocupación doctrinal como los intentos legislativos de introducir esta institución tutelar en el ámbito latinoamericano.

48. *Segunda.* Sin embargo, así sea con retraso, en los últimos años se advierte la preocupación de los juristas latinoamericanos por el estudio del *ombudsman*, y por ello se han elaborado varios estudios, especialmente de tipo comparativo, y efectuado eventos académicos, con objeto de analizar con profundidad a la institución y divulgarla para lograr su establecimiento en las diversas legislaciones de nuestra región, pues existe el convencimiento

de que llena una necesidad en la vida moderna, en la cual se observa un crecimiento inevitable de la administración pública.

49. *Tercera.* Con apoyo en los estudios mencionados, se han elaborado varios proyectos importantes en los organismos legislativos de algunos países de Latinoamérica en los que se propone introducir el *ombudsman*, ya sea con la designación de *comisionado del Congreso o defensor del pueblo*. Esto ha ocurrido en el Congreso argentino a partir de 1975 y al reanudarse la vida constitucional; o bien en el proyecto de reforma constitucional presentado en 1979 ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica para consagrar en la Carta Fundamental a un *defensor de los derechos humanos*.

50. *Cuarta.* Como un primer paso dirigido a la posibilidad de crear a la institución tutelar, podemos mencionar, por una parte, la introducción de instrumentos paralelos, tales como las procuradurías del Consumidor (que en los países escandinavos también reciben la denominación de *ombudsmen*) en los ordenamientos de Venezuela (1974), Costa Rica (1975) y en México (1976), aun cuando sus atribuciones se dirigen a proteger los derechos de los débiles en el consumo frente a los proveedores de bienes y servicios. También se han conferido al ministerio público facultades limitadas de tutela de los administrados a través de recepción e investigación de reclamaciones, en su carácter de representante de los intereses sociales. En este sentido podemos mencionar la reforma constitucional colombiana de 1979 (la que quedó sin efecto en 1981 debido a una decisión de la Corte Suprema), así como la ley orgánica expedida en México en 1983, pues en ambos casos se atribuyeron dichas funciones a la Procuraduría General de la Nación o de la República, respectivamente.

51. *Quinta.* Una segunda etapa ha consistido en la consagración de organismos de fiscalización administrativa de acuerdo con el modelo del *ombudsman* en legislaciones de carácter local, en especial, con ámbito municipal, y en este sentido podemos señalar al procurador de vecinos creado por el cabildo de la ciudad de Colima en 1984 e institucionalizado en la Ley Orgánica Municipal del Estado del mismo nombre, el año siguiente, así como la reciente introducción por el Consejo Deliberante de Buenos Aires, en su carácter de capital federal argentina, del organismo denominado contralor general comunal.

52. *Sexta.* Finalmente, toda esta evolución ha desembocado en el establecimiento de dos procuradurías de los Derechos Humanos, la primera en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Costa Rica, expedida en 1982, como una dependencia específica de este organismo; y la segunda, en la Constitución guatemalteca de 1985; ambas con la finalidad de recibir e investigar las quejas y denuncias de los gobernados en contra de las autoridades administrativas, formular dictámenes no obligatorios en los cuales propongan soluciones a las autoridades respectivas y rendir informes periódicos, en el segundo caso ante la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República. Lo anterior nos indica que la introducción de instituciones similares al *ombudsman*, que podía considerarse lejana en el ámbito latinoamericano hace pocos años, ahora se vislumbra como una posibilidad bastante próxima por la tendencia que se advierte cada vez con mayor vigor, de que no sólo resulta conveniente, sino indispensable, para contribuir, conjuntamente con otros instrumentos jurídicos y procesales, a la protección de los derechos humanos en un régimen de democracia social al que aspiran los ordenamientos latinoamericanos.

Algunas reflexiones sobre el *ombudsman* y los derechos humanos*

Jorge CARPIZO (†)

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas preocupaciones sobre la institución del ombudsman. III. Tres aspectos de los derechos humanos. IV. El ombudsman y los derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos diez años, en América Latina se ha dado un proceso en favor de la democracia. Diversos gobiernos militares y autoritarios han sido sustituidos por gobiernos electos popularmente. Se han expedido nuevas constituciones que, muchas de ellas, contienen nuevas instituciones para el fortalecimiento del régimen democrático. Dentro del marco de esas constituciones, en forma pacífica, se ha dado la alternancia en el poder.

Sin embargo, este panorama halagador ha sufrido descalabros con los recientes golpes de Estado en Haití y Perú. Existe conciencia de que muchos de nuestros países viven democracias débiles y cuyo futuro es incierto por el número e importancia de los problemas: guerrillas, pobreza o miseria de grandes sectores de la población; narcotráfico, mala y pésima distribución de la riqueza, corrupción, grupos marginados, concentración del poder e inmensos rezagos sociales. En esta forma, las democracias latinoamericanas tienen retos formidables que superar.

* Esta colaboración fue publicada originalmente en la memoria de las *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM-IIJ, 1993, pp. 21-41.

Las nuevas constituciones intentan ser instrumentos adecuados para mejorar la realidad y fortalecer el sistema democrático. Viejas instituciones se renuevan, se precisan y se crean otras para auxiliar precisamente a esas finalidades, entre otras podemos mencionar: cortes constitucionales, consejos de magistratura, tribunales administrativos, sistemas electorales eficaces y el *ombudsman*.

Es obvio que el *ombudsman* es en el mundo una institución exitosa; por ello cada día más países la aceptan como suya. Baste contemplarlo que ha acontecido en los países de América Latina y de la Europa del este en los últimos años. En pocas palabras. La figura del *ombudsman* ha justificado su existencia.

¿Por qué y para qué se necesita un *ombudsman*?

