

REVISTA ELECTRÓNICA métodos

Construyendo igualdad a partir de la reforma constitucional en derechos humanos

CONTENIDO

- 3 RICARDO ORTEGA
- 6 SERGIO MÉNDEZ LARA
- 31 CARLOS MARÍA PELAYO MÖLLER
- 52 JOSÉ RAÚL LANDGRAVE FUENTES
Y PERSEO QUIROZ RENDÓN
- 71 MARÍA TERESA VÁZQUEZ BAQUEIRO
- 89 RAQUEL JELINEK



03



métodhos, *Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos*, año 2, núm. 3, julio-diciembre de 2012, es una publicación semestral editada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) a través del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH). Avenida Universidad 1449, colonia Florida, pueblo de Axotla, delegación Álvaro Obregón, 01030 México, D. F., Tel.: 5229 5600, ext.: 2214, <www.cd hdf.org.mx> y <revistamethodos@cd hdf.org.mx>.

Editor responsable: Ricardo Alberto Ortega Soriano. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2011-061509513000-203. ISSN 2007-2740, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF, Daniel Antonio García Huerta, avenida Universidad 1449, colonia Florida, pueblo de Axotla, delegación Álvaro Obregón, 01030 México, D. F. Fecha de la última modificación: 30 de junio de 2012.

La finalidad de la revista es la de publicar temas de agenda e innovación en derechos humanos, para lo cual se recabarán puntos de vista especializados de personas doctas en la materia; por ello, las opiniones expresadas por las y los autores no reflejan la postura de la CDHDF.

Comité editorial: Estela Andrea Serret Bravo, Santiago Corcuera Cabezut, Jesús Rodríguez Zepeda, Tania Ramírez Hernández, Luis Daniel Vázquez, Jorge Ulises Carmona Tinoco, Fernando Coronado Franco, María José Morales García, José Luis Gutiérrez Espíndola, Mónica Martínez de la Peña, José Antonio Guevara Bermúdez y Juan Alberto Nava Cortez.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal autoriza a toda persona interesada a reproducir total o parcialmente el contenido e imágenes de la publicación, siempre que en su utilización se cite invariablemente la fuente correspondiente.

Presentación

Ricardo A. Ortega Soriano*

* Director ejecutivo del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos.



A un año de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, aún se vislumbran importantes retos para alcanzar su plena eficacia. El escenario que presenciemos ahora refleja, por un lado, la ausencia de mecanismos jurídicos que posibiliten su efectiva aplicación. Ejemplo de lo anterior, se observa en el incumplimiento del Poder Legislativo federal para aprobar una nueva ley de amparo que asegure la transformación de este importante mecanismo de protección de los derechos humanos conforme a los estándares internacionales. Por otra parte, durante el último año hemos presenciado importantes esfuerzos para impulsar una evolución en la cultura jurídica de las y los operadores del país que hagan verdadera la reforma, situación que requerirá aún de mayores esfuerzos institucionales y sociales para cumplir con su cometido.

Así las cosas, podemos afirmar que la sola existencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos no es capaz de generar *per se* una modificación inmediata de los problemas de naturaleza estructural que, desafortunadamente, desde hace bastante tiempo afectan el desarrollo y la vida social, económica y cultural de nuestro país. Por el contrario, su efecto útil sólo se logrará mediante el diálogo, análisis y discusión de los fundamentos y conceptos que la respaldan, así como de las diversas maneras y enfoques que resulten propicios para la mejor generación de resultados desde un enfoque garantista y de compromiso con el principio de igualdad.

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que las exigencias de justicia que subyacen en el fondo de la reforma, se relacionan principalmente con el principio de igualdad y con la necesidad de generar cambios capaces de modificar la situación de desventaja, opresión y discriminación en la que se ubican diversos grupos de población que, a su vez, son víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

Conscientes de esta realidad y con el firme objetivo de contribuir a la discusión respecto de los alcances, límites y obstáculos relacionados con la reforma de 2011, así como de su virtual impacto hacia ciertos grupos en condición de desventaja, dedicamos el tercer número de *Métodos. Revista científica de investigación aplicada en derechos humanos* al examen de algunas de las posibilidades que la reforma constitucional ofrece para construir bases de igualdad a favor de una sociedad más justa, plural e incluyente.

Así, uno de los temas que se analizan en esta tercera edición se relaciona con el derecho a la información consular que tienen todas las personas que se encuentran detenidas en países distintos al suyo. El artículo “Los estándares en torno al derecho a la información consular en México y Estados Unidos y la cuestión de la asistencia consular” plantea la necesidad de diferenciar el derecho a la información consular del derecho a la asistencia consular, con el objetivo de asegurar una protección más amplia a las personas desde un enfoque de derechos humanos, y a partir de un examen de jurisprudencia comparada destaca la urgencia de que los tribunales nacionales desarrollen criterios claros y precisos al respecto con el fin de evitar confusiones que pudieran minar el proceso judicial y las relaciones entre los Estados.

Por otro lado, la situación que guardan actualmente los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país es un tema de análisis y abordaje teórico y judicial obligado en el marco de la reforma constitucional de junio de 2011. La exigencia y justiciabilidad de este tipo de derechos aún se ve inmersa en el desarrollo de falsos debates que pocas veces contribuyen a su adecuado aseguramiento. Por esta razón, el artículo titulado “El mínimo vital como un estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” expresa los distintos mitos desde los que se observan este tipo de derechos y da cuenta de la necesidad de que los Estados garanticen las condiciones mínimas para el adecuado goce y ejercicio de los mismos.

Posteriormente, el texto denominado “Reflexiones sobre la reforma constitucional del 10 de junio de 2011” ofrece una posición crítica de las modificaciones y avances que dicha reforma puede aportar al sistema jurídico mexicano y, en especial, a los derechos humanos. Sostiene que, pese a no implicar un cambio jurídico sustancial, sí constituye un esfuerzo importante de reflexión que ha permitido que los derechos humanos se coloquen en un primer plano dentro de la agenda política y jurídica nacional.

Por último, las personas con discapacidad constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad que enfrenta barreras tanto culturales como físicas que afectan el goce y ejercicio de sus derechos humanos y que los colocan en una posición de desventaja frente a otros grupos de población. Por ello, y en el marco de las reflexiones respecto de la reforma en derechos humanos, el último artículo de la sección *Investigación*, titulado “Consideraciones sobre los derechos de las personas con discapacidad en el estado de Yucatán”, da cuenta de los distintos modelos que han caracterizado al estudio de la discapacidad y ofrece un panorama claro respecto de la discriminación que se vive en esa entidad.

Abonando a dicho análisis, y para estimular los procesos de investigación en la materia, la sección *Ensayos Temáticos* integra, en esta ocasión, una reseña de los artículos ganadores de la primera edición del Concurso de Investigación sobre Discapacidad en México 2011, organizado de manera conjunta por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y la Universidad Nacional Autónoma de México.

Una vez más, desde el espacio que nos brinda esta revista, deseamos que el trabajo que se ve reflejado en este tercer número de *Métodhos. Revista científica de investigación aplicada en derechos humanos* resulte del agrado e interés de todas las personas que poco a poco comienzan a frecuentar su lectura.

INVESTIGACIÓN

Los estándares en torno al derecho a la información consular en México y Estados Unidos y la cuestión de la asistencia consular

Sergio Méndez Lara*

* Miembro del Servicio Exterior Mexicano adscrito a la Embajada de México en Estados Unidos de América. Licenciado en derecho por la unam y especialista en derecho estadounidense, Universidad de Nuevo México. Las opiniones expresadas en el presente artículo reflejan la posición exclusiva del autor y no representan en modo alguno la posición de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Resumen

Este ensayo explica los estándares en México y Estados Unidos en cuanto al derecho a la información consular contenido en el artículo 36.1b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por medio del análisis de las decisiones judiciales relevantes que los han forjado. Además, se contrastan las distintas concepciones que envuelven el razonamiento jurídico respecto a este derecho en la Suprema Corte estadounidense y la Suprema Corte mexicana. Por otra parte, el ensayo expone que la Suprema Corte de Justicia Nacional (SCJN), con el proyecto del ministro Arturo Zaldívar sobre el caso Florence Cassez, confunde el derecho a la información consular –el cual es un derecho de la persona– y el derecho a la asistencia consular –un derecho del Estado– lo que puede minar los esfuerzos para fijar estándares claros y serios que protejan a las personas extranjeras en nuestro país.

Palabras clave: información consular, comunicación consular, asistencia consular, pena de muerte, sentenciados a muerte, preclusión procesal, perjuicio, derecho humano, adversarial, Avena, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, artículo 36, artículo 36.1b, Medellín, Medellín vs. Texas, Sanchez-Llamas vs. Oregon, Breard vs. Greene, Leal Garcia vs. Texas, Gutierrez vs. State (Nevada), Torres vs. Oklahoma, Florence Cassez, ministro Zaldívar.

Abstract

This paper analyzes, through the study of relevant judicial decisions, the current standards in Mexico and in the United States regarding the right to information on consular assistance embodied in Article 36.1.b of the Vienna Convention on Consular Relations. Moreover, this paper shows the divergent legal rationale behind the decisions of the United States and the Mexican Supreme Courts on this issue. Finally, this paper argues that the Supreme Court of Mexico, through the draft opinion of Justice Arturo Zaldívar on the Florence Cassez case, confuses the right to information on consular assistance –an individual right– and the right of consular assistance –a right of the sending State– undermining the efforts to achieve unambiguous and reasonable standards that better protect foreign nationals in Mexico.

Key words: consular information, consular communication, consular assistance, death penalty, death sentence, procedural default rules, procedural default doctrine, prejudice, actual prejudice, human right, adversarial, Avena, Vienna Convention on Consular Relations, Article 36, Article 36.1.b, Medellín, Medellín v. Texas, Sanchez-Llamas v. Oregon, Breard v. Greene, Leal Garcia v. Texas, Gutierrez v. State (Nevada), Torres v. Oklahoma, Florence Cassez, Justice Zaldívar.

Sumario

I. Introducción; II. El marco del derecho a la información consular y el contexto de la disputa en Avena; III. Estándares en torno al derecho a la información consular en Estados Unidos; IV. Estándares en torno al derecho a la información consular en México; v. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. Introducción

El derecho a la información consular, reconocido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es un derecho poco conocido en realidad, a diferencia de otros derechos que tiene un acusado en un proceso penal, por ejemplo. Paradójicamente, muchos de los casos que envuelven su aplicación despiertan la atención de la sociedad y los medios de comunicación, ya que involucran a extranjeros a quienes se atribuye responsabilidad por delitos sumamente graves y odiosos. La determinación que se tome en cuanto a su alcance, puede convertirse, precisamente, en la diferencia entre la vida y la muerte de una persona o su libertad o permanencia prolongada en prisión. Debido a esto, el cumplimiento de este derecho ha sido motivo de disputas entre países, ha provocado intensas discusiones en los órganos de impartición de justicia y ha movilizó a algunos sectores de la sociedad. Por otra parte, la asistencia consular, si bien ligada al derecho a la información consular, ha sido confundida por nuestros tribunales, a pesar de ser un derecho distinto.

La cuestión del derecho a la información y a la asistencia consulares no es nueva para México; de hecho, nuestro país ha tenido un papel protagónico en la comunidad internacional por la defensa del derecho de los mexicanos que se encuentran en el exterior, a ser informados por las autoridades competentes sobre su derecho a recibir asistencia y protección de su Consulado.¹ A pesar de estos esfuerzos, se ha terminado con la vida de dos mexicanos en años recientes, José Ernesto Medellín Rojas (2008) y Humberto Leal García (2011) en Estados Unidos, y algunos otros están a un paso de la ejecución. No obstante, en el ámbito interno en México, el tema ha tenido relevancia y despertado interés a raíz del proyecto de amparo² presentado por el ministro de la SCJN, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en relación con el caso

¹ Al respecto, véase Corte IDH, 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, serie A, núm. 16, y Corte Internacional de Justicia, *Caso Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 31 de marzo de 2004, CIJ, Reportes 2004, p. 12.

² Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011, Quejosa y Recurrente Florence Marie Louise Cassez Crepin*, Ponente: min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 99. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf>, (visitada el 12 de octubre de 2012).

de la ciudadana francesa Florence Cassez, sentenciada a 60 años de prisión y cuyo proceso judicial aún sigue su curso.

El caso Cassez constituye la primera oportunidad que la SCJN ha tenido para pronunciarse sobre los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención de Viena, a diferencia de las ocasiones en que la Suprema Corte de Estados Unidos ha contado para el mismo propósito. Esta disparidad en el tiempo y la consecuente falta de estándares claros en la aplicación de estos derechos en México ha sido aprovechada, precisamente, por la propia Suprema Corte de Estados Unidos para argumentar la inexistencia de estándares recíprocos y, por lo tanto, negar judicialmente las reparaciones por violaciones al artículo 36 en perjuicio de los mexicanos que se encuentran en ese país. En este contexto, la importancia de la decisión que la SCJN tome sobre el tema no sólo significa un paso hacia la consolidación de estándares compatibles con la protección de los derechos humanos en nuestro país, sino que, por otra parte, constituye una herramienta argumentativa para la protección de los derechos de los mexicanos en el sistema judicial de Estados Unidos.

Por eso, este ensayo intentará explicar los estándares en México y en Estados Unidos en torno al derecho a la información consular contenido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por medio del análisis de las decisiones relevantes que los han forjado. Además, se expondrá que la confusión en la SCJN sobre los derechos a la información y a la asistencia consular puede minar la eficacia de los estándares que en su caso se fijen para proteger los derechos de las personas extranjeras en nuestro país.

Para propósitos de claridad, se usará la terminología empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para referirse a los derechos comprendidos en el artículo 36. En ese sentido, el derecho a la *información consular* “es el derecho del *nacional del Estado que envía*, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, ‘sin dilación’”,³ que tiene derecho a que se notifique a su Consulado sobre su detención y a mantener comunicación con éste.⁴ Por su parte, el derecho a la *asistencia consular* “es el derecho de *los funcionarios consulares del Estado que envía* a proveer asistencia a su nacional”,⁵ y el derecho a la comunicación consular es el “*derecho de los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía* a comunicarse libremente”.⁶

³ Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 5.a, *op. cit.*

⁴ En este sentido, la CIJ utiliza la palabra *información* para hacer referencia a que a un individuo se le haga saber sobre sus derechos contenidos en el art. 36.1.b. Véase *Avena*, párr. 18.

⁵ Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 5.c (la Corte IDH cita los artículos 5° y 36.1.c de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares como fundamento de esta conclusión).

⁶ *Ibid.*, párr. 5.d (la Corte IDH cita los artículos 5°, 36.1.a y 36.1.c para esta definición).

Además, la expresión *notificación consular* se empleará en este ensayo para referirse a la comunicación que se dirige a la oficina consular para los propósitos de informar de la detención de sus nacionales.⁷

II. El marco del derecho a la información consular y el contexto de la disputa en *Avena*

Como ya se anotó, el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 establece, entre otras cosas, el derecho de un nacional extranjero a ser informado del derecho que le asiste de contactar a su Consulado, si así lo decide.⁸ La extensión y alcance de este derecho fue motivo de disputa entre México y Estados Unidos en el caso *Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)* ante la CIJ y lo ha seguido siendo para el cumplimiento de esta decisión en el ámbito interno estadounidense. La decisión de la CIJ en *Avena* ha sido considerada en varias decisiones de tribunales estadounidenses, como se analizará más adelante en este ensayo. Por ello, es necesario poner en contexto la situación de los mexicanos sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos y los motivos que llevaron a México a demandar a ese país ante el máximo órgano judicial universal.

Al momento de la presentación de la demanda ante la CIJ, el 9 de enero de 2003, 54 mexicanos habían sido sentenciados a la pena de muerte en Estados Unidos y cuatro más “habían sido ejecutados en circunstancias en las que sus derechos a la protección consular habían sido violados”.⁹ Al momento de los argumentos orales en el caso *Avena*, había 52¹⁰ mexicanos en el corredor de la muerte: 28 en California, 15 en Texas, 3 en Illinois y uno en Arizona, Arkansas, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregón, respectivamente. Cincuenta de ellos nunca fueron informados por las autoridades competentes de sus derechos amparados por el artículo 36 de la Convención de Viena, y los dos restantes no fueron informados sin demora, como lo requiere también la Convención. Además, en 29 de los 52 casos, el gobierno de México

⁷ La CIJ utiliza esta expresión para propósitos de claridad en la exposición de los argumentos. Véase *Avena*, párr. 18.

⁸ Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía.

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía [...] b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado [...]. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

⁹ Juan Manuel Gómez-Robledo V., “El caso *Avena* y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/5/art/art6.htm>>, (visitada el 12 de octubre de 2012).