La pregunta ha sido ampliamente contestada por la doctrina y la práctica; en todos los países la actividad gubernamental ha crecido grandemente y, en consecuencia, las oportunidades de fricción entre el gobierno y el ciudadano también se han multiplicado.¹

Además, porque los mecanismos tradicionales de control han resultado insuficientes y se busca uno nuevo que venga a reforzarlos, precisamente donde aquéllos han mostrado sus debilidades.²

O porque, como bien reitera Per-Erik Nilsson, ex *ombudsman*-jefe de Suecia, la administración pública ha crecido y se han multiplicado los organismos oficiales, con lo cual se aumenta la posibilidad de problemas entre los órganos del poder y los individuos, porque no existen muchas instancias para presentar quejas y los tribunales generalmente son muy lentos, formalistas y costosos y porque cada día es mayor la corriente internacional que está preocupada de que efectivamente se protejan los derechos de los individuos.³

¹ Gellhorn, Walter, *Ombudsman and Others*, Cambridge, Harvard University Press, 1966, p. VII.

² Maiorano, Jorge L., *El ombudsman. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, p. 3.

³ Nilsson, Per-Erik, "El *ombudsman*, defensor del pueblo ¿o qué?", en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, p. 13.

El tema del control del poder y de la administración pública es una preocupación que ya lleva siglos: ¿cómo conseguir un verdadero equilibrio entre la autoridad y la libertad que dé por resultado un orden responsable o sea un orden con libertad?

Este tema del control del poder adquiere hoy en día nuevos matices algunos de los controles tradicionales se debilitan, ya que no cumplen cabalmente con esa finalidad o porque surgen nuevas competencias y formas del poder. Entonces, los sistemas democráticos crean también nuevos mecanismos para controlarlo.

Aquí es donde aparece la figura del *ombudsman* como un instrumento más, pero importante, en el complejo mecanismo que tiende a controlar el poder en beneficio de la libertad, igualdad y seguridad jurídica de las personas.

Jorge L. Maiorano afirma que el *ombudsman* “frente al control jerárquico, privativo de la propia administración, ofrece la ventaja de tratarse de un órgano externo, ajeno a ella. Frente al control parlamentario tradicional, insuficiente para atender todos los casos y afectado, además por móviles políticos, presenta la objetividad y profesionalidad de su función. Frente al costoso, complicado y lento profeso judicial, ofrece un procedimiento ágil, gratuito, rápido y flexible”.⁴

Es claro que el *ombudsman* sólo puede existir en donde hay democracia. En los sistemas totalitarios o autoritarios está de más o se convierte en una figura sin ninguna importancia o sin resultados prácticos.

El *ombudsman* sólo puede existir donde hay un interés real porque cada día la protección de los derechos humanos sea mejor, donde las autoridades actúan de buena fe y están tan interesados como los gobernados en que sus errores puedan ser corregidos con la finalidad de evitar que se vuelan a producir. En una palabra, para el éxito del *ombudsman* es indispensable la colaboración de las autoridades y su compromiso con el régimen democrático.⁵

⁴ Maiorano, Jorge L., *op. cit.*, pp. 27-28.

⁵ Reid, Colin T., “The polish *ombudsman*”, en *Review of Socialist Law*: Holanda, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 14, núm. 3, 1988, p. 257.

Desde luego que críticas a la figura del *ombudsman* han abundado. Entre las que más oímos en esta parte del mundo están que no sirve para nada ya que sus recomendaciones no tienen fuerza coactiva, que no tiene competencia propia, que viene a usurpar las atribuciones de otros órganos y que saldría sobrando si los órganos del poder cumplieran bien con sus funciones.

En América Latina, algunas voces han expuesto que el mal funcionamiento del orden jurídico, su falta de aplicación y la irresponsabilidad con que actúan los funcionarios públicos, han traído como una de sus consecuencias la creación del *ombudsman* y que cuando las cosas mejoren en esos países, esta institución desaparecerá por inútil.

No se han dado cuenta o no quieren darse, que cada día más países la aceptan porque ha probado su eficacia, porque más allá de las palabras y los conceptos se ha justificado, que los países que cuentan con sistemas democráticos que funcionan bastante bien y cuyos habitantes gozan efectivamente de amplios derechos políticos y sociales; sin importar las diferencias de los sistemas jurídicos, han aceptado esta institución y la han fortalecido. Entre estos países sobresalen algunos de los más importantes de Europa occidental, entre los que podemos mencionar a Francia, Gran Bretaña, España, Suecia, Noruega, Dinamarca y Holanda.

Varios países europeos ex socialistas también han incorporado a su legislación la figura del *ombudsman*. Entre ellos se pueden mencionar Checoslovaquia, Hungría y Polonia.

Y esta corriente en América Latina parece ya imparable. En América del norte: México; en Centroamérica: Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Puerto Rico. En Sudamérica: Perú, Colombia, Paraguay, algunas provincias argentinas, y existen proyectos para ello en varios países como es el caso de Brasil, Chile, Venezuela, un proyecto de carácter nacional en Argentina y Uruguay.

En consecuencia, la institución del *ombudsman* ya arraigó en América Latina. Vino para quedarse, vino para fortalecer nuestros sistemas democráticos, para reforzar los controles respecto al poder público y el florecimiento del Estado de derecho y especialmente para lograr una mayor y mejor defensa y protección de los derechos humanos.

No hay duda, más países latinoamericanos irán incorporando la figura del *ombudsman* a sus regímenes jurídicos. Es ya, entre nosotros, una figura de prestigio. El peligro es que se le cree sólo para lucirla, para simular, para pantalla, pero que no se le dote de los elementos necesarios para que realmente pueda funcionar.

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL OMBUDSMAN

Voy a expresar algunas preocupaciones respecto a la figura del *ombudsman*:

1. La sola existencia del *ombudsman* es ya de por sí benéfica, porque el individuo sabe que si lo llega a necesitar ahí está. La existencia misma del control puede ser la razón última por la cual no sea necesario utilizarlo.⁶

2. Un *ombudsman* que no es autónomo, realmente no es un *ombudsman*. La autonomía es un requisito *sine que non* para su buen funcionamiento. La única verdad que existe para un *ombudsman* es aquella que se deriva del expediente y de las pruebas que el mismo contiene, mismas que valora de acuerdo con la ley, la equidad y su conciencia.

Tratar de violentar las conclusiones del expediente es herir de muerte a esta institución.

Por ello, no puede considerarse que las figuras del defensor del pueblo que establecen las constituciones del Perú y Colombia sean realmente un *ombudsman* porque las procuradurías generales de justicia, dependencias administrativas respecto de las cuales se presentan más quejas en nuestros países. Por las mismas razones no se puede considerar que la Procuraduría de los Derechos Humanos en Costa Rica sea un *ombudsman* porque se encuentra dentro de la estructura administrativa del ministerio de justicia.

3. Todos sabemos que existen tres sistemas para la designación del *ombudsman*, ya sea que ésta realice el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o ambos.

⁶ Gellhorn, Walter, *op. cit.*, pp. 87 y 422.

En principio, un sistema no es mejor que el otro siempre y cuando se respeten ciertos aspectos: que el designado sea una persona idónea, que su nombramiento no sea consecuencia de una negociación política y que realmente el sistema le asegure su autonomía funcional, porque ninguno de esos dos poderes le pueda dar instrucciones específicas.

Se ha discutido si el nombramiento realizado por el Poder Legislativo es realmente el mejor. Lo puede ser, pero no necesariamente lo es. En los sistemas parlamentarios en los cuales un partido político tiene la mayoría en la cámara legislativa que realiza la designación no necesariamente se suprimen inconvenientes que se han manifestado respecto a que la designación la realice el Poder Ejecutivo.⁷

Los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta para la designación son que no sea un hombre de partido para evitar impugnaciones innecesarias que lo debilitarían, que tenga prestigio personal y que sea reconocida su independencia. En otras palabras: el *ombudsman* debe poseer autonomía, valor civil y conocimientos.

Supongamos que en un sistema parlamentario de esos a los que aludimos en un párrafo anterior, fuera propuesto alguien que no contara con esas calificaciones; lo más probable es que sí sería designado, pero después de serias objeciones por parte de los partidos de oposición, lo cual debilitaría la autoridad moral del *ombudsman*.

Por ello, más que el sistema de designación hay que cuidar los requisitos legales y extralegales que ese personaje debe poseer. Lo anterior se comprueba con la figura del mediador en Francia, que es designado por el gobierno.

Luego, hay que cuidar mucho quién va a ser designado y especialmente que no vaya a ser cuestionado porque, si lo es, se verá claramente que el sistema de designación pasa a un plano muy secundario.

En la realidad de América Latina todo parece indicar que el sistema mejor, cuan menos por ahora, es el mixto de Ejecutivo-Legislativo, siempre

⁷ Barrios de Ángelis, Dante, "Estudio genético-funcional del *ombudsman*" en *Estudios en memoria de Héctor Luis Odriozola, Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 3, 1980, p. 210.

y cuando se designe a la persona adecuada y ese nombramiento no sea objeto de negociación política. Se pueden encontrar buenos candidatos en el mundo de la academia, de la judicatura, de la abogacía y de los funcionarios de la propia institución.

Y, desde luego, insisto, nombre quien lo nombre, nadie le puede dar una instrucción específica porque se lesionaría gravemente su autonomía funcional.

4. Los profesores de derecho constitucional y de derecho procesal han estudiado profundamente las garantías que todo juez debe gozar. Estas ideas de aplicarse también al *ombudsman*, quien ciertamente no es juez, pero necesita de éstas para asegurar su autonomía e independencia.

De acuerdo con el pensamiento del distinguido Héctor Fix-Zamudio, puede afirmarse que las garantías judiciales son los instrumentos que se utilizan para lograr la independencia, autonomía, dignidad y eficacia de los tribunales, siendo éstas principalmente cuatro: la designación, la estabilidad, la remuneración y la responsabilidad.⁸

Como bien dice Alsina, “estas garantías no se establecen en interés de la persona del juez, sino para asegurar las independencia de sus funciones, de modo que a él corresponde en primer término respetarlas y hacerlas respetar”.⁹

Pues bien, esos conceptos son aplicables al *ombudsman*. Ya me refería al nombramiento. En cuanto a la estabilidad considero que debe ser designado por un solo periodo largo de siete, nueve u once años y que no pueda ser destituido si no es a través del mismo sistema de responsabilidad que se aplica a los magistrados del más alto tribunal del país. Asimismo, su remuneración debe ser equivalente a la que reciben esos magistrados.

En este aspecto, únicamente agregó que no soy partidario de la inamovilidad indefinida del *ombudsman* porque es un trabajo que bien

⁸ Fix-Zamudio, Héctor, “Organización de los tribunales administrativos”, en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971, cuarto número extraordinario, pp. 122-123.

⁹ Alsina, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, EDIAR, tomo II, pp. 272-273.

realizado desgasta mucho físicamente y mentalmente, y porque siempre he creído que la renovación en los cargos es lo más saludable en un sistema democrático porque si no, las personas envejecen y con ellas los sistemas e instituciones.

5. Un aspecto que hay que cuidar es el presupuesto con que cuenta el *ombudsman*, porque a través de su asignación, se le puede tratar de controlar.

Es obvio que el *ombudsman* debe contar con los recursos humanos, materiales y económicos suficientes para poder llevar a cabo sus funciones. Si no, la calidad de su tarea sufrirá. Por ejemplo si el salario de los abogados asesores o de los investigadores es bajo o no es competitivo con el que reciben otros funcionarios del sector público.

En la asignación de recursos económicos al *ombudsman*, debe intervenir no sólo el Poder Ejecutivo, sino también el Legislativo, para cuidar su autonomía.

6. El *ombudsman* es un órgano del Estado, no del gobierno. Es decir, es un órgano público creado por la Constitución o por la ley para que cumpla funciones públicas y cuyas atribuciones le están expresamente señaladas por la propia ley, pero no es ni forma parte de ningún órgano de gobierno. Su naturaleza es parecida a la de aquellos tribunales administrativos de última instancia, o sea que sus resoluciones ya no pueden ser recurridas.