¹⁰ México retiró dos casos cuando “al momento de analizar la Contramemoria de los Estados Unidos, reveló que [el nacional Enrique Zambrano Garibi] pose[ía] la doble nacionalidad y no [podía] por ende acogerse a los beneficios del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y, el Segundo [mexicano Pedro Hernández Alberto] había recibido asistencia consular antes de su interrogatorio”. *Idem*.

se enteró de la detención de sus nacionales tardíamente, una vez que ya habían sido sentenciados. En los 23 casos restantes, México tuvo conocimiento de sus detenciones por medios no oficiales.¹¹

Debido a estas violaciones, y considerando que el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye una “oportunidad de preparar adecuadamente [una] defensa y contar con un juicio justo,¹² México ejerció su derecho a proveer protección diplomática a sus nacionales, demandando a Estados Unidos ante la CIJ y haciendo suyos los reclamos de justicia de 52 mexicanos para presentarlos en nombre propio. La CIJ determinó, *inter alia*, que Estados Unidos violó el artículo 36.1.b de la Convención al no informar sin demora a los 51¹³ mexicanos nombrados en *Avena* sobre sus derechos, conforme a la Convención de Viena. Por ello ordenó a Estados Unidos, como forma de reparación, revisar y reconsiderar, por los medios de su elección, las sentencias condenatorias impuestas a los nacionales mexicanos nombrados en ese fallo.¹⁴ La CIJ también recordó que, como lo determinó en el caso *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*,¹⁵ el artículo 36.1 crea derechos individuales para los nacionales extranjeros, y la violación de esos derechos implica la violación de los derechos del Estado del cual son nacionales y viceversa.¹⁶

III. Estándares en torno al derecho a la información consular en Estados Unidos

a) La cuestión de la individualidad de los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención

Debido a que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 es, en términos generales, un tratado de tipo tradicional,¹⁷ es decir, un acuerdo en el que básicamente se establecen derechos y obligaciones entre los Estados, una de las preguntas que han envuelto al

¹¹ Véase *Avena*, párrs. 15 y 19.

¹² Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 122, *op. cit.*

¹³ El caso de Ramón Salcido Bojórquez se excluyó porque México no pudo probar que Estados Unidos violó sus derechos conforme al artículo 36.1.b. Véase *Avena*, párrs. 66, 74, 90.

¹⁴ Véase *ibid.*, párr. 153(9).

¹⁵ *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 27 de junio de 2001, CIJ, Reportes 2001, p. 466.

¹⁶ Véase *Avena*, párr. 40.

¹⁷ La Corte IDH, por ejemplo, hace notar este concepto al mencionar que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de *tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo (sic) de los Estados contratantes*. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cursivas añadidas). Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párr. 29.

artículo 36 es justamente si esta disposición garantiza derechos para las personas extranjeras o si éstos son derechos que corresponden exclusivamente a los Estados.

Como ya se apuntó, la CIJ determinó en *LaGrand*, y reiteró en *Avena*, que el artículo 36.1 crea derechos individuales para los nacionales extranjeros.¹⁸ De la misma forma, la Corte IDH concluye que “el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor”.¹⁹ Sin embargo, esta visión del artículo 36 no es tan clara para los tribunales de Estados Unidos.

Mientras el caso del mexicano José Ernesto Medellín —ejecutado en Texas y protegido por *Avena*— aún se encontraba en consideración de un panel de jueces del Quinto Circuito con sede en Nueva Orleans, Louisiana, para que se le autorizara apelar la decisión de la Corte de Distrito para el sur de Texas que negó su petición de *habeas corpus*, la CIJ publicó su decisión en *Avena* el 31 de marzo de 2004. Sin embargo, el panel resolvió el 20 de mayo de 2004 que, a pesar de las decisiones en *LaGrand* y *Avena*, estaba obligado a seguir sus propios precedentes, en los que se señalaba que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no confería derechos individuales, a menos que el pleno²⁰ del Quinto Circuito o la Suprema Corte determinaran lo contrario.²¹

Dos años después, en el caso *Sanchez-Llamas vs. Oregon*,²² la Suprema Corte de Estados Unidos dejó pasar la oportunidad de analizar —quizá para bien— si el artículo 36 establece derechos individuales; sin embargo, asumió —sin decidir— que este artículo confiere derechos individuales a los nacionales extranjeros que pueden ser invocados en un proceso judicial. Al omitir esta determinación, la Corte simplemente analizó si los peticionarios tenían derecho a una reparación judicial por la violación al artículo 36 y concluyó que no, ya que, aun asumiendo que el artículo 36 crea derechos individuales, la doctrina de preclusión procesal (*procedural default doctrine*) que existe en Estados Unidos, impide la revisión de sus casos.²³

Precisamente las reglas de preclusión procesal fueron uno de los motivos fundamentales de controversia entre México y Estados Unidos en *Avena*, y hasta hoy siguen siendo el mayor obstáculo al que distintos peticionarios se enfrentan para revisar sus casos sobre la base de violaciones al artículo 36 de la Convención.

¹⁸ Véase *Avena*, párr. 40.

¹⁹ Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 84.

²⁰ Las Cortes de Circuito federales en Estados Unidos trabajan en paneles, generalmente en grupos de tres jueces, y en pleno (*en banc*).

²¹ Véase *Medellin vs. Dretke*, Reporte Federal, vol. 371, serie 3, 5° Cir., 2004, p. 280.

²² *Sanchez-Llamas vs. Oregon*, U.S. Reports, vol. 548, 2006, p. 331.

²³ Véase *idem*, párrs. 337, 343.

b) Las reglas de preclusión procesal y la obligación de dar efecto a los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención

La regla de preclusión procesal establece que a “un acusado, que pudo hacer valer una cuestión legal durante su juicio [en primera instancia], pero que no lo hizo, no le será permitido generalmente hacerla valer en futuros procedimientos, en apelación o en una petición de *habeas corpus*”;²⁴ es decir, tratándose de cuestiones relativas al artículo 36 de la Convención, un nacional extranjero que no las haga valer en la primera oportunidad judicial que tenga, quedará impedido de hacerlo en el futuro.

En el caso *Sanchez-Llamas*, la Suprema Corte de Estados Unidos apunta que la conclusión de la CIJ en *LaGrand* y *Avena* respecto a que la aplicación de las reglas de preclusión procesal por las cortes estadounidenses impidieron darle pleno efecto jurídico al artículo 36, pasa por alto la importancia de dichas reglas en un *sistema adversarial*, el cual depende sobre todo de *las partes* para hacer valer las cuestiones jurídicas relevantes y presentarlas a las cortes para su decisión en tiempo y forma apropiados.²⁵ Además, para fortalecer este argumento, la Suprema Corte cita la opinión concurrente del juez Antonin Scalia en el caso *Castro vs. United States*²⁶ para señalar que “[n]uestro sistema de justicia está diseñado en torno a la premisa de que las partes conocen lo que es mejor para ellas y son responsables de esgrimir los hechos y argumentos que les beneficien”.²⁷ De esta forma, la Suprema Corte concluye que la interpretación de la CIJ del artículo 36 de la Convención de Viena es incompatible con el marco básico de un sistema adversarial.²⁸

Más aún, respecto a la regla de preclusión procesal, en *Medellin vs. Texas*,²⁹ la Suprema Corte refiere los casos *Breard vs. Greene*³⁰ y *Sanchez-Llamas* para remarcar que “sin una clara expresión en contrario, las reglas de procedimiento del Estado del foro gobiernan la implementación del tratado en ese Estado”.³¹ El caso *Breard*, en 1998, fue el primero³² en el que la

²⁴ *Avena*, párr. 111 (trad. del autor).

²⁵ Véase *Sanchez-Llamas*, p. 356.

²⁶ *Castro vs. United States*, U.S. Reports, vol. 540, 2003, p. 375.

²⁷ *Sanchez-Llamas*, p. 356 (citando la opinión concurrente del juez Antonin Scalia en *Castro*, p. 386) (trad. del autor).

²⁸ Véase *Sanchez-Llamas*, p. 357.

²⁹ *Medellin vs. Texas*, U.S. Reports, vol. 552, 2008, p. 517.

³⁰ *Breard vs. Greene*, U.S. Reports, vol. 523, 1998, p. 371 (decidido *per curiam*). (Nota: las decisiones de las cortes en las que no se señala quién elaboró la opinión se les conoce como *per curiam*. Aunque la traducción en nuestro sistema no tendría sentido, *lit.* “decidido por la corte”, porque a final de cuentas es la corte en su conjunto la que decide, para el sistema estadounidense es importante saber quién elabora una opinión.)

³¹ *Medellin vs. Texas*, p. 517.

³² Posteriormente le siguieron las medidas provisionales ordenadas por la CIJ a favor de los hermanos Karl y Walter LaGrand, véase *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América) (Medidas Provisionales)*, orden de 3 de marzo de 1999, CIJ, Reportes 1999, p. 9. La Suprema Corte en el caso *Federal Republic of Germany vs. United States*, U.S. Reports, vol. 526, 1999, p. 111 (*per curiam*), declinó ejercer su competencia originaria debido a “la solicitud tardía y barreras jurisdiccionales” y a consideraciones respecto a la Enmienda Decimoprimerá. Así, la Suprema Corte se negó a detener la ejecución de los hermanos LaGrand en Arizona, *Federal Republic*, p. 112 (trad. del autor). Es importante destacar que en *Medellin* la Suprema Corte analiza por vez primera una decisión *final* de la CIJ —la decisión *Avena*— en la que la Suprema Corte ya no podría haber argumentado que se trataba de una decisión provisional y no definitiva para no

Suprema Corte se confrontó con una decisión de la CIJ para negar las medidas provisionales ordenadas por ésta a favor de Ángel Francisco Breard, ciudadano paraguayo sentenciado también a muerte.³³ En este caso, la Suprema Corte establece que la regla antes descrita “ha sido reconocida en derecho internacional”³⁴ y que el artículo 36 de la Convención de Viena la reconoce también, al proveer que “las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor”³⁵ y por ello “es la regla en este país que las cuestiones de error en los procesos penales deben hacerse valer en las cortes estatales para formar las bases de una reparación en [una petición de] *habeas corpus*”.³⁶ Toda vez que Ángel Francisco Breard no hizo valer la violación a la Convención de Viena en la corte estatal, éste fracasó en ejercer su derecho de conformidad con las leyes de Estados Unidos y la Commonwealth de Virginia y, por lo tanto, no puede hacer valer esa violación en un proceso federal de revisión *habeas corpus*.³⁷

No obstante estos precedentes que parecerían inamovibles para casos futuros, en una reciente decisión –19 de septiembre de 2012– en el caso *Gutierrez vs. State*,³⁸ la Suprema Corte de Nevada determinó que el mexicano Carlos René Pérez Gutiérrez, sentenciado a pena de muerte y uno de los 51 mexicanos protegidos por el fallo *Avena*, tenía derecho a una audiencia de evidencia, en la que se presentaran argumentos sobre si la falta de asistencia consular le pudo haber causado un perjuicio. La Suprema Corte de Nevada, de una forma creativa, construye el argumento a partir de dos premisas aparentemente similares en el caso *Medellin vs. Texas*. Por un lado, la Corte apunta que tanto en *Medellin* como en *Leal Garcia vs. Texas*,³⁹ la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que ni *Avena* ni el Memorándum del ex presidente George W. Bush⁴⁰ constituyen derecho federal al cual las reglas de preclusión procesal deban subordinarse; sin embargo –continúa la Corte de Nevada–, la Suprema

cumplir, como aparentemente quiso hacer parecer en *Breard*: “Es infortunado que esta cuestión se presente ante nosotros estando pendientes todavía procedimientos ante la CIJ [...] Si el Gobernador [de Virginia] desea esperar a la decisión [final] de la CIJ, esa es su prerrogativa. Sin embargo, nada en nuestros precedentes nos permite tomar esa decisión por él”. Véase *Breard*, p. 378.

³³ Véase Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*Paraguay vs. Estados Unidos de América*) (*Medidas Provisionales*), orden de 9 de abril de 1998, CIJ, Reportes 1998, p. 248.

³⁴ *Breard*, p. 375.

³⁵ *Idem* (citando la primera parte del artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

³⁶ *Idem* (trad. del autor).

³⁷ Véase *ibid.*, párrs. 375-376.

³⁸ *Gutierrez vs. State*, 53506, 2012 WL 4355518 (Nev. Sept. 19, 2012) (Nota: A la fecha, al caso aún no se le ha asignado un número o forma oficial de citar, por ello, la única referencia proviene del buscador legal Westlaw).

³⁹ *Leal Garcia vs. Texas*, U.S. Reports, vol. 564, 2011. Humberto Leal fue ejecutado el 7 de julio de 2011 en la prisión de Huntsville, Texas. Es hasta la fecha el último mexicano asesinado por autoridades estadounidenses en contravención al fallo *Avena*.

⁴⁰ Memorándum al procurador general, disponible en <<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2005/02/20050228-18.html>>, (visitada el 10 de octubre de 2012). Por medio de este memorándum, el entonces presidente George W. Bush instó a los gobiernos de los estados a cumplir con la decisión de *Avena* en los siguientes términos: “He determinado, con base en la autoridad investida en mí como presidente por la Constitución y las leyes de Estados Unidos de América, que los Estados Unidos cumplirán sus obligaciones internacionales establecidas en la decisión [*Avena*] de la CIJ, haciendo que las cortes estatales den efecto a la decisión de acuerdo con los principios generales de reconocimiento de sentencias [comity] en los casos de los 51 mexicanos nombrados en esa decisión” (trad. del autor).

Corte de Estados Unidos también apunta que ni Medellín ni Leal demostraron haber sufrido un perjuicio debido a la falta oportuna de acceso consular. Por otra parte, la Suprema Corte de Nevada –para continuar formulando su argumento– cita la opinión concurrente del juez John Paul Stevens en *Medellin vs. Texas*, quien analiza la decisión de la Corte de Apelaciones de Oklahoma en el caso *Torres vs. Oklahoma*, y señala que este estado asumió la carga de cumplir con la decisión de la CIJ ordenando una audiencia de evidencia para determinar si Osvaldo Netzahualcóyotl Torres Aguilera –sentenciado a muerte y protegido también por *Avena*– había sufrido perjuicio por la falta de información y asistencia consulares.⁴¹ De esta manera, la Suprema Corte de Nevada establece que, “si bien es cierto que sin un acto de implementación del Congreso las reglas de preclusión procesal estatales no tienen que subordinarse al fallo *Avena*, éstas lo pueden hacer si se puede demostrar un perjuicio real”.⁴²

Los casos mencionados se enmarcan en el contexto de la doctrina de la preclusión procesal, ya que todos se refieren a situaciones en las que los peticionarios no invocaron violaciones al artículo 36 de la Convención en su primera oportunidad judicial. Así, el único caso hasta ahora que se refiere a las *consecuencias* de la violación al derecho a la información consular cuando oportunamente se hace valer, es justamente *Sanchez-Llamas vs. Oregon*. Este caso establece por un lado –como ya se anotó– el impedimento que tiene una persona para que su caso sea revisado por violaciones al artículo 36, si no se invocaron en tiempo; pero por el otro, analiza si el artículo 36 incluye la supresión de evidencia como una forma de reparación judicial a esta violación.

Moisés Sánchez-Llamas, nacional mexicano no protegido por el fallo *Avena*, sí hizo valer en primera instancia el argumento de violaciones al artículo 36 de la Convención, al no haber sido informado del contenido de este precepto por las autoridades policiacas que lo detuvieron e interrogaron. Debido a este hecho, solicitó en la Corte de primera instancia la exclusión de las declaraciones hechas a la policía. Sánchez Llamas argumentó, además, que si bien el artículo 36, aun interpretándolo en el sentido de darle “pleno efecto”, pudiera no amparar la exclusión de la evidencia, sí exigía algún tipo de reparación judicial (*judicial remedy*). La Suprema Corte concluyó que aún si Moisés Sánchez-Llamas estuviera en lo cierto, sobre que el artículo 36 implícitamente⁴³ establece una reparación judicial por violaciones a este derecho, la Convención igualmente menciona que los derechos consignados en ese artículo deben ser ejercidos de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor. En nuestra ley nacional –continúa la Corte– la regla de exclusión no es una cuestión que se aplique ligeramente. “Debido a que los costos sociales de la regla son considerables, la supresión sólo se

⁴¹ Al respecto véase *Medellin*, Opinión Concurrente del juez Stevens (citando y analizando *Torres vs. Oklahoma*, Corte de Apelaciones Criminales de Oklahoma, Núm. PCD-04-442, 13 de mayo de 2004).

⁴² *Gutierrez*, p. 1 (trad. del autor).

⁴³ En términos generales, la interpretación que prevalece en la Suprema Corte es que el tratado debe contener lenguaje textual sobre el asunto en cuestión. Así, por ejemplo, en *Sanchez-Llamas* la Corte señala que no puede crear una reparación judicial sin algún apoyo en la Convención, que la Corte no encuentra a final de cuentas. Véase *Sanchez-Llamas*, p. 346. En *Medellin*, parte de la discusión para considerar como obligatoria una decisión de la CIJ se centró en que los tratados analizados no contenían una expresión que señalara que las decisiones de la CIJ eran obligatorias para los Estados. Véase *Medellin*, pp. 507-514.

garantiza cuando ‘los objetivos de la reparación sirvan más eficazmente [a la sociedad]’.⁴⁴ Así, la Corte establece que aplica la regla de exclusión principalmente como medida para evitar violaciones constitucionales, en particular cuando se trata de violaciones a la Cuarta Enmienda, y en el caso de confesiones extraídas por la policía en violación al derecho de no autoincriminarse o al debido proceso. Por ello, la supresión de las declaraciones hechas a la policía sería sumamente desproporcionada como reparación judicial por esta violación.