7. Una regla de oro para el *ombudsman* es que no debe ni puede ser amortiguador de disputas políticas.

El *ombudsman* debe de ser apolítico y apartidista para evitar caer en controversias de carácter político ya que si cayera en ellas, poco sería lo que podría aportar al país y mucho perdería, porque el *ombudsman* siempre debe ser imparcial y la sociedad debe estar segura de que sus recomendaciones son objetivas e imparciales.¹⁰

La imparcialidad es una de las notas más características del *ombudsman*. Imparcialidad. Siempre y siempre, imparcialidad.

¹⁰ Carpizo, Jorge, *¿Qué es la Comisión Nacional de Derechos Humanos?*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1990, p. 8.

Indudablemente que el *ombudsman* puede pertenecer a un partido político porque tiene derecho a ello, pero es saludable que él y sus principales colaboradores no hayan desempeñado ninguna actividad partidista por algún número de años anteriores a la designación, y si no son hombres de partido, mucho mejor.

8. Hoy en día hay diversas clases de *ombudsman*. Casi cincuenta países han aceptado esta figura. Existen características esenciales de la institución como su autonomía, antiburocratismo, flexibilidad y que sus recomendaciones no vinculan a la autoridad, pero cada país va dándole a la institución contornos propios de acuerdo con su tradición, realidad y orden jurídico. Es decir, no se puede copiar textualmente al *ombudsman* de otro país y pensar que no hay que establecerle modalidades. El *ombudsman* debe de adaptarse al régimen jurídico-político de un país con la sola condición que realmente se desee que actúe dentro de ese régimen democrático y que se garantice su independencia funcional.

Permítaseme dar un ejemplo referido a México. Cuando se creó esta institución en este país, había un gran escepticismo respecto a ella principalmente por su desconocimiento. Entonces se le quiso vincular con personajes que son conocidos y respetados en México por su trayectoria, obra e independencia. Por ello se creó un consejo integrado por diez personajes de las más diversas ideologías y profesiones para que discutieran los lineamientos generales de acción del *ombudsman*, pero sin intervenir en las investigaciones y casos concretos. A más de dos años de esa experiencia, hoy afirmo que el consejo ha trabajado muy bien y es uno de los factores del éxito del *ombudsman* en México.

9. El *ombudsman* no puede resolver todos los problemas de la sociedad ni aceptar las quejas en las cuales no es competente y que le presentan personas desinformadas de qué es un *ombudsman* y cuáles son sus funciones.

El *ombudsman*, como bien se ha dicho,¹¹ no es un remedio mágico, panacea o sanalotodo que vaya a remediar la insatisfacción de la sociedad por las arbitrariedades que comete la administración pública.

¹¹ Mariorano, Jorge L., *op. cit.*, p. 4.

Es muy curiosa la reacción de la sociedad frente al *ombudsman*, especialmente en aquellas capas sociales en las cuales el nivel educativo no es alto: se desea que el *ombudsman* intervenga absolutamente en todos los aspectos, incluidos algunos en que es de sentido común que muy poco o nada puede hacer, como en la resolución de problemas económicos.

Al *ombudsman* se le exige, y si no puede aceptar la queja por ser incompetente entonces en muchos países se le reprocha de que no sirva para nada.

El *ombudsman* tiene que actuar con prudencia pero con firmeza. Nunca crear una falsa expectativa, pero siempre actuar y hacerlo bien cuando la queja sí se encuentra dentro de su competencia.

Asimismo, el *ombudsman* debe expresar las razones de su incompetencia, tratar de convencer y en países en los cuales no existe institución de asesoría jurídica, dar ésta en la medida de su capacidad, hasta el límite de ella. Estas funciones encajan dentro de su misión educativa a la que referiré después.

Este aspecto de la gran expectativa que la creación del *ombudsman* reviste, lo encontramos no solo en los países de América Latina sino en otros. Como ejemplo puedo señalar que Ewa Letowska ha escrito que del *ombudsman* polaco, creado en 1987 y que comenzó a funcionar el 1 de enero de 1988, se espera que realice cambios sustanciales a la Ley y al funcionamiento del Estado, como si fuera superior a las autoridades a las que ha criticado.¹²

La única forma de satisfacer estas expectativas, es que el *ombudsman* realice bien su trabajo. Hechos y más hechos. Resultados y más resultados. Entonces se verá que es un instrumento útil y benéfico para la sociedad y que en los asuntos en que no interviene es porque no lo puede hacer, no tiene competencia para ello y si lo hiciera se vulneraría la institución.

La función última del *ombudsman* es solicitar la estricta aplicación de la Constitución y de la ley; si él las viola, ejerciendo atribuciones que

¹² Letowska, Ewa, "The polish *ombudsman*: the Commissioner for the protection of civil rights" en *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, 1990, vol. 39, parte 1, p. 209.

no le corresponden, carece de autoridad moral para después pedir su cumplimiento a las autoridades.

10. Un problema actual para la mayoría de los *ombudsmen* es la cantidad de quejas infundadas que recibe. Baste leer los informes anuales en muchos países. Y es un problema por la cantidad de tiempo que se invierte en contestar y explicar las razones de la competencia. No está en los mejores intereses de la sociedad que el *ombudsman* esté recargado de trabajo y su capacidad de respuesta e investigación pueda ser rebasada. Sin embargo, en este aspecto hay que tener mucho cuidado.

Desde luego, hay personas que presentan quejas sabiendo que el *ombudsman* es incompetente o que no les asiste la razón. Lo hacen para ver si “pega”. Esta actitud no se puede justificar y resulta socialmente irresponsable, especialmente cuando se trata de persona con recursos económicos sobrados.

Empero, hay que tener cuidado porque muchas personas que presentan quejas sin fundamento son las económica y socialmente desprotegidas, y en estos casos es cuando más hay que orientarlas y aconsejarlas jurídicamente.

Por ello, es preferible pecar de exceso que de defecto: recibir sin ningún formalismo todas las quejas que se presenten, analizarlas con cuidado y si no se es competente: explicar y explicar, asesorar y asesorar, tratando de convencer.

Si el *ombudsman* sí es competente deberá comenzar de inmediato su procedimiento.

11. Un camino muy adecuado para la resolución de las quejas es la conciliación o amigable composición porque siempre serán más rápidas que una recomendación.

Su flexibilidad y antiburocratismo son un medio ejemplar, además de la persuasión y el diálogo se impondrán a un solo punto de vista.

Es la mejor forma de demostrar a la autoridad que el *ombudsman* es un verdadero colaborador que únicamente persigue la realización de la justicia al caso concreto.

Cuando la conciliación o la amigable composición no prosperan, entonces procede la recomendación.

12. Se discute cuál debe ser la capacidad del *ombudsman* para investigar casos penales. Considero que no hay una contestación única aplicable a todos los países sino que depende de la situación particular de cada uno de ellos. Generalmente el *ombudsman* no investiga casos penales sino recomienda que se realice la investigación. Sin embargo, cuando la autoridad no lo hace o no tiene ningún ánimo de colaboración con el *ombudsman*, éste debe realizarla para que no prevalezca la impunidad.

Lo anterior pone al *ombudsman* ante una situación difícil. Debe crear su propia capacidad de investigación penal y entrenar a parte de su personal para ello. Esto es un reto de dimensiones gigantescas pero cuando sea necesario, se deberá hacer.

13. El análisis que realiza el *ombudsman* de cada caso no sólo será desde el punto de vista legal, sino también desde el de la justicia, la equidad, principios de coexistencia social y la conducta que deben seguir los funcionarios públicos.¹³

Es por el principio de justicia que debe guiar al *ombudsman* que éste puede actuar *motu proprio*, en casi todos los países.

El *ombudsman* no es órgano de primera instancia. Sólo debe actuar cuando la autoridad competente no cumple o cumple mal con sus obligaciones. En esto se debe ser muy cuidadoso. El *ombudsman* no puede suplir o sustituir a la autoridad invadiendo las funciones de ésta, sino que su actividad y esfera de acción es la de controlar los actos del funcionario público.

Desde luego que la labor del *ombudsman* también tiene una función preventiva ya que sus recomendaciones, informe y documentos tienen una influencia educativa para los funcionarios públicos y para la sociedad en general. Su actividad debe tener un impacto en el mejor funcionamiento de la administración pública.

¹³ *Ibid.*, p. 212, y Gellhorn, Walter, *op. cit.*, p. 14.

14. Algunos países, cuando se crea la figura del *ombudsman*, permiten por un periodo que generalmente va de un año a dos, a que se presenten quejas sin importar la antigüedad de éstas, y así se dirigen quejas sobre hechos acontecidos cuarenta o treinta años.

Sin embargo, es necesario que exista un término para la presentación de la queja. Hechos viejos son difíciles de investigar y ponen al *ombudsman* ante situaciones casi insuperables para llegar a conocer la verdad. Generalmente el término que se establece al respecto es de un año y me parece prudente, amén de que muchas legislaciones otorgan facultad discrecional al *ombudsman* para aceptar una queja de hechos más antiguos cuando la gravedad del caso así lo amerite.

15. Una de las columnas sobre las cuales basa el *ombudsman* su actuación es el principio de publicidad de sus acciones. Sin este principio toda su actividad no tendría efectos. Figurémonos lo que sería la fórmula: recomendación más secrecía.

Y aquí surge un problema muy importante en América Latina: la relación del *ombudsman* con los medios masivos de comunicación. En varios de esos países, algunos de esos medios no son todo lo honestos que se desearía que fueran. Varios reciben subsidios de funcionarios públicos y de narcotraficantes para atacar al *ombudsman*, para tratar de acallararlo y desprestigiarlo. En esos países, la labor del *ombudsman* se complica en demasía.

Considera que el *ombudsman* debe mantener un diálogo constante con dueños, directores, jefes de información y funcionarios de los medios masivos de comunicación, así como con reporteros y entrevistadores. Proporcionarles información y más información. Tratar de ganarlos para la causa del *ombudsman* y lo que ella representa.

En México, en la función que desempeño como *ombudsman* de carácter nacional, siempre he dicho a los miembros de los medios masivos de comunicación: “como *ombudsman*, lo que laboramos en la Comisión Nacional realizamos el cincuenta por ciento del trabajo, ustedes al informar objetivamente y bien, hacen el restante cincuenta por ciento”.

16. Uno de los aspectos más discutidos en la actualidad es el del *ombudsman* judicial. Este apasionante tema está siendo objeto de congresos

y simposios como el realizado en San Juan de Puerto Rico en mayo de 1991, y seguirá siendo uno de los grandes temas respecto al *ombudsman* en los próximos años.

Un *ombudsman* no puede conocer de una cuestión jurisdiccional; es decir, no puede involucrarse en el problema jurídico de fondo que está conociendo un juez ni puede revisar una sentencia. La regla general es que el *ombudsman* no puede sustituir al juez, el cual le merece todo respeto, porque si lo hiciera podría resultar más dañina la medicina que la enfermedad.

Lo que se discute en la función del *ombudsman* judicial es si éste puede conocer y hacer recomendaciones a los jueces sobre aspectos de procedimiento que en nada afecten el fondo del asunto jurídico y sobre actos administrativos de aquéllos.

Las legislaciones adoptan diversos criterios. Suecia, Finlandia y España aceptan al *ombudsman* judicial. En cambio, Dinamarca, Noruega y Nueva Zelandia, no lo aceptan.