La Suprema Corte considera además que “[u]n extranjero detenido como sospechoso de un crimen, como cualquier otra persona en nuestro país, goza de la protección del debido proceso que le otorga nuestro sistema. Entre otras cosas, tiene el derecho de un abogado y a protegerse contra la autoincriminación [...] El artículo 36 agrega muy poco a estas ‘opciones legales’ [...]” y, por lo tanto, los efectos que el peticionario Sánchez-Llamas atribuye al artículo 36, ya se encuentran amparados por otros derechos constitucionales y requerimientos legales.⁴⁵

c) Comentarios a los estándares de Estados Unidos

Como se aprecia en esta revisión de los casos en torno al derecho a la información y asistencia consulares en Estados Unidos, los estándares de revisión por violaciones al artículo 36 no están del todo sentados, aunque ya se ha trazado un camino que difícilmente se deshará, como en el caso de las reglas de preclusión procesal y los efectos prácticos en que se traduce una violación de este tipo, aun si se invoca en la primera oportunidad procesal.

De los casos analizados se desprende que, aunque la Suprema Corte haya asumido y no decidido que el artículo 36 establece derechos individuales (quizá porque la consecuencia natural es que su violación conlleva necesariamente una reparación),⁴⁶ en los hechos parecería que esta cuestión difícilmente sería un punto litigioso en un caso futuro.⁴⁷ Más bien, el asunto central de la discusión lo constituye la regla de preclusión procesal y los motivos por los cuales un caso puede ser revisado. Por lo tanto, la decisión de la Suprema Corte en *Sanchez-Llamas* de reconocer, en principio, que el artículo 36 crea derechos individuales para un extranjero exigibles en un proceso judicial, pudiera hacer pensar que efectivamente un extranjero tiene ese derecho en Estados Unidos aunque limitado, es decir, siempre y cuando la violación se haga valer en la primera oportunidad. Sin embargo, el propósito del artículo 36 de la Convención es que todos los extranjeros detenidos sean informados sin dilación de su derecho a comunicarse y, en su caso, a ser asistidos por su Consulado, con base en la presunción de que los detenidos *no* están conscientes de este derecho; por ello la carga de informar al detenido

⁴⁴ *Sanchez-Llamas*, p. 348.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 350.

⁴⁶ Véase *Marbury vs. Madison*, U.S. Reports, vol. 5 (1 Cranch), 1803, p. 163 (estableciendo que para cada violación de un derecho debe corresponder necesariamente una reparación).

⁴⁷ En *Medellin*, la Suprema Corte señala que no es necesario resolver si la Convención de Viena provee derechos individuales a José Ernesto Medellín y, en consecuencia, cita a *Sanchez-Llamas* para volver a señalar que “asumen sin decidir” que sí los establece. Véase *Medellin*, p. 506, núm. 4. Con ello, parecería confirmarse que la Suprema Corte aceptaría tácitamente que el artículo 36 establece ciertos derechos cuyos titulares son también las personas.

corresponde a las autoridades. Sin embargo, si un detenido no es informado y, por lo tanto, no puede hacer valer judicialmente este derecho en tiempo, estará entonces impedido procesalmente (*precluded*) de argumentar violaciones al artículo 36 más adelante en el proceso. En este sentido, la posibilidad de que un extranjero exija judicialmente este derecho se vuelve ilusoria, justamente por no atacar la violación real, que es la falta de las autoridades policiales de informar al detenido de este derecho sin dilación.

De esta forma, las reglas de preclusión procesal así aplicadas son contrarias a los estándares establecidos en *LaGrand* y *Avena* por la CIJ, en el sentido de darle pleno efecto jurídico a las disposiciones contenidas en el artículo 36, es decir, que éstas tengan un “efecto útil”⁴⁸ conforme al propósito para el cual fue diseñado. No obstante, Estados Unidos difiere de los estándares fijados por la CIJ, ya que, para la Suprema Corte estadounidense, la CIJ malentiende la importancia de las reglas de preclusión procesal en un sistema adversarial. Es decir, para el máximo órgano judicial de Estados Unidos, el *proceso*⁴⁹ está por encima de darle pleno sentido y efecto jurídico al artículo 36 de la Convención, lo que en palabras de la Corte IDH sería “sacrificar la justicia en aras de meras formalidades”.⁵⁰ La Suprema Corte entonces, considera que no está obligada a cumplir con la Convención como la CIJ la interpreta, ya que, bajo la Constitución de los Estados Unidos “el Poder Judicial federal está investido en una

⁴⁸ La Corte IDH reconoce el principio del efecto útil desde su primera decisión contenciosa, en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras (Excepciones Preliminares)*, 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, párr. 30 (“la Convención debe interpretarse de manera de darle [*sic*] su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo ‘su efecto útil’”), y en su jurisprudencia constante, véase, e. g., *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá (Competencia)*, 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104, párr. 67 (citando además el caso *Corfu Channel*, Sentencia de fondo del 9 de abril de 1999, CIJ, Reportes 1999, p. 24, “la Corte, al determinar la naturaleza y el alcance de una medida, debe observar su efecto práctico en lugar del motivo predominante que se conjetura la inspiró”).

⁴⁹ Vale la pena comentar que la afirmación de la Suprema Corte en relación con que “ha sido reconocido en derecho internacional que las reglas de procedimiento del Estado del foro gobiernan la implementación del tratado en ese Estado”, encierra dos errores. El primero, suponer que los tratados tienen que contener en su texto reglas de implementación domésticas, lo cual no corresponde regular al derecho internacional sino al derecho interno. El segundo error es una confusión entre tratados de derecho internacional privado y tratados de derecho internacional público. La Suprema Corte, para sustentar esa afirmación, cita decisiones en las que analizó tratados que corresponden exclusivamente al ámbito del derecho internacional privado, e. g. las Convenciones de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial. La distinción entre tratados de derecho internacional público y derecho internacional privado es importante y no caprichosa. En esencia, los tratados que corresponden al derecho internacional privado, *no crean derechos sustantivos* para las personas, en cambio, resuelven conflictos entre esos derechos. En otras palabras, estos tratados, en su mayoría, constituyen un mecanismo para hacer valer derechos sustantivos, cuando, por ejemplo, un demandante se encuentra en una jurisdicción nacional distinta a la del demandado. En contraste, los tratados de derecho internacional público *crean derechos sustantivos* ya sea para los Estados, las personas o ambos. Por ello, las reglas que gobiernan el *proceso* que ha de seguirse en el extranjero se dejan a la jurisdicción en la cual esos actos se ejecutarán o en la que se tendrá que tomar una decisión, ya que lógicamente un tratado no podría señalar qué procedimientos (recursos, tiempos, efecto de las sentencias, etc.) tienen que emplear los sistemas judiciales de cada Estado para cumplir con el objeto y fin del mismo. *En este contexto*, resulta perfectamente sensato estipular que “las reglas del Estado del foro gobiernan la implementación del tratado en ese Estado”. No obstante, la Suprema Corte no entiende la frase en este contexto, sino de una manera ilimitada y aplicable a todos los tratados indistintamente.

⁵⁰ Al respecto, véase Corte IDH, *Caso Cayara vs. Perú (Excepciones Preliminares)*, sentencia del 3 de febrero de 1993, serie C, núm. 14, párr. 42 (“Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades”).

Suprema Corte [...] y la labor de éste es decidir ‘lo que la ley es’. Si los tratados van a tener efectos de ley federal en nuestro sistema jurídico, la determinación de su significado [...] ‘es enfáticamente la labor del poder judicial’ encabezado por la ‘única suprema Corte’ establecida por la Constitución”.⁵¹

A pesar de estas desafortunadas decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos, no significa que no haya formas de mirar estas cuestiones desde una óptica distinta, justamente como lo hizo la Suprema Corte de Nevada en el caso del connacional Carlos René Pérez Gutiérrez. Como es típico en el sistema del *common law* estadounidense, las cortes construyen sus argumentos sobre la base de casos existentes, sin cambiar radicalmente de criterio,⁵² sino más bien distinguiendo elementos fácticos y aplicando en consecuencia la regla jurídica que se adecue a ellos.

En el caso *Gutierrez vs. State*, la Suprema Corte de ese estado identifica que un elemento diferenciador entre los casos de Medellín Rojas y Leal García y los de Osvaldo Torres Aguilera de Oklahoma y Carlos Pérez Gutiérrez en Nevada, es el perjuicio real (*actual prejudice*); es decir, debe haber evidencia o indicios de que la falta de información o asistencia consulares se pudieron haber traducido en un perjuicio real. Para aportar evidencia en este sentido –al igual que lo hizo la Corte de Apelaciones de Oklahoma– se debe realizar una audiencia en la que se le dé a los peticionarios la oportunidad de demostrar la forma en que la falta de acceso consular se tradujo en un perjuicio que impactó el desarrollo de su proceso penal.

Aunque el alcance que como fuente de derecho pueda tener esta decisión está por verse, ya que se trata de un caso de una corte local y no federal, la Suprema Corte de Nevada elaboró su decisión de tal forma que, sin duda, tiene más peso jurídico que la que pudiera tener *Torres* de Oklahoma. Inteligentemente, la Corte de Nevada construye su argumento a partir de casos de la Suprema Corte estadounidense y, fundamentalmente de *Medellin*, incorporando además la opinión concurrente del juez Stevens como parte integrante de la decisión. Desde luego, la corte de Nevada hace una interpretación de la decisión *Medellin*, pero ésta encuentra respaldo en una fuente jurídica incuestionable.

En consecuencia, la Suprema Corte de Nevada determina realizar esencialmente lo que la CIJ le ordenó a Estados Unidos que hiciese, es decir, revisar y reconsiderar si la falta de acceso consular se tradujo en un perjuicio para los 51 mexicanos nombrados en *Avena*. En este caso, la Corte de Nevada ordenó que se practique una audiencia en la que se presente evidencia

⁵¹ *Sanchez-Llamas*, pp. 53, 54.

⁵² Nótese, por ejemplo, que la Suprema Corte de Nevada, no cuestiona la existencia de las reglas de preclusión procesal frente a la obligación de dar pleno efecto jurídico al artículo 36 de la Convención, como quizá lo haría otro tribunal en un sistema de tradición civil (romano-canónica). Más bien, la Corte de Nevada distingue situaciones de hecho: por un lado, que José Ernesto Medellín y Humberto Leal García no demostraron que la falta de información y acceso consular les causara un perjuicio y, por el otro, que Carlos René Pérez Gutiérrez sí demuestra que pudo haber sido afectado por la falta de asistencia consular, y por eso es necesaria una audiencia que determine esta cuestión. De esta forma, al advertir esta diferencia en los hechos, la Corte puede aplicar una regla jurídica distinta a aquella determinada previamente por la Suprema Corte.

sobre este punto y, en consecuencia, se dicte la orden que corresponda, pudiendo ser beneficiosa para Carlos René Pérez.⁵³

Por ello, el caso *Gutierrez vs. State* de Nevada es de suma importancia en el marco de la doctrina de la preclusión procesal, ya que abre una ventana argumentativa para los casos de mexicanos y otros ciudadanos extranjeros que no hayan hecho valer en su oportunidad violaciones al artículo 36 de la Convención y que, de otra manera, estarían impedidos de hacerlo.

Por último, respecto a la supresión de declaraciones hechas a la policía como forma de reparación analizada en *Sanchez-Llamas*, es importante destacar que la Suprema Corte hace énfasis en que a Moisés Sánchez-Llamas, por medio de un intérprete, le informaron de sus derechos *Miranda*,⁵⁴ entre ellos el derecho a permanecer en silencio, seguramente pronunciando la famosa frase “todo lo que diga puede ser usado en su contra en una corte”. Sin embargo, la Suprema Corte no toma en cuenta que, aun si el acusado manifiesta que *entiende* lo que significan esas palabras o frases que escucha en su propio idioma, no necesariamente quiere decir que *comprende* cabalmente su alcance por simples que parezcan, ya que en muchas ocasiones encierran conceptos que sólo tienen sentido en un contexto cultural específico. De ahí la importancia de que un extranjero tenga contacto consular lo más pronto posible por cualquier medio, si ésa es su voluntad.

IV. Estándares en torno al derecho a la información consular en México

A diferencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, la Suprema Corte mexicana no había tenido, hasta *Cassez*,⁵⁵ la oportunidad de discutir el alcance de los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención de Viena y de fijar estándares para su aplicación en nuestro país.⁵⁶ Aunque estos estándares existen en derecho internacional y pueden invocarse ante

⁵³ En el caso de Osvaldo Torres en Oklahoma, la Corte de Apelaciones determinó que Torres no pudo establecer el perjuicio respecto a la fase inicial de su juicio en primera instancia. Sin embargo, toda vez que el gobernador del estado conmutó la pena persuadido por *Avena*, cualquier perjuicio sufrido se subsanó con esta decisión ejecutiva. Véase *Medellin*, Opinión Concurrente del juez Stevens, pp. 536-537, núm. 4.

⁵⁴ Véase *Sanchez-Llamas*, pp. 339-340.

⁵⁵ Florence Cassez, ciudadana francesa, fue acusada de pertenecer a la banda de Los Zodiacos y procesada por los delitos de secuestro, delincuencia organizada y posesión de armas de uso exclusivo del ejército. Fue condenada en primera instancia a 96 años de prisión; posteriormente, en la apelación, se confirmó su condena, pero se le redujo a 60 años. El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito (ciudad de México) negó el amparo a la quejosa, por lo que la ciudadana Cassez solicitó un recurso de revisión ante la Suprema Corte, el cual fue admitido. Véase Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2. Los ministros no llegaron a un acuerdo respecto a los efectos del amparo; es decir, sobre el alcance de las reparaciones a las violaciones al artículo 36 de la Convención, entre otros aspectos.

⁵⁶ Durante la audiencia del caso *Medellin* (10 de octubre de 2007) en la Suprema Corte de Estados Unidos, el representante del estado de Texas (Solicitor General) expresó que “[s]i yo me encontrara en México arrestado y sin notificación consular, no podría hacer valer esta cuestión en México. Los tribunales mexicanos no considerarían este argumento como parte de mi defensa en un juicio penal”. La juez Ruth Bader Ginsburg cuestionó si el representante texano conocía de un caso que sustentara su afirmación. Ante la negativa, la juez Ginsburg señaló que quizá el caso aún no había llegado. Véase *Medellin vs. Texas Oral Argument*, transcripción de la audiencia, disponible en <<http://www.oyez.org/cases/2000->

los jueces mexicanos por diversos medios,⁵⁷ no está claro aún cuáles serán los que al final terminarán aplicándose en México, ya que algunos de los fijados por el proyecto del ministro Zaldívar no fueron compartidos por la mayoría.

Es necesario destacar, sin embargo, que el proyecto perdió la oportunidad de hacer un análisis más profundo y serio de los derechos que amparan al extranjero cuando es detenido. Desgraciadamente para el desarrollo de los estándares sobre estos derechos en nuestro país, el proyecto comete una serie de imprecisiones derivadas de una mala lectura de la Opinión Consultiva “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” (OC-16) de la Corte IDH y del *Caso Avena* de la CIJ. En consecuencia, el documento del ministro Zaldívar parte de la base de que todos los derechos contenidos en el artículo 36 son derechos humanos, es decir, que su titularidad y exigencia corresponden al individuo. Además, parece confundir el derecho a la *información* consular con el derecho a la *asistencia* consular.

Así, por ejemplo, el proyecto señala que la CIJ, en el *Caso Avena*, “reconoció que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares consagra *un verdadero derecho fundamental* para los individuos detenidos en el extranjero y que los Estados deben propiciar todas las medidas posibles que otorgue su ordenamiento jurídico a fin de reparar a los extranjeros las violaciones a este derecho”⁵⁸ (cursivas añadidas). Sin embargo, la CIJ no solamente no reconoció, sino que expresamente declinó calificar si los derechos contenidos en el artículo 36 constituyen derechos humanos.⁵⁹ Además, México, en su solicitud, no requiere en ningún momento que la Corte se pronuncie sobre si *todos* los derechos que se derivan del artículo 36 son derechos humanos; *únicamente* sobre si los derechos a la *información* y *comunicación* consulares constituyen un derecho humano⁶⁰ y es sobre éstos que la CIJ decide no pronunciarse.

El proyecto señala también que “la Corte Interamericana no dudó en señalar que el derecho a la *asistencia consular*, tal como lo dispone el artículo 36 de la Convención de Viena, es parte del *corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo*, ya que dota a los extranjeros detenidos de derechos individuales que son la contraparte de los debe-

2009/2007/2007_06_984>, (visitada el 14 de octubre 2012) (trad. del autor). La juez Ginsburg tenía finalmente razón. El caso se presentó hasta Cassez.

⁵⁷ La Constitución en su artículo 1º 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”. Además, derivado del expediente *Varios 912/2010, Caso Rosendo Radilla Pacheco*, la SCJN determinó que las decisiones de la Corte IDH, en casos en los que México no sea parte, son orientadoras para todos los jueces del país. Véase “Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución Federal”. Tesis: P. LXVI/2011 (9ª), Aislada, Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 550.

⁵⁸ Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 99.

⁵⁹ Véase *Avena*, párr. 124 (“Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide”).

⁶⁰ *Idem*.

res correlativos *del Estado anfitrión (sic)*⁶¹ (cursivas añadidas sólo en la primera y última parte). Este párrafo denota justamente la confusión entre el derecho a la información consular –un derecho individual, un derecho de la persona extranjera– y el derecho a la asistencia consular, que es un derecho del Estado que envía a prestar dicha asistencia a sus nacionales. Dejando de lado que la Corte IDH no llegó a la conclusión que apunta el proyecto,⁶² el anterior planteamiento asume en consecuencia que el derecho a la asistencia consular es un derecho humano⁶³ y, por lo tanto, el corolario necesariamente es que todos los Estados están obligados a prestarla a sus nacionales.