Personalmente estoy a favor del *ombudsman* judicial y considero que son válidas las razones que expone el profesor Donald C. Rowat para apoyarlo, a saber: la supervisión la realiza una persona fuera del sistema, lo que elimina la posibilidad de pensar que los jueces se estén protegiendo mutuamente; es sólo una recomendación que no tiene obligatoriedad; se refiere sólo a asuntos procesales y generalmente respecto a la conducta de los jueces emite reprimendas o críticas. No es usual que se refiera a conductas graves, pero el que lo puede hacer, resulta en un buen estímulo para la rectitud judicial.¹⁴

Sin embargo, el tema se seguirá discutiendo apasionadamente. Creo que al final terminará imponiéndose, por las razones expuestas por Rowat, el *ombudsman* judicial. En este sentido fue un gran triunfo que en 1991 se legisló en Gran Bretaña para la creación de un *ombudsman* para supervisar a los tribunales y a los abogados y esa legislación fue el producto del

¹⁴ Rowat, Donald C., “¿Por qué un *ombudsman* para supervisar los tribunales?” en *Informe del Primer Congreso de Ombudsman de San Juan. El ombudsman judicial*, San Juan, Puerto Rico, Oficina del Procurador del Ciudadano, 1991, p. 29.

desacuerdo del *Lord Chancellor* con el *ombudsman* parlamentario sobre la facultad de este último para supervisar a la administración judicial¹⁵ y digo que fue un gran triunfo porque los jueces ingleses gozan de gran prestigio por su preparación e independencia.

Debe quedar claro que cuando hablo del *ombudsman judicial* me refiero a la supervisión procesal y de actos administrativos y a nada más. No considero correcto que pueda abarcar otros aspectos como en Suecia en donde inclusive se puede procesar al juez que no tomó en cuenta la opinión del *ombudsman*, aunque en la realidad, hasta donde conozco, últimamente no se ha utilizado esta facultad.

Al respecto del *ombudsman* judicial es aleccionadora la opinión de un juez sueco quien manifestó: "Hemos crecido dentro de este sistema. Ninguno de nosotros ha conocido uno diferente y estamos acostumbrados a él. Si nos lo encontráramos por primera vez, quizás nos sentiríamos incómodos. Pero tal y como las cosas son, no creo que ningún juez sueco sienta ninguna pérdida de independencia cuando el *ombudsman* mira el trabajo que está realizando".¹⁶

Qué diferencia tan enorme existe entre esta opinión y aquellos países en los cuales los jueces se niegan inclusive a proporcionar información al *ombudsman*, no para que éste valore sus actos administrativos y procesales sino los de los funcionarios de la administración pública.

Los jueces honestos y eficientes no tienen por qué temer la actuación del *ombudsman*.

El funcionario que realmente merece el nombre de tal se crece ante la crítica para desempeñar mejor sus labores. Se ejerce el cargo no para satisfacción personal, sino en razón de espíritu de servicio y para ser útil a la sociedad desde aquél.

La reiteración de criterios por parte del *ombudsman* en sus recomendaciones, escritos e informes, va creando una especie de

¹⁵ Rowat, Donald C., *op. cit.*, p. 30.

¹⁶ Gellhorn, Walter, *op. cit.*, p. 238.

jurisprudencia que debe auxiliar a todos los funcionarios públicos en sus labores. La jurisprudencia del *ombudsman* debe hacer más fácil la labor de gobernar y debe ayudar a fortalecer el sistema democrático.

17. Una de las funciones más importantes, quizá la más importante del *ombudsman*¹⁷ consiste en educar. Por ello debe saber divulgar su obra, que ésta llegue realmente a la sociedad para que conozca mejor sus derechos y sepa cómo defenderlos, y para que los funcionarios públicos sepan cómo cumplir mejor con sus obligaciones. En muchas ocasiones, el *ombudsman* tendrá que repetir sus sugerencias, consejos y recomendaciones. No importa. Las deberá repetir cuantas veces sea necesario y nunca perder la paciencia. Esta labor educativa es la que realmente perdurará.

III. TRES ASPECTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sobre derechos humanos se han escritos cientos de volúmenes y aún se escribirán muchos más porque es uno de los temas más importantes para el hombre. Es el que se refiere a su dignidad y es una cuestión compleja que puede ser examinada desde múltiples perspectivas y por las más diversas disciplinas. Es esta ponencia sólo me referiré a tres aspectos de ellos: su internacionalización, su progresividad y quién los puede violar.

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, el tema de los derechos humanos se internacionalizó. La anterior afirmación no quiere decir que antes no hubiera antecedentes. Claro que los hubo. Pero el gran movimiento internacional comenzó después de aquel fatídico evento con declaraciones universales y regionales, la creación de comisiones y cortes regionales, pactos y protocolos sobre esa materia.

Así, encontramos que:

a) Cada día más estados aceptan la competencia de las comisiones y cortes, como ha acontecido en Europa occidental y como ya está sucediendo en América, aunque en este continente el proceso sea más lento y con más reticencias.

¹⁷ Reid, Colin T., *op. cit.*, p. 256.

b) Cada día más los individuos pueden recurrir directamente a las instancias internacionales, siempre y cuando hayan previamente agotado las internas. Realmente este principio rompió con una de las bases del derecho internacional clásico, en donde generalmente sus sujetos eran los estados.

La internacionalización de los derechos humanos y la creación de esas comisiones y cortes internacionales y regionales plantean un problema respecto a la idea clásica de soberanía. Esta cuestión es un tema apasionante, que implica una revisión de las teorías tradicionales de la soberanía y sobre la cual aún no existen todas las precisiones que necesariamente tendrán que darse en la doctrina y en la realidad.

Por ahora, sólo asentemos que en la realidad los países han delegado o subordinado, en muy diversos grados, algunos aspectos de su soberanía, mediante todas o algunas de las siguientes condiciones: a) ha sido por voluntad propia, b) la participación en el organismo supranacional es un plan de igualdad con los otros estados; c) se trata de alcanzar fines o desarrollar actividades que se realicen mejor por estados asociados que solos; d) se aceptan instancias jurisdiccionales supranacionales, porque se reconoce que los asuntos en cuestión no son de interés de la comunidad internacional o regional. Así la idea de soberanía presupone la libertad y la igualdad de los países y, a partir de ella, se aceptan las nuevas realidades que los propios países van creando.

Los aspectos antes mencionados han permitido que diversos países realicen delegaciones reales de soberanía a órganos y organizaciones regionales, así como la aceptación, en algunos de esos países, de la primacía del derecho internacional o del comunitario sobre el nacional.

Empero, no puede desconocerse que la base de estos desarrollos implica la igualdad jurídica de los estados, el apego al *derecho internacional*, con todo lo que ello significa, y que la idea de soberanía continúe siendo la defensa de los países pequeños y débiles frente a los grandes y poderosos.¹⁸

¹⁸ Carpizo, Jorge, "Desafíos contemporáneos del derecho constitucional", en *Edición Conmemorativa del Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, 1991, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 264 y 265, y Carpizo, Jorge, *Tendencias actuales del Derecho: Los Derechos Humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 5-6.

Basados en esos pensamientos, claro es que la internacionalización de los derechos humanos no es un nuevo imperialismo, en el cual un Estado fuerte y poderoso se inmiscuya en los asuntos internos de otro Estado y lo quiera juzgar por presuntas violaciones derechos humanos, o que con ese pretexto pretenda dictar y determinar las políticas nacionales. Desde luego que no. La internacionalización de los derechos humanos es y debe ser, primordialmente, la aceptación de órganos jurisdiccionales, internacionales y regionales, integrados por jueces independientes y probos, que apliquen el derecho internacional sin presión de ningún Estado.

Aún no se precisa con claridad cuál es el equilibrio o el justo medio entre el derecho internacional de los derechos humanos y el orden interno de los mismos. Aún deberá de contestarse y precisarse la pregunta: ¿cuándo y cumpliendo qué requisitos se puede intervenir legítimamente en un Estado que está violando los derechos humanos de sus habitantes?

Los derechos humanos poseen una tendencia progresiva. Por ella se entiende que su concepción y protección nacional, regional e internacional, se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que toca al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. Esta es la misma idea que René Cassin expresó como la impresionante expansión del concepto de su contenido.¹⁹

Lo anterior se ha favorecido a través de las convenciones sobre derechos humanos, las cuales poseen una gran flexibilidad que ha permitido que, a partir de las obligaciones centrales, los órganos que las aplican vayan ampliando su contenido y los estados lo acepten explícita o implícitamente.

Existen derechos que se van reconociendo y definiendo progresivamente. Tal es el caso de los económicos y sociales, en los cuales es necesario que existan los recursos materiales para poder satisfacerlos, como sería el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda.

Desde luego, en esta clase de derechos los hay de exigibilidad inmediata, como son los derechos de sindicación y de huelga.

¹⁹ Cassin, René, "Les droits de l'homme" en *Recueil des Cours*, Holanda, Academie de Droit International, 1974, vol. 140, p. 326.

En esta progresividad ha sido y continuará siendo muy importante el derecho internacional consuetudinario, a través del cual los órganos internacionales de protección flexibilizan las normas procesales en beneficio de una mejor aplicación del sistema y de la justicia. A este respecto hay que tener presente que esta evolución no ha sido producto sólo de la voluntad política de los estados –dado que los órganos internacionales han tenido que actuar en contra de los intereses o posiciones de muchos estados- sino que aquí ha sido determinante, y deberá continuar siéndolo, la presión de la opinión pública internacional, a lo cual indudablemente han contribuido los nuevos medios masivos de comunicación, que con facilidad y rapidez informan actualmente a grandes sectores de la población del mundo.

Varias de las declaraciones de derechos humanos, principalmente las primeras en el tiempo, se formularon con limitaciones a los funcionarios públicos, precisándoles lo que no pueden realizar. Esta fue primordialmente la idea de las declaraciones norteamericanas e inglesas. Los derechos humanos definen aquella área que es propia a la dignidad de las personas y que debe ser respetada por las autoridades. En las relaciones entre particulares, los conflictos y los actos antijurídicos deben resolverse aplicando la ley, y se supone que es una relación entre iguales o que la ley trata de igualar las desigualdades sociales o económicas. Empero, en las relaciones entre un funcionario público que tiene poder del Estado y un particular, la relación no es de igualdad, y el derecho protege al particular: que todos sus derechos sean preservados al tener que actuar el funcionario de acuerdo con el principio de legalidad; lo anterior adquiere una importancia muy especial cuando se trata de los derechos inherentes a la naturaleza humana.

Luego, los derechos humanos se precisaron y se garantizaron frente a la autoridad. Por ello es que, para que exista violación a un derecho humano, es necesaria la intervención de un funcionario público.

El anterior concepto ha ido evolucionando y hoy en día, en muchos países y en amplios sectores de la doctrina, se admite que a veces la violación no la realiza directamente el funcionario público, sino algún otro agente social que cuenta con la anuencia, la tolerancia o el apoyo de un servidor público, y que en estos casos debe considerarse que sí existe violación a un derecho humano. Desde luego que así debe de ser, porque en estas situaciones el individuo también está sufriendo una arbitrariedad, cometida por alguien que está respaldado por el poder del Estado.

El mundo moderno se ha vuelto muy complejo y el individuo actualmente se enfrenta a organizaciones y poderes fuertes que, en su actuación, pueden lesionar sus derechos al encontrarse en una situación de superioridad, como acontece en su relación con el Estado. Estas organizaciones pueden ser sindicatos, organismos profesionales o medios masivos de comunicación.

En estos casos, ¿si los directivos de esas organizaciones violan derechos, puede considerarse que también están violando derechos humanos? La contestación no responde a una necesidad teórica, sino a una muy práctica, ya que para el resarcimiento de los derechos humanos, los órdenes jurídicos cuentan generalmente con recursos más rápidos, ágiles, diversos y efectivos que cuando se trata de otra clase de violaciones.

Poco a poco las legislaciones nacionales irán considerando que organizaciones o agrupaciones de particulares sí pueden violar los derechos humanos por la fuerza que poseen y que colocan al individuo frente a ellos en un plano de desigualdad. Para el individuo, enfrentarse a esas organizaciones es muy parecido al poder de Estado. En su evolución, creo que deben considerarse que sí pueden violar los derechos humanos, se encuentran los medios masivos de comunicación y los sindicatos.

IV. EL OMBUDSMAN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, entonces, como ya afirmé, son un tema extraordinariamente importante. En los últimos 45 años su defensa se ha internacionalizado y su carácter progresivo se ha ampliado en forma considerable. Sin embargo, lo que aún queda por hacer para su protección real, en la inmensa mayoría de los países, es tan grande que a veces se puede sentir desánimo cuando, por el contrario, hay que verlos como un formidable reto que se tiene que enfrentar y superar.