Basándose en esta presunción, el proyecto propone que “la posibilidad de que un extranjero pueda ser oído públicamente, en condiciones de plena igualdad y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, depende –*de forma absoluta*– del presupuesto previo relativo a la asistencia real y efectiva de los miembros de la oficina diplomática (*sic*) de su país”⁶⁴ (cursivas añadidas). En consecuencia, un extranjero –sin excepción y de forma absoluta– tendrá que estar asistido por su Consulado o, de lo contrario, se vulnerará la equidad en el proceso.

Sin embargo, como ya se apuntó, ni la Corte IDH ni la CIJ abordaron la cuestión de si la asistencia consular es un derecho de la persona extranjera exigible a su Estado.⁶⁵ Para las cuestiones relativas al individuo, el enfoque parece centrarse en los derechos a la *información y comunicación* consulares, es decir, el derecho que tiene el extranjero a que se le informe que posee el derecho a contactar a su Consulado y brindarle todos los medios disponibles para lograr este objetivo, por una parte, y el derecho que tiene una persona a transmitir y recibir comunicaciones hacia y desde su Consulado, por la otra.

Es cierto, la CIJ determinó que los derechos contenidos en el artículo 36 son interdependientes, pero únicamente en el contexto de la responsabilidad internacional Estado-Estado.⁶⁶ Es decir, si el Estado *receptor* viola alguno de los derechos contenidos en el artículo 36, no se podría distinguir con certeza cuándo se violan los del nacional extranjero y cuándo los del

⁶¹ Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 99.

⁶² La Corte concluye que “el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos *a cargo del Estado receptor*”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 84. Al Estado receptor no le corresponde brindar asistencia consular, ya que ésta es una prerrogativa del Estado que envía; le corresponde facilitar que esa asistencia se lleve a cabo si las partes están dispuestas a ello. En todo caso, la Corte IDH decide el derecho a la información sobre la asistencia consular, no sobre la asistencia consular misma: “[la Corte IDH es de opinión q]ue el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 141.1

⁶³ Véase además *Proyecto al Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 101 (“Así, el derecho fundamental a la asistencia consular de los extranjeros no puede ser concebido como un mero requisito de forma”).

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 103-104.

⁶⁵ La misma Corte IDH señala: “*Si el Estado que envía decide* brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 86 (cursivas añadidas).

⁶⁶ Véase *Avena*, p. 40.

Estado que envía, precisamente por su propia naturaleza interdependiente. Sin embargo, la CIJ no consideró violaciones a derechos del extranjero cometidas *por su propio Estado*, como pudiera ser el caso de que la asistencia consular no se prestara oportunamente al nacional detenido, suponiendo además que se trate también de un derecho de la persona. No podría haber sido de otra forma, ya que la CIJ sólo resuelve controversias entre Estados, no entre individuos y su propio Estado.

Si una persona tiene o no derecho a que le asista su Consulado, no parece una cuestión que pueda derivarse sencillamente del artículo 36. Sin otra base jurídica en derecho internacional, o por lo menos de una interpretación convincente, corresponde, en todo caso, al derecho interno de los Estados definirlo, y concretamente al Estado que envía. El que México tenga una política de protección muy amplia, y que incluso se pueda considerar la asistencia consular como prerrogativa a la que tiene derecho todo mexicano que se encuentre fuera de nuestro país, no parece ser justificación suficiente para que una corte nacional –y menos la Suprema Corte– concluya, de manera general y sin un razonamiento más amplio, que la asistencia consular es una obligación que corresponde otorgar a todos los Estados de la comunidad internacional y, en consecuencia, sea un derecho exigible por un nacional a su propio Estado, independientemente de que, en el caso concreto, Francia probablemente hubiera estado en condiciones de asistir a su nacional desde el momento mismo de la detención.

Un caso muy distinto sería si la Suprema Corte tuviera que decidir si la asistencia consular es un derecho de los mexicanos y, en consecuencia, una obligación ineludible para el gobierno de México, en caso de presentarse una negativa de nuestro gobierno a prestarle la asistencia a un connacional. Sin embargo, la Suprema Corte, en términos generales, no puede decidir sobre las obligaciones de otros Estados sobre las que no hay acuerdo.

Es pertinente precisar que no pretendo negar la importancia o trascendencia de la asistencia consular. Desde luego, una asistencia oportuna que permita, por ejemplo, recabar pruebas en el país de origen del nacional extranjero, sin duda impacta de manera significativa en su defensa. Pero una cuestión muy distinta es analizar si la falta de *información* consular impactó consecuentemente en la asistencia que un país pudo haber brindado, y otra muy distinta es transformar –no de un razonamiento jurídico, sino de una presunción errónea– derechos de naturaleza distinta y cuyos titulares no son las personas.⁶⁷

La misma Corte IDH señaló que el artículo 36, y en particular los derechos a la información y comunicación consulares, *conciernen* a la protección de los derechos humanos en el sistema.⁶⁸ Es decir, hay ciertos derechos que son indispensables para que otros derechos puedan

⁶⁷ Parecería que la labor de los tribunales nacionales es decidir sobre derechos de las personas y no sobre derechos de los Estados. En este sentido véase generalmente, *Marbury vs. Madison*, p. 170 (“el papel de las cortes es solamente decidir sobre derechos de los individuos”), *Foster vs. Nielson*, U.S. Reports, vol. 27, 1829, p. 314 (señalando que “la labor judicial es generalmente la de decidir sobre derechos de los individuos”).

⁶⁸ Véase Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 87 (“la *comunicación consular* a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente *conciernen* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél”), párr. 140 (“la Corte concluye que las disposiciones interna-

hacerse efectivos. De esta forma, la *información consular* es el derecho primigenio sin el cual todos los demás presupuestos derivados del artículo 36 no pueden activarse, incluida la asistencia consular. Parecería que el ministro José Ramón Cossío –aunque empleando el término equivocadamente también– concordaría con lo anterior al apuntar que “[I]a violación del derecho a la asistencia consular repercute en el respeto de otros derechos procesales y [...] *la obligación de reparar está en función de la violación al derecho humano en cuestión*”⁶⁹ (cursivas añadidas).

Por otra parte, el proyecto propuso estándares que pretenden ser más protectores que los señalados por la CIJ en *Avena* o por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-16 y que en su mayoría son, paradójicamente, los mismos que México solicitó que la CIJ aplicara en el caso *Avena*. Sin embargo, al estar ya definidos en derecho internacional, parecería que la necesidad de ampliarlos en el ámbito interno requeriría de una base fáctica suficiente que lo justificara, más allá de las razones que ya han sido tomadas en cuenta para establecerlos en el derecho internacional.⁷⁰ No pretendo cuestionar, desde luego, si es permisible establecer judicialmente estándares superiores, ya que la respuesta es afirmativa,⁷¹ sino hacer notar que sin un cuestionamiento a un estándar en particular, presentado sobre la base de una violación concreta, parecería muy difícil justificar una ampliación. En ese sentido, el proyecto del ministro Zaldívar no cuestiona los estándares existentes en derecho internacional, sino que los presenta sobre la base de una interpretación general del artículo 36, obviando las consideraciones que tanto la CIJ como la Corte IDH realizaron para algunos de éstos.

Así, por ejemplo, en cuanto al tiempo que puede tardar en proveerse la información consular, el referido proyecto señala que las autoridades deben informar al extranjero detenido o que se encuentre bajo cualquier tipo de custodia, que tiene derecho a contactar a su representación consular, y que la provisión de esta información debe ser *inmediata y no puede ser demorada bajo ninguna circunstancia*.⁷² Por el contrario, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 16,

cionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”) y párr. 141.2 (“el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *conciernen* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía [*en el Estado receptor*] y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos”).

⁶⁹ Véase Acta de la Sesión Pública de 21 de marzo de 2012, Primera Sala de la SCJN, p. 17, disponible en <http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/1ra_listas_actasesion/Actasesepub20120321.pdf>, (visitada el 12 de octubre de 2012).

⁷⁰ En ese sentido, la Corte IDH, para justificar una parte de su decisión en la Opinión Consultiva OC-16/99, señala que “[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. Opinión Consultiva OC-16/99, p. 87.

⁷¹ “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” (cursivas añadidas). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º.

⁷² Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 100.

señaló que la expresión “sin dilación” empleada en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que “el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y *en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad*”⁷³ (cursivas añadidas). Por su parte, la CIJ rechazó justamente el argumento de inmediatez absoluta (*unqualified immediacy*) propuesto por nuestro país⁷⁴ y señaló que, en todo caso, la información consular se debe proveer tan pronto las autoridades se den cuenta de que la persona es un nacional extranjero o cuando haya bases para suponer que, probablemente, lo es.⁷⁵ Aunque la CIJ misma deja entrever que la obligación de informar al extranjero conforme el artículo 36.1.b *no necesariamente* debe ser entendida como inmediatamente al arresto (*contrario sensu*, se puede realizar de forma inmediata a una detención), el hecho de establecer un estándar –como lo hace el proyecto– sin formularlo de manera tal que se pueda adecuar a los hechos concretos de un caso futuro, pudiera traer complicaciones a los tribunales a la hora de aplicarlo, por ejemplo, cuando no resulte evidente para las autoridades que hacen la detención que se trata de un nacional extranjero.

No tiene caso ya analizar el estándar propuesto por el proyecto respecto a que “una asistencia consular efectiva sólo será aquella que se otorgue de *forma inmediata* a la detención del extranjero”,⁷⁶ ya que, en el entendido de que la asistencia consular es un derecho y, en su caso, una obligación del Estado que envía, el tiempo que se tarde en prestarla es atribuible justamente al Estado del cual el extranjero es nacional y, en consecuencia, un tribunal nacional no podría imputar esta circunstancia a las autoridades nacionales, desde luego, siempre y cuando el extranjero haya sido informado oportunamente de su derecho a contactar a su Consulado y se le hayan dado las facilidades para ello. Al confundir los derechos de información y asistencia consulares, el Proyecto obvia que no en todos los casos hay una oficina consular en el país,⁷⁷ y si la hay, no siempre estará en condiciones de brindar una asistencia inmediata, o incluso, pudiera negarse a prestar dicha asistencia consular con base en el propio artículo 36 de la Convención. En consecuencia, aunque la asistencia consular –de acuerdo con el proyecto– es “un presupuesto absoluto” para el debido proceso, en estas circunstancias sería relativo y condicionado a que el Estado aceptara prestarla, por lo que éste no podría ser un estándar aplicable en nuestro país.

Además, el proyecto del ministro Zaldívar no considera que la Convención no obliga a detener todo el proceso hasta en tanto el extranjero reciba dicha asistencia, lo cual, de ocurrir,

⁷³ Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 141.3.

⁷⁴ Véase *Avena*, párr. 78.

⁷⁵ Véase *ibid.*, párr. 88.

⁷⁶ Proyecto del *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 103.

⁷⁷ De 193 países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, únicamente 81 tienen sede diplomática en nuestro país y 75 cuentan con funcionarios consulares en la República mexicana, de los cuales la mayoría son honorarios. Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Misiones Extranjeras Acreditadas en México. Disponible en: <<http://www.sre.gob.mx/acreditadas/>>. Lo anterior significa que hay países que no tienen personal diplomático ni consular en México y, en muchos casos, las relaciones con nuestro país se llevan, ya sea desde otra Embajada con concurrencia en México, o directamente desde la sede de las Naciones Unidas, donde la mayoría de los países tienen una representación permanente.

podría ir en detrimento de otros derechos protegidos por la Constitución. Más aún, tampoco contempla que el derecho que tiene el extranjero a que se informe a su Consulado sobre su detención es renunciable por el extranjero mismo⁷⁸ y, por lo tanto, la necesidad de asistencia consular no puede considerarse un presupuesto *sine qua non* en todos los casos para que la defensa sea adecuada y efectiva.

Es necesario mencionar que quizá el proyecto pudo haber llegado al mismo resultado al que arribó, desarrollando el impacto que la falta de información consular oportuna –que es el derecho de la persona– provoca en el disfrute de otros derechos, y dejar para otra ocasión el análisis de otras cuestiones, como la asistencia consular como derecho humano. La determinación de la asistencia consular como derecho humano, es decir, el derecho de una persona a recibir y, en consecuencia, a exigir a su Estado que se le asista en el extranjero, y la correspondiente obligación *ineludible* del Estado a proporcionarla, no es una cuestión menor, ya que no hay una obligación establecida en derecho internacional ni una decisión de ninguna corte internacional en este sentido. Su determinación, en consecuencia, tendría que ser producto de la interpretación judicial que tiene que darse sobre la base de una discusión seria, no sólo sobre suposiciones o presunciones.

Además, el caso Cassez no era quizá, después de todo, el mejor caso para tratar de desarrollar *todo* el contenido de los derechos que ampara el artículo 36 en nuestro país. Seguramente vendrán otros casos que permitan fijar estándares sobre la interpretación de estos derechos. Así, por ejemplo, el 22 de agosto de 2012 la Primera Sala de la SCJN –por unanimidad– decidió ejercer su facultad de atracción respecto del caso de un nacional colombiano, quien fue sentenciado sin que en ningún momento, al parecer, se le informara de su derecho a contactar con su Consulado.⁷⁹ Si esto resultase así, los hechos se asemejarían a los de algunos de los mexicanos protegidos por *Avena*, quienes fueron sentenciados sin que en ningún momento se les comunicara su derecho conforme al artículo 36.1.b. En ese sentido, será muy interesante conocer los estándares de revisión judicial que se generarán seguramente para este tipo de casos.

Por eso, cuando hay una violación a este derecho, corresponde a un tribunal sopesar en qué medida la violación afectó el debido proceso, y darle significado y sentido jurídico a esta disposición convencional para que no se convierta en un mero formalismo y se tomen en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. En consecuencia, no todas las violaciones al artículo 36 pueden conducir automáticamente a la anulación de todo el proceso, como lo propone el proyecto. De ser así, no tendría sentido diferenciar –para efectos de reparaciones– Cassez y el caso del nacional colombiano que se discutirá próximamente, aunque las circunstancias y hechos particulares sean distintos (al último nunca se le informó de su derecho, al parecer), pues irremediamente cualquier violación traería como consecuencia la anulación

⁷⁸ “Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado.” Artículo 36.1.b de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares.

⁷⁹ Véase *Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 222/2012*, Solicitante: Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, Ponente: min. Olga Sánchez Cordero.

de todo el proceso y su libertad inmediata. En ese sentido, la posición del ministro Cossío⁸⁰ de revocar el fallo del colegiado y ordenar que se dicte una nueva sentencia en la que no se tomen en cuenta las declaraciones en las que Florence Cassez careció de asistencia consular, se asemeja más a lo ordenado por la CIJ a Estados Unidos de revisar y reconsiderar si la violación al artículo 36 causó, en efecto, un perjuicio a los mexicanos nombrados en *Avena*, en cada caso concreto.

A pesar de los errores e imprecisiones discutidos, el proyecto acierta al poner en contexto las dificultades que un extranjero enfrenta en un sistema de justicia que le es extraño y, por lo tanto, se justifica una protección mayor para lograr la igualdad procesal. El proyecto del ministro Zaldívar señala, además, que un extranjero enfrenta barreras lingüísticas, culturales y conceptuales y, por ello, debe tomarse en cuenta el elemento idiosincrático para considerar que un extranjero ha sido informado sobre su derecho de contacto en forma libre y consciente. Más aún, el proyecto subraya que la asistencia consular reduce la distancia que separa a extranjeros de los nacionales en cuanto a la protección de un estándar mínimo de derechos.

v. Conclusiones

Si bien aún hay que esperar la decisión final que tome la Primera Sala de la Suprema Corte en relación con el alcance de los derechos contenidos en el artículo 36 y, por lo tanto, a la fijación de estándares de revisión judicial por violaciones a éstos, se puede afirmar, sin embargo, que hay consensos en varios puntos. En primer lugar, nuestro país, a diferencia de Estados Unidos en este tema, sí acepta estándares internacionales de conformidad con nuestra propia Constitución. Más aún, las interpretaciones hechas por la Corte IDH en casos en los que México no es parte, son orientadoras para el Poder Judicial federal, tal como lo ha determinado la SCJN al decidir el expediente *Varios 912/2010* derivado del *Caso Rosendo Radilla Pacheco*. En México, además, no está a discusión si el artículo 36 establece derechos cuya titularidad corresponde a la persona y más aún, puede concluirse que los derechos a la información y comunicación consulares son derechos humanos.⁸¹

La forma de ver el contexto en el que se inscribe el derecho a la información sobre la asistencia consular difiere radicalmente en ambos países. En México se reconoce que el extranjero enfrenta situaciones de facto (lingüísticas, culturales, conceptuales, etc.) que lo colocan en desigualdad frente a los nacionales que se encuentran en la misma posición. Estas características justifican otorgar al nacional extranjero un trato diferenciado para asegurar la igualdad en el proceso. Es decir, en México se reconoce que los extranjeros gozan de mayores derechos, pero esta justificación es racional. En Estados Unidos, el principio de igualdad se entiende de manera formal y no material, es decir, no se reconoce que para garantizar la igualdad en

⁸⁰ El propio ministro Cossío cita que la CIJ rechazó el argumento de nuestro país de que “la asistencia consular tiene tal envergadura que *ipso facto* viciaría en su totalidad el proceso”. Véase Acta de la Sesión Pública de 21 de marzo de 2012, *supra* nota 69, p. 16.

⁸¹ Esta conclusión no fue cuestionada por los ministros en la discusión.

el proceso se deban tomar en cuenta las desigualdades *de facto* que enfrentan los nacionales extranjeros. Además, la Suprema Corte pareciera inferir que la obligación de dar pleno efecto y sentido a los derechos contenidos en el artículo 36 es contraria a cualquier sistema adversarial, tomando como referencia para esta afirmación únicamente su propio sistema.

A diferencia de Estados Unidos, en México se asume que este artículo debe generar un *efecto útil*, es decir, hay una obligación de dar significado a las disposiciones del artículo 36 y de que algún resultado debe producir, si bien aún no se fijan sus alcances. La discusión en torno al proyecto del ministro Zaldívar no fue si se debía o no dar significado al artículo 36 y los derechos de la persona ahí consignados, sino sobre los alcances o efectos que produce su violación. Por el contrario, en Estados Unidos el “efecto útil” está supeditado a otras consideraciones de tipo legal y constitucional, además de la regla de preclusión procesal en términos generales, por lo que, en los hechos, el artículo 36 no produce todos los efectos que está llamado a tener. No obstante, al parecer el estándar para la revisión judicial de casos que de otra forma estarían impedidos de revisión por la regla de preclusión procesal, se fundamenta en que el sentenciado tenga ciertos elementos de prueba que permitan suponer que pudo haber sufrido un perjuicio por la falta de información y, en consecuencia, de asistencia consular. Si logra demostrar estos elementos de perjuicio, podría tener derecho a una audiencia en la que pueda probar cómo esta situación afectó el resultado de su caso. Sin embargo, aún falta ver cómo recibirán estos argumentos las cortes federales y, eventualmente, la Suprema Corte.

En México se reconoce, además, que el derecho a la información consular impone una correlativa obligación de las autoridades a informar a todo extranjero detenido por cualquier circunstancia de su derecho a contactar con su Consulado. Si es además un derecho de la persona extranjera y las autoridades competentes incumplen con su obligación, entonces debe haber una consecuencia judicial. En Estados Unidos, a la luz del caso *Breard y Sanchez-Llamas*, la carga de conocer el derecho le corresponde en los hechos al propio extranjero, ya que si no es informado de su derecho, y por lo tanto no esgrime violaciones a éste en primera instancia, no podrá reclamarlo en el futuro por estar impedido por la regla de preclusión procesal; por lo tanto, este derecho se torna ilusorio.

Por otra parte, el proyecto del ministro Zaldívar deja en suspenso, paradójicamente, el estándar existente en derecho internacional en cuanto al momento en que se debe informar al extranjero sobre su derecho a contactar con su Consulado, ya que no está claro si al final la Corte modificará el estándar o lo hará compatible con el existente en derecho internacional.

Si se toma en cuenta la posición del ministro Cossío en relación con suprimir las declaraciones en las que la nacional francesa Florence Cassez no estuvo asistida por su Consulado (como probablemente lo hubiera estado de haberse dado la *información* consular en tiempo) y esto se aprobara, se podría concluir, entonces, que la supresión de declaraciones sí es una forma de reparación derivada del artículo 36, contrario a lo que sostiene la Suprema Corte de Estados Unidos en *Sanchez-Llamas*.

Finalmente, es importante destacar que los derechos a la información y asistencia consular son dos derechos distintos, si bien la asistencia no se puede prestar sin que se active el

derecho detonador a la información consular. La distinción hecha en este ensayo no pretende ser fútil ni está basada en consideraciones restrictivas sobre la asistencia consular. Todo lo contrario, se ha dejado en claro la importancia para los nacionales extranjeros de contar con la asistencia de su Consulado para su defensa, debido a las desigualdades *de facto* que enfrentan en un sistema que les es ajeno. Sin embargo, desprender ligeramente del artículo 36 de la Convención que la asistencia consular, un derecho en principio del Estado, es un derecho fundamental de las personas y, por lo tanto, exigible en todo momento al Estado, es una conclusión a la que no se puede llegar sin una discusión seria y bien documentada, pero sobre todo teniendo clara la naturaleza de este derecho. Otra consideración muy distinta es la que resulta de los derechos que claramente corresponden a la persona extranjera, como los de la información y comunicación consulares.

VI. Bibliografía

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, aprobada y suscrita en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, Viena, 24 de abril de 1963.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 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, serie A, núm. 16.

———, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2.

———, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras (Excepciones Preliminares)*, Sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1.

———, *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá (Competencia)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104.

———, *Caso Cayara vs. Perú (Excepciones Preliminares)*, Sentencia del 3 de febrero de 1993, serie C, núm. 14.

Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Caso Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 31 de marzo de 2004, CIJ, Reportes 2004.

———, *Caso Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, Sentencia de fondo del 9 de abril de 1999, CIJ, Reportes 1999.

———, *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 27 de junio de 2001, CIJ, Reportes 2001.

———, *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América) (Medidas Provisionales)*, orden del 3 de marzo de 1999, CIJ, Reportes 1999.

———, *Caso Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay vs. Estados Unidos de América) (Medidas Provisionales)*, orden del 9 de abril de 1998, CIJ, Reportes 1998.

Corte Suprema de Estados Unidos de América (CSEUA), *Sanchez-Llamas vs. Oregon*, Suprema Corte EUA, vol. 548, 2006.

———, *Castro vs. United States*, Suprema Corte EUA, vol. 540, 2003.

———, *Medellin vs. Texas*, Suprema Corte EUA, vol. 984, 2008.

- , *Breard vs. Greene*, Suprema Corte EUA, vol. 523, 1998.
- , *Gutierrez vs. State*, Suprema Corte de Nevada, núm. S11G0344, 2012.
- , *Leal Garcia vs. Texas*, Suprema Corte EUA, vol. 564, 2011.
- , *Marbury vs. Madison*, Suprema Corte EUA, vol. 5, 1803.
- , *Foster vs. Nielson*, Suprema Corte EUA, vol. 27, 1829.
- , *Medellin vs. Dretke*, Suprema Corte EUA, vol. 544, 2005.
- , *Medellin vs. Texas*, U.S. Reports, vol. 552, 2008.
- Gómez-Robledo V., Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/5/art/art6.htm>>, (visitada el 12 de octubre de 2012).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Amparo Directo en Revisión 517/2011, Quejosa y Recurrente Florence Marie Louise Cassez Crepin*, SCJN, 2011.
- , *Varios 912/2010*, SCJN, 2010.
- , *Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 222/2012*, Solicitante: Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, Ponente: min. Olga Sánchez Cordero.

INVESTIGACIÓN

El “mínimo vital” como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Carlos María Pelayo Möller*

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa; maestro en Derecho por la Universidad de Notre Dame y doctorando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.



Resumen

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es uno de los grandes temas por discutir tanto en derecho constitucional como en derecho internacional de los derechos humanos en nuestros días. En el presente artículo se intenta explicar el alcance de considerar los derechos económicos, sociales y culturales como “verdaderos derechos”. Igualmente, mediante el estudio de casos se expone cómo el concepto de *mínimo vital* puede resultar un estándar útil para dar pasos importantes hacia la justiciabilidad de aquéllos.

Palabras clave: derechos humanos, derechos económicos, sociales y culturales, mínimo vital, justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Abstract

The judicial enforcement of economical, social and cultural rights is one of the most important issues that are being discussed by the Constitutional Law and the International Human Rights Law nowadays. This article tries to explain the implications of considering the economic, social and cultural rights as “real rights”. Additionally, this article explains, through a case based study, how the concept of “minimum core” can become a useful standard towards the enforcement of this kind of rights.

Key words: human rights, economic, social and cultural rights, minimum core, economic, social and cultural rights enforcement.

Sumario

I. Introducción; II. Los derechos económicos, sociales y culturales en la actualidad: la realidad más allá de los mitos; III. La difícil justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales, IV. El “mínimo vital” como estándar base para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; V. Un ejemplo de aplicación y desarrollo del estándar del mínimo vital: el caso de portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y enfermos del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; VI. Un desarrollo incipiente: la concepción del derecho constitucional al mínimo vital en México por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; VII. Reflexiones finales; VIII. Bibliografía.

I. Introducción*

El debate en torno a los derechos económicos, sociales y culturales y de su justiciabilidad, es uno de los grandes temas tanto en el constitucionalismo contemporáneo como en el derecho internacional de los derechos humanos.

A casi un siglo de distancia de la primera Constitución que consagró los derechos económicos, sociales y culturales, la Constitución mexicana de 1917, varias cuestiones esenciales en torno a estos derechos permanecen sin respuesta, como su contenido como verdaderos derechos, oponibles ante autoridades jurisdiccionales.¹

Los derechos económicos, sociales y culturales han sido considerados en muchas ocasiones como derechos que se encuentran en la Constitución y que reflejan “la buena voluntad” o “los buenos deseos” de los “gobernantes de cara a sus gobernados”, con una visión tanto paternalista como autoritaria que entrañaba el ya derogado concepto de “garantías individuales” en México.

Estos planteamientos en el ámbito nacional de ninguna forma se encuentran aislados del debate internacional en torno a estos derechos y de los “mitos” que, por diversas razones y circunstancias, los rodean en diversas latitudes. Así, el reto del constitucionalismo contemporáneo, e incluso en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido que los derechos económicos, sociales y culturales sean aceptados y reconocidos como verdaderos derechos.

* Agradezco los atinados comentarios de Jacqueline Sinay Pinacho Espinosa. Cualquier error que este artículo pueda contener es responsabilidad exclusiva del autor.

¹ A pesar de contar con la primera Constitución que los consagró en su texto, como indica Cruz Parceró, al contrario de lo que suele pensarse, la suerte de los derechos sociales ha sido muy desafortunada en México. Sobre todo porque en la Constitución mexicana parecieron conferir, durante mucho tiempo, atribuciones al Estado para imponer obligaciones a cierto tipo de particulares, sin imponer obligaciones de carácter patrimonial al Estado. Véase Juan Antonio Cruz Parceró, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en Miguel Carbonell *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, p. 88.

Una vez que los derechos económicos, sociales y culturales son considerados verdaderos derechos, es necesario recapacitar en la consecuencia lógica que esto conlleva: que puedan ser oponibles ante las instancias judiciales en caso de que sean violados, es decir, que puedan ser justiciables. Estas cuestiones, en la práctica, revisten un enorme cúmulo de complejidades. Una forma de resolver preliminarmente estas dificultades y dar pasos firmes hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es garantizar, vía judicial, el derecho a un “mínimo vital”, es decir, a las condiciones mínimas para que una persona tenga acceso a una vida digna.

El presente artículo tiene como fin exponer de manera sucinta estas ideas y el estado actual de la discusión en torno a ellas, sin ser, de ninguna forma, exhaustivo. En todo caso, los planteamientos que se exponen tienen como único fin introducir preliminarmente al lector en un amplio debate teórico, aún no resuelto, respecto a los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad, así como en algunas prácticas jurisdiccionales de los tribunales en torno a este tema.

Así, en la primera parte de este artículo se aborda la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos más allá de los mitos. En un segundo apartado, se estudian los problemas de justiciabilidad que presenta este tipo de derechos. En la tercera parte, se expone el estándar del “mínimo vital” como instrumento para lograr la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, para ejemplificar su uso, en las secciones cuarta y quinta se abordan ejemplos de cómo este estándar se ha utilizado tanto en Colombia como en México, respectivamente, en situaciones concretas.

II. Los derechos económicos, sociales y culturales en la actualidad: la realidad más allá de los mitos

Los derechos, económicos, sociales y culturales pueden ser definidos como “los derechos humanos que nacen de la dignidad humana y son, por ende, inherentes a la persona humana [...] Por tanto, son derechos directamente relacionados con la protección de las necesidades y capacidades que garantizan una calidad de vida”.²

Dentro de este amplio concepto encontramos el derecho a la educación, al trabajo, a sindicarse, a la vivienda, al agua y a la alimentación, los derechos de niñas y niños, el derecho a la familia, a la salud, a un medio ambiente sano, derecho a cuidados y asistencia especiales a la maternidad e infancia, a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en sus beneficios, y el derecho al ocio, entre muchos otros.

² Oscar Parra Vera, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martín, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, San José de Costa Rica, IIDH, 2008, p. 23.

La primera pregunta que surge en torno a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) es si éstos pueden ser considerados “verdaderos derechos”. Así, comúnmente, los DESC han sido catalogados erróneamente como cuestiones a merced de políticas públicas o, en algunos casos, como derechos “de segunda”. Esto ha ocasionado que por décadas se hayan ido construyendo y perpetuado mitos en torno a ellos dentro del constitucionalismo contemporáneo.³

Entre los *mitos de carácter normativo* encontramos las preconcepciones que les niegan a los DESC la categoría de derechos humanos, aduciendo que éstos son los que protegen únicamente derechos como la vida o la integridad personal y que prohíben, por ejemplo, la desaparición forzada de personas o la tortura. En todo caso, se ha llegado a decir que los DESC son normas (no derechos) meramente aspiracionales o declarativas y que su cumplimiento no es exigible de forma inmediata.

Para Rodolfo Arango el problema principal y originario con los derechos sociales es la negativa a reconocerlos como verdaderos derechos subjetivos —es decir, él lo ve como un verdadero problema que iría más allá de un “mito”—. El jurista colombiano precisa que esta negativa a reconocer los derechos sociales emana del surgimiento y entendimiento histórico de los derechos sociales a lo largo de los siglos, a los cuales se les ha atribuido un carácter grupal o particular, no universal; una estirpe socialista, ajena al pensamiento democrático liberal; una naturaleza programática y legal, no de inmediata exigibilidad constitucional.⁴ De ahí que se presenten al menos tres objeciones a la conceptualización de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales: la objeción cognitiva, la metodológica y la funcional.⁵

Por su parte, Mark Tushnet explica que en muchas ocasiones son los propios textos constitucionales los que clasifican los derechos económicos, sociales y culturales como “meramente declarativos” o “derechos sustantivos débiles”, lo cual no impide que incluso en este escenario los jueces protejan, en la medida de sus posibilidades, los derechos de esta naturaleza.⁶

Igualmente, hay *mitos de carácter jerárquico*, en los que los DESC han llegado a ser calificados como derechos, pero con una importancia menor a la de los civiles y políticos. Para consumir esto, la clásica categorización de “las generaciones de los derechos” ha servido de cómplice. Por una parte, esta clasificación escolástica y por demás arcaica, en términos generales, ha ubicado en primer plano los derechos que históricamente surgieron durante la Ilustración, que son realmente civiles y políticos. Después empiezan las confusiones, pues algunas clasificaciones ubican los DESC dentro de una segunda generación de derechos y, subsecuentemente, otros derechos que podrían ser considerados dentro de los DESC son ubicados en una “tercera” y “cuarta generación”. Con base en estas generaciones de derechos, con

³ El tema de los “mitos” en torno a los derechos económicos, sociales y culturales es un tema recurrente. Al respecto véase, por ejemplo, Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

⁴ Rodolfo Arango, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, p. 126.

⁵ *Ibid.*, pp. 128-131.

⁶ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 237.

pocos criterios objetivos y muchos criterios arbitrarios, juristas, abogados y tribunales los han puesto históricamente en un segundo plano.⁷ A partir de la interdependencia manifiesta de los derechos, es posible afirmar que la clasificación por generaciones ya no es un estándar útil para su estudio y aplicación ni a nivel constitucional ni internacional.

En general, como afirma Piovesan, debido a la indivisibilidad de los derechos humanos, se deben abandonar de una vez las nociones de que una clase de derechos (civiles y políticos) requiere pleno reconocimiento y respeto, mientras que otra (sociales, económicos y culturales) no requiere ningún tipo de observancia. De ahí que la clasificación de los derechos sociales como no justiciables sea meramente ideológica y no científica.⁸

Respecto a los mitos de carácter *normativo* y *jerárquico* antes aludidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, realizó importantes precisiones para establecer un estándar interamericano en torno a la verdadera naturaleza de los DESC. Así, para la Corte IDH, la interdependencia entre derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales hace que deban ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.⁹

Para llegar a esta conclusión, el Alto Tribunal Interamericano estimó que el contenido del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (relativo a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales) fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de aquélla, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que estable[ciera] cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”; así como “los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección”.¹⁰ Para la Corte, la revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demostró también que las principales observaciones sobre las cuales fue aprobada, pusieron especial énfasis en “*dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos*”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “*hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales*”.¹¹

Por último, encontramos *los mitos ideológicos* en torno a los DESC, los cuales dividimos en *económicos y políticos*.

⁷ Para una reflexión menos “agresiva” en relación con las generaciones de derechos, véase María Fernanda Tello Moreno, *Panorama general de los DESC en el derecho internacional de los derechos humanos*. México, CNDH, 2011, pp. 12-19.

⁸ Flavia Piovesan, “Social, Economic and Cultural Rights and Civil and Political Rights”, en *Sur: International Journal on Human Rights*, núm. 21, 2004, p. 26.

⁹ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párr. 101.

¹⁰ Corte IDH, *ibid.*, párr. 99. Las comillas y el énfasis son de la propia Corte Interamericana.

¹¹ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, párr. 99.