En los próximos años y décadas tres temas serán recurrentes por su singular importancia: derechos humanos, justicia social y ecología. La justicia social y la ecología son parte de los derechos humanos pero por sí tienen tal peso que deben enunciarse en forma separada.

La institución del *ombudsman* ha sido y es exitosa como instrumento flexible y antiburocrático para combatir la arbitrariedad y la impunidad, y

en muchos países se ha convertido en una de las mejores armas para la protección de los derechos humanos.

Con fundamento en lo expresado en esta ponencia, afirmo que el futuro del *ombudsman* está cada día más en ser uno de los instrumentos que otorga el orden jurídico para la mejor defensa de los derechos humanos. Desde luego, deberá seguirse ocupando de arbitrariedades o faltas menores, ello no se discute, pero su importancia real y trascendente está precisamente en la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, la afirmación anterior puede ser contemplada desde dos ángulos.

Desde uno, mi afirmación es ya una tendencia en muchos países porque en la gran mayoría de ellos la protección real de los derechos humanos es una de las demandas sociales más fuertes y sentidas. Y esta tendencia se percibe desde el nombre que comienza a recibir los *ombudsmen* en el mundo: Procuraduría de los Derechos Humanos en Costa Rica y en Guatemala; Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, Comisionado para la Protección de los Derechos Civiles en Polonia. Inclusive la denominación española de Defensor del Pueblo tiene este significado.

Desde el segundo ángulo, aquellos países que opinan que los derechos humanos no tienen por qué tener un énfasis especial en la protección que realiza el *ombudsman*, que son sólo uno de los temas de su competencia. Lo anterior se ilustra con el último informe presentado por el *ombudsman* nacional holandés en el cual manifiesta que pone especial cuidado en la necesidad de que exista certeza y seguridad (*certainty*) en las relaciones entre el gobierno y los gobernados y que esa institución en Holanda no fue creada como un árbitro para la defensa de los derechos humanos, aunque se ocupe, entre otros aspectos, de arbitrariedades realizadas por los policías.²⁰ La idea que creemos descubrir en la anterior afirmación es que el *ombudsman* holandés no se ocupa primordialmente de la protección de los derechos humanos porque en ese país no es necesario dada la realidad de su respeto.

²⁰ *De Nationale Ombudsman, Main points of the 1991 Annual Report of the National Ombudsman*, La Haya, National Ombudsman Office, 1992, p. 17.

Este segundo ángulo, de ser cierto, sólo lo sería quizás y a lo más en unos siete u ocho países de la tierra, y aun en ellos es discutible, pues si bien no existen violaciones graves sí afectaciones a los propios derechos humanos como lo ha puesto de relieve la jurisprudencia de la corte europea de los derechos humanos.

En consecuencia, se puede afirmar que democracia, derechos humanos y *ombudsman* son conceptos que se implican entre sí. Uno se apoya mutuamente en el otro.

Y desde este planteamiento considero que las competencias del *ombudsman* deberán aumentar. Únicamente numero algunos de los temas que deben discutirse y analizarse más:

a) El *ombudsman* y los derechos sociales. Creo que los aspectos administrativos de ellos y los de ejecución inmediata como la sindicación, deben ya ser de su competencia.

b) Respecto a los otros aspectos de los derechos sociales, tiene que actuar con prudencia y poco a poco porque esos se irán resolviendo y defendiendo mejor en cuanto un país tenga los recursos económicos para ello. Pero, dentro de la prudencia del *ombudsman* y de acuerdo con las circunstancias de cada país, debe ir interviniendo para ser sólo un auxiliar, pero un auxiliar valioso, en que esos derechos sean una realidad y tengan una buena protección.

c) También su competencia debe irse ampliando para conocer algunos de los derechos humanos en la tercera generación. El caso más claro es respecto a los asuntos ecológicos.

Con lo anterior no supongo que un solo *ombudsman* se ocupe de todos estos temas. Ello depende de las características de cada país. Podrán ser sólo uno o varios *ombudsmen*, pero si es uno, necesariamente tendrá que tener departamentos especializados. Existen numerosos *ombudsmen* especializados al lado de los generales, en muchos ordenamientos.

d) Uno de los retos del *ombudsman* es ampliar y reforzar su capacidad técnica para realizar investigaciones.

e) Un aspecto de importancia en el cual el *ombudsman* tiene un papel relevante que jugar es respecto al incremento de la cultura y la educación de los derechos humanos en su país, desde sus informes anuales y especiales hasta la realización de cursos de capacitación, programas de radio y televisión, publicaciones, propuestas de temas de derechos humanos tanto para las escuelas primarias, secundarias y bachilleratos como para las universidades.

f) Y ciertamente, hay derechos humanos de los cuales no puede ocuparse como son los electorales porque no debe intervenir en las contiendas políticas y partidistas del país, donde tendrá poco que aportar y mucho que perder: nada menos que su autoridad moral. Es decir, el *ombudsman*, por su propia naturaleza, no debe tener competencia en ciertas materias.

Así, el *ombudsman* debe ser y es uno, desde luego sólo uno, de los varios instrumentos procesales que el orden jurídico crea para una mejor defensa y protección de los derechos humanos y en esta concepción amplia de sus facultades que sostenga, siempre hay que tener presente que un *ombudsman* debe actuar con prudencia y más prudencia pero, al mismo tiempo, con una gran firmeza, energía y convicción.

La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios. Obra en homenaje al Dr. Jorge Carpizo Mac Gregor, editado por la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de noviembre de 2013, en los talleres de Impresión Comunicación Gráfica, S.A. de C.V., ubicados en Manuel Avila Camacho 689-A, Col. Santa María Azthhuacán, C.P. 09500 México, D.F. Para su composición se usó tipografía Gill Sans de 9 y 12 puntos. El tiro consta de 1500 ejemplares impresos en offset en papel Couché mate de 100 grs., con forros en Couché brillante de 300 grs.