En esta categoría encontramos *mitos de carácter económico*, que van en el sentido de afirmar que los DESC no son necesarios en sociedades capitalistas, ya que los mercados se equilibran por sí mismos y satisfacen las necesidades básicas y mucho más. Esta afirmación en su formulación más radical, aunque se encuentra muy arraigada en muchos sectores de la sociedad, la academia y sobre todo de la política, en la actualidad es innegable que incluso en los mercados más vigorosos esto no sucede, por lo que estas aseveraciones en la actualidad rayan más en lo ideológico que con una discusión científica.¹²

Igualmente, entre los *mitos políticos* encontramos que en la actualidad persiste la idea en muchos países de que los DESC son ideas de naturaleza marxista-leninista que son tomados en cuenta sólo por regímenes comunistas. Por más inverosímil que parezca este debate, se dio hace poco en Estados Unidos de América en torno a las reformas legales impulsadas por el presidente Barack Obama que modificaron el régimen de salud en ese país¹³ y que, después de un largo proceso de discusión, fueron declaradas como constitucionales, en su mayor parte, por la Suprema Corte de ese país.¹⁴

Estos mitos e incluso la división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son relativamente recientes. Si vemos las primeras declaraciones internacionales sobre derechos humanos se evidencia que ambos tipos de derechos convivían en armonía complementándose. Así, tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, promulgadas en 1948, encontramos un amplio catálogo de derechos que nunca debió haber sido separado. Al final, la disputa desarrollada en el marco de la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética fue lo que terminó dividiendo artificiosamente ambos derechos, creando en las Naciones Unidas dos instrumentos internacionales principales: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁵

¹² Para sustentar esta afirmación, véanse, entre otras, las prolíficas obras de Joseph Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Nueva York, Norton & Company, 2002; *The Roaring Nineties*, Nueva York, Norton & Company, 2003; *Making Globalization Work*, Nueva York, Norton & Company, 2006; *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, Nueva York, Norton & Company, 2012, y de S.G. Jones, J.A. Ocampo y J.E. Stiglitz (eds.), *Time for a Visible Hand: Lessons from the 2008 World Financial Crisis*, Nueva York, Oxford University Press, 2010. Y de la obra de Amartya Sen, véase, entre otras, *Inequality Reexamined*, Nueva York, Clarendon Press, 1992; *Development as Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1999; *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

¹³ Respecto a este debate en Estados Unidos, donde las reformas en materia de salud fueron consideradas por algunos sectores de la población como “comunistas”, véanse los siguientes artículos y reflexiones en la prensa de ese país: Jack Kinstlinger, “Mixing With the Crowd at a Health-Care Town Hall”, *The Washington Post*, 16 de agosto, 2009; Robert Pear, “Classic Candidate Differences Present a Stark Choice”, *The New York Times*, 13 de octubre, 2010; E.J. Dionne Jr., “Tea Party Catholicism?”, *The Washington Post*, 12 de marzo, 2012; Milos Forman, “Obama the Socialist? Not Even Close”, *The New York Times*, 11 de julio, 2012.

¹⁴ Corte Suprema de Estados Unidos de América, *Nat'l Federation of Indep. Bus. vs. Sebelius*, 567 U.S., 2012.

¹⁵ Véase la discusión en Henry J. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 136-158. Para Asbjørn Eide la más grande innovación de la Declaración Universal fue la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales, véase “Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects”, en Hugo Stokke y Arne Torstensen (eds.), *Human Rights in Development Yearbook 1999/2000*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, p. 11.

III. La difícil justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales

Si partimos del entendido de que los DESC son verdaderos derechos y son fundamentales para el desarrollo de toda persona, la pregunta es: ¿realmente estos derechos pueden ser exigidos ante los tribunales?

En el caso de los derechos tradicionalmente considerados como civiles y políticos y dentro de este universo, más específicamente los denominados como “derechos subjetivos”, los tribunales se han visto fácilmente facultados para intervenir, por ejemplo para poner fin a una detención, para establecer violaciones a la libertad de expresión, al derecho a la vida, a la integridad o al debido proceso. Sin embargo, esto no pareciera ocurrir con los derechos sociales, debido a las innegables diferencias normativas y retos que presentan.

En esta línea de pensamiento, los derechos sociales se regulan constitucionalmente como mandatos de optimización, ya que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan abiertas las vías para lograrlos.¹⁶ Carbonell señala que los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según Alexy, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.¹⁷ Cabe señalar que, para el mismo autor, lo anterior no implica que se deba considerar una diferencia estructural entre los derechos civiles y políticos y los DESC, ya que todos ellos conllevan una carga prestacional al Estado.¹⁸ A partir de las más recientes teorías, se puede afirmar que la diferencia entre ambos tipos de derechos sería de grado y que, a pesar de su indeterminación, hay suficientes herramientas para precisar su contenido y alcance.¹⁹

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana en la Tutela 760 de 2008 precisó que “la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría de ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. [Por lo que es] un error categórico hablar de ‘derechos prestacionales’, pues, [...] todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales”.²⁰

Para Rodolfo Arango, en el caso de los derechos sociales fundamentales, su vulneración puede provenir tanto de omisiones parciales como de omisiones absolutas del Estado.²¹ En el caso de omisiones de carácter parcial, se originan a partir de un reconocimiento selectivo, insuficiente o discriminatorio de prestaciones positivas a unas personas o grupos y no a otras

¹⁶ Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª ed., México, Porrúa/IIJ-UNAM/CNDH, 2011, p. 825.

¹⁷ Miguel Carbonell, *ibid.*, pp. 825, 826. Sobre la concepción de los derechos sociales en la obra de Robert Alexy existe un amplio debate. Parte del mismo puede verse en VV.AA., *Derechos sociales y ponderación*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Fontamara, 2010, 404 pp.

¹⁸ Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 822.

¹⁹ Oscar Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano*, México, CNDH, 2011, p. 10.

²⁰ Oscar Parra Vera, *ibid.*, p. 13.

²¹ Rodolfo Arango, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, p. 136.

u otros, pese a no haber razones suficientes para establecer la diferenciación de trato. Así, explica Arango, la vulneración de los derechos sociales fundamentales se verifica mediante la aplicación del principio de igualdad.²² En el caso de las omisiones absolutas, como su nombre lo indica, suceden cuando hay una omisión absoluta del Estado en el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales.²³ Así, la vulneración de los derechos sociales se constata cuando es posible establecer de manera objetiva y razonable que, de no actuar el Estado, se estaría imponiendo una carga injustificada a la persona titular del derecho.²⁴

Las omisiones de los Estados, ya sean parciales o totales, se pueden inferir a partir de lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados deben:

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera mediata y continua.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que la misma está prohibida, o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de los recursos disponibles a cumplir con el Pacto.
- h) Acreditar que, en efecto, se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y,
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o ajustes estructurales.²⁵

A pesar de estos criterios, por lo regular el cumplimiento y desarrollo de los DESC ha quedado a discreción de las políticas públicas, incluso en regímenes jurídicos como el mexicano que reconocen este tipo de derechos como constitucionales. Si se realiza una revisión de los distintos recursos judiciales disponibles en la legislación mexicana, se evidencia que son pocas las vías para hacer justiciables el derecho a la vivienda, a la alimentación y a la salud. En este ámbito son pocos y realmente excepcionales los casos en que jueces mexicanos han otorgado algún tipo de protección a los demandantes de estos derechos.

²² Rodolfo Arango, *ibid.*, p. 137.

²³ *Ibid.*, p. 7.

²⁴ *Ibid.*, p. 138.

²⁵ Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, pp. 836, 837.

El debate es amplio y también se debe referir a la capacidad de los jueces para ordenar a los órganos políticos del Estado realizar cambios sustanciales en la legislación, comúnmente en forma de grandes programas de previsión social que requieren alteraciones significativas en los esquemas de redistribución de los ingresos.²⁶

Cómo hacer justiciables los DESC es un tema no resuelto en la academia y, sobre todo, en la práctica jurisprudencial. La discusión en torno a los principales estándares para hacerlos justiciables sigue abierta y, aunque son muchos los criterios esbozados, aún nos encontramos lejos de llegar a un consenso.²⁷

Ante este panorama poco alentador y lleno de posibilidades de desarrollo (dependiendo de cómo se le vea), la pregunta es ¿cómo hacer justiciables, es decir, exigibles ante las instancias jurisdiccionales los DESC? En una estructura en la que no hay fundamentos teóricos o jurisprudenciales que permitan sostener la plena justiciabilidad de muchos de los derechos sociales, apelar, entre otras estrategias, al estándar del “mínimo vital” es una opción por demás atractiva para cimentar una doctrina y jurisprudencia aun inexistente en este país.²⁸

IV. El “mínimo vital” como estándar base para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Como se mencionó con anterioridad, entre las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales se encuentra el deber de asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o ajustes estructurales.

²⁶ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 227 y ss.

²⁷ Véase, por ejemplo, Christian Courtis, “Standards to make ESC Rights Justiciable: A Summary Exploration”, en *Erasmus Law Review*, vol. 2, núm. 4, 2009, pp. 379 y ss.; y “The Right to Food as a Justiciable Right: Challenges and Strategies”, en Armin von Bogdandy y R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, Leiden, Koninklijke Brill, 2007, pp. 317-337. Y también Victor Abramovich, “Courses of Action in Economic...”, *op. cit.*, pp. 181 y ss.

²⁸ En cuanto a la justiciabilidad de los DESC, hay un amplísimo debate no resuelto, incluso respecto a esta temática en el sistema interamericano de derechos humanos. Al respecto, véase James L. Cavallaro y E. Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, núm. 56, 2004; James L. Cavallaro y E. Schaffer, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 39, 2006; James L. Cavallaro y Stephanie Erin Brewer, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, pp. 85-99; Tara Melish, “Rethinking the ‘Less as More’ Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 39, 2006, pp. 171-343; y “Counter-Rejoinder: Normative Neutrality and Technical Precision, the Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, 2006. Una reflexión sobre este debate también se puede ver en Oscar Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

Esto se justifica toda vez que, ante cualquier situación, se debe preservar el contenido esencial de los derechos.²⁹ El Comité del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha interpretado esto en el sentido de afirmar que hay una obligación de contenido mínimo que debe asegurar la satisfacción, al menos de un nivel mínimo esencial de cada uno de los derechos del Pacto, de tal manera que si no se interpretara de esa forma, se le privaría de su razón de ser. Así pues, para que un Estado alegara válidamente el incumplimiento de estos mínimos, tendría que demostrar que ha hecho uso de todos los recursos a su disposición con el fin de satisfacer, como una prioridad, esas obligaciones mínimas.³⁰ El Comité ha afirmado incluso que, en situación de restricciones presupuestales u otras causas, los miembros más vulnerables de la sociedad deben ser protegidos mediante la adopción de programas focalizados de bajo costo.³¹

Exigir y hacer justiciables estos “mínimos” han sido los pasos más importantes que se han dado para la protección de los DESC tanto a nivel constitucional así como en el derecho internacional de los derechos humanos.

El concepto “mínimo vital” busca establecer un contenido mínimo legal para los evidentemente indeterminados reclamos en materia de DESC.³² Ésta se podría considerar una estrategia “minimalista” que implica maximizar lo que se puede ganar minimizando las expectativas;³³ también, apela al desarrollo de los derechos sociales en las situaciones más adversas, donde difícilmente es cuestionable o discutible la necesidad de intervención estatal para proveer su satisfacción.

Al respecto, críticos del concepto han sugerido que argumentar los derechos de forma tan elemental amenaza la aspiración de llegar a metas más altas respecto a este tipo de derechos por medio del establecimiento de determinaciones que realmente no existen.³⁴ Igualmente, es necesario considerar que el concepto de “mínimo vital” puede dar pie a diversas interpretaciones a partir de la situación particular de cada sociedad.

El derecho constitucional al *mínimo vital* o *Existenzminimum* ha sido reconocido a últimas fechas por el Tribunal Constitucional alemán en relación con la regulación legal relativa al apoyo económico para personas en situación de desempleo o desamparo social (legislación Hartz IV). En este caso, el Tribunal Constitucional alemán determinó que la legislación en la materia no cumplía con los estándares constitucionales cualitativos que garantizan un mí-

²⁹ Esta postura se puede remitir a la “esencia normativa de los derechos” en relación con las más profundas y básicas preposiciones de los derechos. Katherine G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, en *Yale Journal of International Law*, núm. 33, 2008, p. 126.

³⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 3 (General Comments), The nature of States parties obligations (art. 2º, par.1), 14/12/1990 (Fifth session, 1990), párr. 10.

³¹ CESCR, *ibid.*, párr. 12.

³² Katherine G. Young, “The Minimum Core...”, *op. cit.*, p. 113.

³³ *Ibid.*, pp. 113 y 114.

³⁴ *Ibid.*, p. 114.

nimo existencial acorde con la dignidad de la persona.³⁵ En este fallo, referente a la “Cuarta Ley de Servicios Modernos en el Mercado Laboral” (Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt), conocida en ese país como “Hartz IV”, que modificó el segundo tomo del Código Social (SGB), el Tribunal Constitucional alemán decidió que los beneficios previstos en caso de desempleo para adultos y niños menores de 14 años (dependientes de los adultos desempleados) no cumplían con el estándar constitucional requerido en los artículos 1.1 (Protección de la dignidad humana)³⁶ y 20.1 (Fundamentos del orden estatal)³⁷ de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, ya que no garantizaban un mínimo vital acorde con la dignidad humana; esto es, no aseguraba a cada persona necesitada las condiciones materiales mínimas para su existencia física y para lograr su participación en la vida social, cultural y política. A partir de esta situación, el Tribunal Constitucional ordenó al Poder Legislativo alemán que adecuara la legislación.³⁸

La jurisprudencia más amplia sobre el tema ha sido desarrollada por la Corte Constitucional colombiana, en especial en materia de derecho a la salud. En principio, este derecho se reconoció por conexidad con el derecho a la vida y, posteriormente, se desarrolló dentro de los confines de los derechos a la vida digna, la integridad y el libre desarrollo de la personalidad. Tales variaciones, para Arango, se han ido decantando en la doctrina del derecho fundamental al mínimo vital, en cuya conexidad el derecho a la salud adquiere un carácter fundamental.³⁹ Por derecho fundamental al mínimo vital, la Corte Constitucional colombiana ha entendido la posición jurídico-constitucional que asegura el mínimo material necesario para garantizar las condiciones de una subsistencia acorde con la dignidad humana.⁴⁰

Por su parte, la Corte IDH, si bien no ha construido una teoría de los derechos sociales, sí ha dado importantes pasos en la protección de personas y grupos vulnerables a través de la consideración de derechos como la vida, la integridad personal y el acceso a la justicia. Igualmente, ha desarrollado importantes estándares en el marco de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta forma, en el *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, la Corte desarrolló el concepto “vida digna” a partir del derecho a la vida consagrado en el artículo 4º de la

³⁵ Rodolfo Arango, *Democracia social...*, op. cit., p. 198.

³⁶ El artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

³⁷ El artículo 20.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”.

³⁸ Bundesverfassungsgericht (BverfG), 1 BvL 1/09 del 9.2.2010, Absatz-Nr. (1 - 220). El texto completo de la sentencia está disponible en: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>.

³⁹ Rodolfo Arango, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional”, en Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre et al., *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 93.

⁴⁰ Rodolfo Arango, “El derecho a la salud...”, op. cit., p. 93. El autor cita como precedentes importantes las siguientes sentencias: T-426 de 1992, T-202 de 1995, T011 de 1998, SU-225 de 1998, entre otras.

Convención Americana.⁴¹ Asimismo, en el *Caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*,⁴² la Corte IDH estableció importantes estándares de protección que deben guardar los Estados en relación con los derechos de niños y niñas.

Por otra parte, en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*⁴³ y en el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*,⁴⁴ ambos contra Paraguay, la Corte IDH analizó las condiciones de vulnerabilidad de estas comunidades y la repercusión que esta situación implicaba para sus derechos a la salud y la educación en el marco del concepto de “vida digna”. En este último, el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, la Corte IDH fue más allá al desarrollar una incipiente noción en torno a un estándar de protección que garantice un “mínimo vital”. De este modo, en su análisis del artículo 4º de la Convención Americana (derecho a la vida), la Corte evaluó los servicios de acceso y calidad de agua, alimentación, salud y educación con los que la comunidad contó, o mejor dicho, de los que careció, y determinó que el Estado paraguayo había violado el derecho a la vida digna de sus habitantes.⁴⁵ Más aún, la Corte IDH consideró que el Estado era responsable de varios fallecimientos ocurridos en la comunidad. Así, la Corte observó que muchas personas perdieron la vida por enfermedades de fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o mediante un control adecuado de salud. La Corte IDH enfatizó la gravedad de la situación que afectó principalmente a la población más vulnerable: niños, niñas y mujeres gestantes. En sus conclusiones, la Corte estimó que el Estado paraguayo no adoptó las medidas positivas necesarias en el ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo que implicaban todas esas circunstancias al derecho a la vida de esas personas.⁴⁶ La Corte, así, concluyó que estas circunstancias se enmarcaban en un patrón de discriminación estructural en perjuicio de esta comunidad.⁴⁷

El *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek* refleja cómo una violación sistemática y estructural de los DESC puede llevar incluso a la muerte a las personas que son sujetos de esta situación. Pero, sobre todo, pone en evidencia la innegable interdependencia entre todos los derechos y su importancia en un esquema de protección de la persona.

⁴¹ Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63.

⁴² Corte IDH, *Caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112.

⁴³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek...*, *op. cit.*, párr. 194 a 217.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek...*, *op. cit.*, párr. 233 y 234.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek...*, *op. cit.*, párr. 273 a 275.

v. Un ejemplo de aplicación y desarrollo del estándar del mínimo vital: el caso de portadores del virus de inmunodeficiencia humana y enfermos del síndrome de inmunodeficiencia adquirida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

La jurisprudencia colombiana tiene varios precedentes importantes en la determinación de derecho a un tratamiento médico que garantice un “mínimo vital” en el caso de portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y enfermos del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida). Como se advierte, la Corte Constitucional colombiana, para analizar las medidas que conforman el “mínimo vital” en estos casos, recurre a criterios técnicos y científicos de expertos en medicina obtenidos por medio de peritajes que se solicitan en este tipo de casos.

Para llegar a dilucidar el tratamiento mínimo al que se debe sujetar una persona, la Corte Constitucional ha establecido que el VIH es el virus que causa el sida, enfermedad mortal que afecta el sistema inmunológico de la persona que lo padece, lo que le impide hacer frente a las infecciones y otros procesos patológicos, y se desarrolla cuando el nivel de ciertos glóbulos blancos en la sangre, llamados linfocitos T CD4, desciende debajo de las 200 células por mililitro de sangre.⁴⁸ La Corte Constitucional colombiana ha definido que dicha enfermedad lleva a quien la padece a un deterioro paulatino y constante de su salud, que la coloca en un estado de debilidad manifiesta, puesto que el virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección, que finalmente termina en la muerte.⁴⁹

Después de la detección del virus, en ocasiones es necesario suministrar antirretrovirales, combinación de medicamentos que bloquean la reproducción del virus dentro del organismo en sus diferentes etapas.⁵⁰ Estas sustancias, con la correcta supervisión, son capaces de lograr una clara mejoría en la salud de la persona que los toma y le permite llevar a cabo una vida normal por muchos años.⁵¹ Estos medicamentos impiden que se presenten infecciones y enfermedades “oportunistas” (llamadas así porque aprovechan la baja del sistema inmunológico).⁵²

⁴⁸ A este criterio llegó recientemente la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-273-09. Véase, igualmente, Department of Health and Human Services (DHHS), Panel on Antiretroviral Guidelines for Adults and Adolescents, *Guidelines for the Use of Antiretroviral Agents in HIV-1-Infected Adults and Adolescents*, 3 de noviembre, 2008.

⁴⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-505 del 28 de agosto de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-271 del 23 de junio de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁵⁰ Véase ONUSIDA, *Orientaciones terminológicas del ONUSIDA*, Ginebra, UNAIDS, marzo de 2007; DHHS, Panel on Antiretroviral Guidelines..., *op. cit.*; National Institutes of Health, Centers for Disease Control and Prevention and the HIV Medicine Association of the Infectious Diseases Society of America), *Guidelines for prevention and treatment of Opportunistic Infections in HIV-Infected Adults and Adolescents*, 18 de junio, 2008.

⁵¹ ONUSIDA, *Orientaciones terminológicas...*, *op. cit.*, y DHHS, Panel on Antiretroviral Guidelines, *op. cit.*, p. 14.

⁵² Según expertos médicos: “Una vez iniciado el tratamiento debe repetirse la medición de la carga viral con el mismo método cuatro semanas después, y debe esperarse una reducción de 10 veces la carga viral (un logaritmo): si ésta es menor, debe considerarse el cambio de tratamiento. Si se ha conseguido la supresión, deberá repetirse el examen de cada

Una de las creencias más arraigadas en torno al VIH/sida es que esta enfermedad es mortal, independientemente de los tratamientos médicos que se lleven a cabo. Esta afirmación en la actualidad es incorrecta: no es mortal si se cuenta con un tratamiento adecuado.

La Corte Constitucional colombiana, en el conocimiento de varias controversias, ha determinado que, en conjunto con los medicamentos antirretrovirales, el adecuado tratamiento de la enfermedad requiere un seguimiento constante mediante la realización de al menos dos exámenes periódicos cada seis meses. Estos son los exámenes de carga viral y el de la cantidad de glóbulos blancos en la sangre llamados “Linfocitos T CD4”, que dan un indicativo del estado del sistema inmunológico de cada persona (este examen es conocido como CD4). Así, la determinación de la cantidad de virus presente en la sangre del paciente y el estado del sistema inmunológico de cada persona da una pauta clara al profesional de la salud para adoptar, conforme transcurre el tiempo, el mejor tratamiento.⁵³

La Corte Constitucional colombiana ha llegado también a la conclusión de que, cuando el virus apenas se detecta a pacientes portadores de VIH, según conceptos técnico-médicos, el examen de carga viral es el más idóneo para tomar la decisión de iniciar o no la formulación de antirretrovirales. En caso de que ya se hayan desarrollado enfermedades a causa del virus y se haya desarrollado sida, el examen de carga viral permite corroborar si el tratamiento que se suministra al paciente es efectivo o no, y optará por continuar con el tratamiento anti VIH que ya se administra o lo cambiará.⁵⁴

El examen de carga viral es imprescindible para evaluar la respuesta terapéutica y determinar un pronóstico. En las recomendaciones internacionales de manejo de las enfermedades es un examen necesario para la toma de decisiones para el manejo de los pacientes, y debe practicarse antes del inicio de la terapia antirretroviral, al mes y cada tres meses, o cuando la enfermedad lo amerite, de acuerdo con una nueva manifestación.⁵⁵

De esta forma, un tratamiento médico a un paciente con VIH/sida que busque preservar un *mínimo vital* deberá contar con pleno acceso y disponibilidad a exámenes de carga viral y CD4, así como al suministro de antirretrovirales de manera permanente y, eventualmente, al tratamiento médico de emergencia cuando se ponga en riesgo la vida del paciente. Este tipo

cuatro a seis meses. En caso de falla en la supresión viral después de cuatro a seis meses, también deberá considerarse el cambio de tratamiento, aunque en este caso es importante tomar en cuenta el grado de disminución. Como regla general, los niveles menores de 10 000 copias durante el tratamiento no requieren el cambio inmediato del mismo; sin embargo, la supresión inicial (no detectable), seguida de la detección persistente del virus, amerita seguimiento muy cuidadoso del paciente por la posibilidad de génesis de resistencia. La aparición de infecciones oportunistas o la disminución progresiva de células TCD4 se debe considerar como falla del tratamiento”. Véase Samuel Ponce de León y Sigfrido Rangel Frausto, *Sida, aspectos clínicos y terapéuticos*, México, McGraw-Hill, 2000, p. 444.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Este criterio lo ha tenido por probado la Corte Constitucional colombiana en varias de sus sentencias. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-849-01 del 9 de agosto de 2001.

⁵⁵ *Idem.*

de determinaciones permite que cualquier persona que así lo solicite pueda hacer justiciable su derecho a la salud en caso de ser un paciente con VIH/sida.

Finalmente, cabe decir que Colombia no es el único país donde este tema ha sido objeto de discusiones judiciales. En Sudáfrica, en el *Caso Minister of Health vs. Treatment Action Campaign*, el Tribunal Constitucional de ese país ordenó al gobierno proveer retrovirales y asistencia médica a mujeres embarazadas para evitar la transmisión del virus, considerando estas acciones dentro del estándar de razonabilidad.⁵⁶

VI. Un desarrollo incipiente: la concepción del derecho constitucional al mínimo vital en México por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Con motivo del *Amparo en Revisión 811/2008*, en el que se cuestionó la constitucionalidad del impuesto empresarial de tasa única (IETU), la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) dedujo la existencia de un “derecho constitucional al mínimo vital”.

La Primera Sala de la SCJN estableció que “[el] derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1º, 3º, 4º, 6º, 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123”.⁵⁷ Así, la Suprema Corte ha considerado este estándar como “[u]n presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados (*sic*) participen activamente en la vida democrática”.⁵⁸

Además, estableció que

el contenido del derecho al mínimo vital [...] coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona —centro del ordenamiento jurídico— no

⁵⁶ David Bilchitz, “Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence”, en *African Journal on Human Rights*, núm. 19, 2003, pp. 1-26. El debate sobre los DESC es amplio en Sudáfrica; véase también el caso Grootboom, que involucró a un grupo de personas extremadamente pobres que fueron desalojadas de sus casas y destruidas todas sus pertenencias. David Bilchitz, “Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and its Importance”, en *The South African Law Journal*, núm. 119, 2002, p. 484.

⁵⁷ SCJN, Primera Sala, “Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXV, mayo de 2007, Tesis: 1ª XCVII/2007, p. 793. *Amparo en Revisión 811/2008*. Alejandro Joaquín Martí García. 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

⁵⁸ SCJN, Primera Sala, “Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano”, *op. cit.*

se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.⁵⁹

En el marco que corresponde a la materia fiscal —ha señalado la Suprema Corte—, el derecho al mínimo vital “constituye una garantía fundada en la dignidad humana y como presupuesto del Estado democrático” y ha especificado que “si bien el deber de tributar es general, el derecho al mínimo vital exige analizar si la persona que no disponga de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria, cuando ello puede coexistir con la insuficiencia de una red de protección social efectiva y accesible a los más necesitados”.⁶⁰ Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación instituyó el respeto al “mínimo vital” como límite al principio de generalidad tributaria.⁶¹ Por lo que, “la acepción negativa del derecho al mínimo vital se erige como un límite que el Estado no puede traspasar en materia de disposición de los recursos materiales necesarios para llevar una vida digna”.⁶²

Si bien en el caso concreto del impuesto cuestionado fue declarado como constitucional, la Suprema Corte dio un importante paso en la construcción jurisdiccional de los parámetros de un verdadero derecho al “mínimo vital” que, de ser retomado en futuras oportunidades, ayudaría a dotar de verdadero contenido a los derechos económicos, sociales y culturales.

VII. Reflexiones finales

La respuesta definitiva al gran debate que en las líneas anteriores se ha expuesto tendría que concluir en el desarrollo de un concepto de derechos que considere a las personas en su posición única con el fin de lograr una mejor comprensión de los derechos sociales fundamentales para que estos puedan ser justiciables.⁶³

⁵⁹ SCJN, *ibid.*, p. 793.

⁶⁰ SCJN, Primera Sala, “Derecho al mínimo vital. Constituye un límite frente al legislador en la imposición del tributo”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXV, mayo de 2007, Tesis: 1ª XCVIII/2007, p. 792. *Amparo en Revisión 811/2008*, Alejandro Joaquín Martí García, 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

⁶¹ SCJN, Primera Sala, “Derecho al mínimo vital. Su alcance en relación con el principio de generalidad tributaria”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXIX, enero de 2009, Tesis: 1ª X/2009, p. 547. *Amparo en Revisión 811/2008*, Alejandro Joaquín Martí García, 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

⁶² SCJN, Primera Sala, “Derecho al mínimo vital. Constituye un límite frente al legislador en la imposición del tributo”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXV, mayo de 2007, Tesis: 1ª XCVIII/2007, p. 792. *Amparo en Revisión 811/2008*, Alejandro Joaquín Martí García, 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

⁶³ Rodolfo Arango, *Realizing Constitutional Social Rights Through Judicial Protection*, Instituto Latinoamericano para Una Sociedad y Un Derecho Alternativos, 2004, p. 84. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/6411-realizing-constitutional-social-rights-through-judicial-protection>.

Una respuesta de ese tipo que logre un consenso universal se encuentra, desafortunadamente, lejos de surgir. En esta línea, utilizar como estrategia de análisis el estándar de “mínimo vital” para exigir la justiciabilidad de los derechos, si bien no es una respuesta definitiva a todos los problemas, sí ayuda a responder concretamente a personas en una situación de discriminación estructural y de desamparo que ponga en riesgo su vida.

La dificultad de la justiciabilidad de los derechos, aparte de los obstáculos dogmáticos que presenta, también implica nuevos retos tanto para juzgadores como para abogados litigantes y autoridades y se pueden vislumbrar fácilmente en el tratamiento de una situación tan compleja como la atención de pacientes con VIH/sida y que son comunes a la gran mayoría de casos en los que se ven involucrados derechos económicos, sociales y culturales.

Entre estas dificultades encontramos:

- La complejidad de las temáticas en casos concernientes a los derechos económicos, sociales y culturales, que en muchas ocasiones involucran conocimientos técnicos que los juristas no poseen.
- La diversidad de situaciones y efectos de la violación de estos derechos.
- La gran cantidad de víctimas que puede tener un solo caso que afecte a comunidades o poblaciones enteras.
- La dificultad de probar los hechos de los casos, en especial, cuando se requieren peritajes especializados para hacerlo posible.

Para hacer frente a este panorama, la adopción de estrategias que partan de la consideración de los DESC como verdaderos derechos que empoderen a los sectores excluidos y estructuralmente discriminados, es fundamental. En este sentido, la incipiente construcción de un “derecho a un mínimo vital” por parte de la SCJN es un paso importante para que en un futuro no muy lejano nuestros tribunales se erijan como garantes de estos derechos. Sin embargo, aún hay un largo camino por recorrer.

La justiciabilidad de los DESC dependerá en buena medida de poder dejar atrás antiguas concepciones autoritarias de los derechos y, sobre todo, de aprovechar los grandes avances que se han dado en esta materia a nivel comparado. En este sentido, el uso de las herramientas que nos proporciona la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 deberá ser fundamental en la defensa de nuestros derechos humanos constitucionales.

VIII. Bibliografía

- Abramovich, Victor, “Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights: Instruments and Allies”, en *Sur. International Journal on Human Rights*, núm. 2, 2005.
- Arango, Rodolfo, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional”, en Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre *et al.*, *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

- , *Realizing Constitutional Social Rights Through Judicial Protection*, Instituto Latinoamericano para Una Sociedad y Un Derecho Alternativos, 2004. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/6411-realizing-constitutional-social-rights-through-ju>.
- , *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
- Bilchitz, David, “Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and its Importance”, en *The South African Law Journal*, núm.119, 2002.
- , “Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence”, en *African Journal on Human Rights*, núm.19, 2003.
- Bundesverfassungsgericht (BverfG), 1 BvL 1/09 del 9.2.2010, Absatz-Nr. (1-220). Disponible en: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/lis20100209_1bvl000109.html>.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª ed., México, Porrúa/IIJ-UNAM/CNDH, 2011.
- Cavallaro, James L. y Emily Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, núm. 56, 2004.
- , “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, 2006.
- Cavallaro, James L. y Stephanie Erin Brewer, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 3 (General Comments), The nature of States parties obligations (art. 2º, par.1), 14/12/1990 (Fifth session, 1990), párr. 10.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-849-01 del 9 de agosto de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy).
- , Sentencia T-273-09 del 13 de abril de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra).
- , Sentencia T-505 del 28 de agosto de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- , Sentencia T-271 del 23 de junio de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte IDH, *Caso del Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112.
- , *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198.
- , *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.
- , *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.
- , *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63.

- Corte Suprema de Estados Unidos de América, *Nat'l Federation of Indep. Bus. vs. Sebelius*, 567 U.S., 2012.
- Courtis, Christian, "The Right to Food as a Justiciable Right: Challenges and Strategies", en Armin von Bogdandy y R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, Leiden, Koninklijke Brill, 2007.
- , "Standards to make ESC Rights Justiciable: A Summary Exploration", en *Erasmus Law Review*, vol. 2, núm. 4, 2009.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Miguel Carbonell *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000.
- Department of Health and Human Services (DHHS), Panel on Antiretroviral Guidelines for Adults and Adolescents, *Guidelines for the Use of Antiretroviral Agents in HIV-1-Infected Adults and Adolescents*, 3 de noviembre, 2008.
- Dionne Jr., E.J., "Tea Party Catholicism?", en *The Washington Post*, 12 de marzo, 2012.
- Eide, Asbjørn, "Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects", en Hugo Stokke y Arne Torstensen (eds.), *Human Rights in Development Yearbook 1999/2000*, La Haya, Kluwer Law International, 2001.
- Forman, Milos, "Obama the Socialist? Not Even Close", en *The New York Times*, 11 de julio, 2012.
- Jones, S.G., J.A. Ocampo y J.E. Stiglitz (eds.), *Time for a Visible Hand: Lessons from the 2008 World Financial Crisis*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- Kinstlinger, Jack, "Mixing with the Crowd at a Health-Care Town Hall", en *The Washington Post*, 16 de agosto, 2009.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
- Melish, Tara, "Counter-Rejoinder: Normative Neutrality and Technical Precision, the Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation", en *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 39, 2006.
- , "Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", en *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 39, 2006.
- National Institutes of Health (NIH), Centers for Disease Control and Prevention (CDC) and the HIV Medicine Association of the Infectious Diseases Society of America (HIVMA/IDSA), *Guidelines for prevention and treatment of Opportunistic Infections in HIV-Infected Adults and Adolescents*, 18 de junio, 2008.
- ONUSIDA, *Orientaciones terminológicas del ONUSIDA*, Ginebra, UNAIDS, marzo de 2007.
- Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano*, México, CNDH, 2011.
- Parra Vera, Oscar, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martín, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, San José de Costa Rica, IIDH, 2008.
- Pear, Robert, "Classic Candidate Differences Present a Stark Choice", en *The New York Times*, 13 de octubre, 2010.
- Piovesan, Flavia, "Social, Economic and Cultural Rights and Civil and Political Rights", en *Sur: International Journal on Human Rights*, núm. 21, 2004.

- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Ponce de León, Samuel y Sigfrido Rangel Frausto, *Sida, aspectos clínicos y terapéuticos*, México, McGraw-Hill, 2000.
- Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.
- , *Inequality Reexamined*, Nueva York, Clarendon Press, 1992.
- , *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- Steiner, Henry J. y Philip Alston, *International Human Rights in Context*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- Stiglitz, Joseph, *Globalization and Its Discontents*, Nueva York, Norton & Company, 2002.
- , *Making Globalization Work*, Nueva York, Norton & Company, 2006.
- , *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, Nueva York, Norton & Company, 2012.
- , *The Roaring Nineties*, Nueva York, Norton & Company, 2003.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), “Derecho al mínimo vital. Constituye un límite frente al legislador en la imposición del tributo”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXV, mayo de 2007, Tesis: 1ª XCVIII/2007, p. 792. *Amparo en Revisión 811/2008*, Alejandro Joaquín Martí García, 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.
- SCJN, “Derecho al mínimo vital. su alcance en relación con el principio de generalidad tributaria”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXIX, enero de 2009, Tesis: 1ª X/2009, p. 547. *Amparo en Revisión 811/2008*, Alejandro Joaquín Martí García, 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.
- , “Derecho al mínimo vital. Constituye un límite frente al legislador en la imposición del tributo”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXV, mayo de 2007, Tesis: 1ª XCVIII/2007, p. 792. *Amparo en Revisión 811/2008*, Alejandro Joaquín Martí García, 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.
- , “Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano”, Novena Época, Tesis Aislada, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: t. XXV, mayo de 2007, Tesis: 1ª XCVII/2007, p. 793. *Amparo en Revisión 811/2008*, Alejandro Joaquín Martí García, 5 de noviembre de 2008. Cinco votos. Ponente: min. José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.
- Tello Moreno, María Fernanda, *Panorama general de los DESCAs en el derecho internacional de los derechos humanos*, México, CNDH, 2011.
- Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- VV.AA., *Derechos sociales y ponderación*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Fontamara, 2010.
- Young, Katherine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, en *Yale Journal of International Law*, núm. 33, 2008.

INVESTIGACIÓN

Reflexiones sobre la reforma constitucional del 10 de junio de 2011

José Raúl Landgrave Fuentes*

Perseo Quiroz Rendón**

* Licenciado en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas. Litigante en materia constitucional y socio fundador de Landgrave y Asociados. Ha trabajado en temas de derechos humanos desde la sociedad civil y dentro del Poder Judicial de la Federación, específicamente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en juzgados de Distrito.

** Licenciado en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas. Maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Ha trabajado en temas de derechos humanos y derecho constitucional desde la sociedad civil y la administración pública federal. Ha publicado diversos artículos e impartido conferencias sobre el tema.



Resumen

En este artículo se analiza la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Se estudia si las provisiones que se han publicitado como “novedosas”, en realidad tienen tal carácter, o bien se trata de conclusiones normativas que podían desprenderse del orden jurídico nacional. En términos generales, las reformas únicamente constitucionalizaron reglas que ya formaban parte de la legislación secundaria. En este tenor, afirmamos que la problemática que vive nuestro país en relación con el respeto de los derechos humanos no es consecuencia de un deficiente marco normativo, sino de la disociación entre las reglas y su operatividad.

Palabras clave: reforma constitucional, derechos humanos, 10 de junio.

Abstract

This article analyzes the constitutional reform of June 10th, 2011. We studied the rules that were recently included in the Constitution, and we analyzed if they really incorporated new rules in the Mexican law system, or well, if those changes didn't modified the preexisting rules regarding human rights. We conclude that, in general, the reforms just constitutionalized several rules that already were incorporated in the secondary legislation. As such, we affirm that the problems that our country has regarding human rights protection are not a consequence of inappropriate or incomplete rules, but due to the dissociation between the rules and their enforcement.

Key words: constitutional amendment, human rights, June 10th.

Sumario

I. Introducción; II. El camino hacia la reforma: mejor malo conocido que bueno por conocer; III. Análisis de la reforma del 10 de junio de 2011; IV. Reflexiones sobre la reforma; v. Bibliografía.

I. Introducción

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional de diversas disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos. Antes y después de su emisión hubo mucha euforia y expectativas respecto a la misma. Por ejemplo, la reforma fue ampliamente bienvenida por organizaciones de la sociedad civil,¹ y por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.² Incluso algunos académicos han afirmado que constituye un nuevo paradigma en el derecho constitucional mexicano.³ Desde luego, la reforma también generó los autoelogios legislativos a los que nos hemos acostumbrado.⁴ La Judicatura no se quedó atrás, y para actualizar a sus integrantes, organizó cursos para explicar el contenido de la reforma, promoviendo hasta un programa de maestría en conjunto con la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales para abordar los cambios.

La reflexión que aquí presentamos es menos —mucho menos— festiva. A poco más de un año de la publicación de la reforma, sus efectos prácticos, beneficios y limitaciones necesitan ser analizados en detalle. Aun cuando es entendible que la publicación de la reforma provocara una reacción relevante en la comunidad jurídica, lo cierto es que la revisión puntual de las modificaciones revela que, en una buena parte, son intrascendentes. Ciertamente, se obtuvo un texto constitucional terminológicamente más moderno —finalmente se eliminó la equiparación entre garantías y derechos, por ejemplo, además de que se explicitaron el conjunto de obligaciones que constituyen el llamado enfoque de de-

¹ Véase comunicado de prensa. Disponible en <<http://fundar.org.mx/mexico/?p=799>>.

² Véase comunicado de prensa. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11129&LangID=S>>.

³ Al respecto, véase Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>>. En el mismo sentido, Karlos Castilla Juárez, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Chile en Talca, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 123-164. Disponible en: <http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_3.pdf>.

⁴ Manlio Fabio Beltrones, senador de la República en el momento de aprobación de la reforma, hizo ver su importancia y la marcó como un parteaguas en la protección de los derechos humanos en nuestro país.

rechos humanos—;⁵ sin embargo, los cambios no favorecerán en gran medida la protección de los derechos fundamentales debido a que la mayoría de las “novedosas” disposiciones se encontraban ya en el orden jurídico nacional —aunque no a nivel constitucional— y, a pesar de ello, no se aplicaban.

Del mismo modo, la reforma no es exhaustiva. Si bien brinda directrices entre la relación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional mexicano, aún hay venas abiertas al respecto. Por ejemplo, a pesar de que la reforma constitucional habla de la recepción de los tratados internacionales por el derecho constitucional mexicano, es omisa respecto a otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, en especial de derecho consuetudinario y decisiones de órganos internacionales en materia de derechos humanos.

En todo caso, nuestra intención con este artículo es demostrar que, en términos generales, la reforma constitucional introduce cambios normativos de poca envergadura, pues las modificaciones publicitadas como relevantes, en realidad son reglas cuya existencia podía desprenderse de una interpretación moderna⁶ del orden jurídico vigente con anterioridad, aun cuando éste no fuera de fuente constitucional. Para llegar a tal conclusión, hemos estructurado este trabajo, en primer lugar, con un breve recorrido por los antecedentes de la reforma. Posteriormente expondremos los cambios realizados a la Constitución federal y, a partir de ello, mostraremos las razones por las que consideramos que, en gran medida, no introducen elementos normativos novedosos. Con base en tales argumentos, concluiremos que, debido a los limitados cambios normativos que prevé la reforma, no cabe esperar que se constituya en un mecanismo protector de derechos humanos de la envergadura que se ha pretendido, a menos que se logre un cambio de actitud en la materia por parte de los operadores jurídicos.

⁵ Las diferencias entre los derechos y garantías, así como el peligro de asimilar unos con otros, la aborda frontalmente Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 37-71. En este aspecto, sin embargo, hay voces discordantes en torno a la corrección entre la distinción que realiza el título primero de la Constitución, en torno a los derechos humanos y sus garantías. Véase Jorge Ulises Carmona Tinoco, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., p. 43.

⁶ Cuando hablamos de una interpretación moderna del orden jurídico, hacemos referencia a las interpretaciones garantistas que diversos tratadistas y cortes constitucionales y tribunales internacionales han hecho respecto al marco normativo de los derechos humanos, que inició después de la segunda Guerra Mundial hasta la fecha. Entre los tratadistas encontramos, por ejemplo, a Luigi Ferrajoli, Ronald W. Dworkin, entre otros. Asimismo, cortes constitucionales como la sudafricana, colombiana, alemana, y tribunales internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sostenido interpretaciones garantistas (pro persona) del marco normativo de los derechos humanos.

II. El camino hacia la reforma: *mejor malo conocido que bueno por conocer*

La reforma empezó a gestarse años atrás, incluso hay quienes afirman que tuvo “tres años de peregrinar por ambas cámaras”.⁷ No obstante, no es el objetivo de este texto hacer un recorrido histórico de la reforma,⁸ sino únicamente enfocarse en los meses previos a su aprobación.

La discusión de la reforma se reactivó cuando, entre febrero y marzo de 2011, se reanudaron en el Senado las discusiones sobre su aprobación. En esos momentos, la sociedad civil estaba poco coordinada y se tenía poco conocimiento del contenido exacto y alcances de la propuesta de los senadores;⁹ no obstante, se comenzó a conformar un grupo de organizaciones sociales y de académicos a favor de la reforma. Una vez que el Senado de la República aprobó el dictamen con las propuestas de reforma, fue turnado a la Cámara de Diputados, momento en el que salió a la luz su contenido, por lo que algunas personas y organizaciones comenzaron su análisis.

En un primer momento se reconoció que el dictamen contenía algunas disposiciones que resultaban técnicamente incorrectas, lo cual ocurre, como será explicado más adelante, con los artículos 11 y 33 constitucionales. Pese a ello, la posición que predominó en el medio fue una postura pragmática que optó por apoyar el dictamen en sus términos con el argumento de que se había esperado mucho tiempo para alcanzar esta coyuntura, por lo que resultaba preferible tener la reforma que esperar que algún día saliera perfecta.¹⁰

En esa línea, se emitieron comunicados de prensa y boletines en que se solicitaba a las y los diputados que aprobaran el dictamen elaborado por los senadores, pues había encontrado resistencias en la Cámara de Diputados; sobre todo en algunas comisiones que mostraban fuertes objeciones y reticencias en contra del dictamen. En lo personal, algunos diputados tenían también fuertes discrepancias con la minuta turnada por los senadores, entre ellas las nuevas facultades que se otorgaban a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la redacción del artículo 11 constitucional respecto al otorgamiento del asilo por parte del Estado mexicano. Particularmente, el presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, Juventino Castro, fue una de las personas que más opuso resistencia al dictamen mencionado.¹¹

⁷ Por ejemplo, véase este artículo, Andrea Becerril y Víctor Ballinas, “Aprobada, reforma constitucional en materia de derechos humanos”. Disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2011/03/09/politica/005n1pol>>.

⁸ Para una discusión un poco más amplia respecto a este tema, véase Karlos Castilla Juárez, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *supra* n. 3.

⁹ Claro está, habrá quienes digan que la sociedad civil tenía pleno conocimiento del proyecto. Incluso autores como Karlos Castilla refieren que se tuvo una amplia participación en el proceso de negociación de la reforma. Lo cierto es que dicha participación, si se tuvo, estuvo limitada a ciertos tópicos y por ciertas organizaciones.

¹⁰ Estas aseveraciones parten de la experiencia de uno de los autores, quien tuvo la oportunidad de participar activamente en el proceso de la reforma constitucional y, desde ahí, percibió la actitud de algunas organizaciones no gubernamentales en relación con la multimencionada reforma.

¹¹ Nuevamente estas afirmaciones se obtienen a partir de la labor de uno de los autores de este trabajo durante el procesamiento legislativo de la reforma.

Las modificaciones realizadas en la Cámara de Diputados al dictamen enviado por las y los senadores, específicamente al artículo 11, también fueron graves, pues como se explicará más adelante, entran en conflicto con el derecho internacional de los refugiados. Así se hizo saber a la Cámara de Diputados, tanto por organizaciones de la sociedad civil como por organismos internacionales especializados en temas de refugio y asilo. Aun con ello, la Cámara de Diputados aprobó dichas modificaciones y, nuevamente, la postura de la comunidad jurídica fue pragmática: se apoyaría la reforma, incluso, con dichos errores.¹² Finalmente, el dictamen fue enviado a la Cámara de Senadores, donde fue aprobado y posteriormente remitido a los Congresos locales de los estados de la federación.

III. Análisis de la reforma del 10 de junio de 2011

- *Cambios secundarios.*

El decreto publicado el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* modificó los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como adelantamos, no todas estas reformas tienen la misma importancia, pues algunas podrían calificarse válidamente como secundarias o, si se quiere, “estéticas”. Atribuimos este calificativo a las modificaciones por virtud de las cuales se hizo referencia a los derechos humanos como directriz para la actuación de una autoridad. La razón por la que afirmamos la irrelevancia de estos cambios radica en que la autoridad se encontraba obligada a actuar con respeto a los derechos humanos desde antes de que acaeciera la reforma citada.

Dentro de esta primera categoría se incluyen las reformas a los artículos 1º, último párrafo; 3º, párrafo segundo; 15, 18, párrafo segundo; y 89, fracción X, constitucionales. Las modificaciones practicadas a esos numerales se limitan a incluir referencias a los derechos humanos como aspecto por enfatizar en la educación, así como directrices de respeto al tratarse de la ejecución de penas privativas de la libertad y en torno a la forma en que el Estado debe conducir su política exterior.¹³ Asimismo, se establece la prohibición de discriminar por motivo de preferencias sexuales.¹⁴ También incluimos en esta categoría los cambios al primer párrafo

¹² *Idem.*

¹³ Es oportuno apuntar que estos cambios secundarios no estuvieron exentos de errores de técnica legislativa. En el caso específico del artículo 15 constitucional, se soslayó un error añejo que consiste en que la redacción impide celebrar tratados que “alteren” los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales. La interpretación literal de ese numeral implicaría la inconstitucionalidad de cualquier tratado que modificara el *statu quo* de los derechos humanos en el país, aun cuando dicha modificación ampliara su ámbito de protección. Ciertamente, tal interpretación es poco plausible; sin embargo, revela que la inclusión de referencias a derechos humanos se trató de una modificación secundaria, sin una reflexión profunda, pues de lo contrario se habrían modificado situaciones como esa.

¹⁴ Esta reforma no será materia de un estudio profundo debido a que parece una referencia marginal, además de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había reconocido la imposibilidad de discriminar con motivo de las preferencias sexuales. Lo anterior, al momento de resolver la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, se refiere a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

del artículo 1º constitucional, en el que se incluyeron referencias a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, además de que se adecuó el texto a la terminología reconocida en la academia —derechos y sus garantías.

Afirmamos que todos estos son cambios secundarios, en la medida en que todas las personas del país se encontraban protegidas por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados, además de que el Estado estaba obligado a orientar su actuación por ellos. En efecto, desde antes de las reformas, el artículo 1º constitucional establecía que todo individuo gozaría de los derechos —“garantías” mencionaba literalmente— contenidos en la Constitución. La supremacía normativa que caracteriza los textos constitucionales, obligaba a que todas las autoridades se guiaran por los derechos fundamentales que se incluían en él como normas constitucionales. Estos aspectos ya habían sido materia de un estudio profuso en la doctrina¹⁵ e, incluso, había orientado fallos de suma trascendencia.¹⁶

Para disipar las dudas en torno a la vigencia normativa de los derechos humanos, es oportuno señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación había sostenido la jerarquía suprema de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, seguida de los tratados internacionales.¹⁷ Tal decisión, junto con el artículo 133 constitucional, permitía concluir, aun antes de la reforma, que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales eran parte del orden jurídico nacional.¹⁸ Específicamente, el Estado mexicano ya había reconocido la obligatoriedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, en sus artículos 1º y 2º consagra la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas pertinentes con el fin de lograr su incorporación al sistema jurídico.¹⁹ De ahí que es posible señalar que, desde antes de la reforma constitucional, había ya un catálogo de derechos reconocidos —a nivel constitucional y de tratados internacionales—

¹⁵ Encontramos, por ejemplo, a Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 31-47. En el mismo sentido, se puede consultar Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 56-57; Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1992, pp. 29-34; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2006, pp. 74-78; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 39-40; Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006, pp. 102.

¹⁶ Tal es el caso de la famosa sentencia Lüth del Tribunal Constitucional alemán, en la que se reconoció la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Nótese que esta sentencia se dictó en 1958.

¹⁷ Tesis IX/2007 del Tribunal Pleno, publicada con número de registro electrónico 172 650, y visible en la p. 6, t. XXV, abril de 2007, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. El rubro de la tesis es: “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional.”

¹⁸ Por el contrario, suponer que el artículo 133 constitucional es insuficiente para incorporar los tratados internacionales al orden jurídico nacional y que es necesaria una norma implementadora de mayor especificidad, implicaría aceptar que la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Medellín vs. Texas* (552 U.S. 491 (2008)) fue correcta, pues debe recordarse que se determinó que no podía obligarse al cumplimiento de la sentencia *Avena* de la Corte Internacional de Justicia hasta que no existiera una norma federal que así lo ordenara.

¹⁹ La citada Convención la aprobó el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

que el Estado se había obligado a respetar y garantizar, así como a adoptar medidas internas con el fin de lograr su protección.

Las ideas que exponemos se confirman con la sentencia del Amparo en revisión 1621/2010, que si bien fue fallado por la Primera Sala el 15 de junio de 2011 –cinco días después de entrada en vigor la reforma–, su argumentación se basa en el texto constitucional vigente anteriormente. En sus consideraciones, la Corte precisó los alcances de los derechos humanos en las relaciones entre particulares partiendo de una distinción metodológica interesante: dio por sentado que los derechos humanos constituyen normas que deben ser respetadas por el poder público. A partir de esa precisión, desarrolló los argumentos por los que, a su juicio, también podían extenderse a las relaciones entre particulares.²⁰ Esto es, la eficacia de los derechos humanos resultaba un aspecto tan obvio para la Corte, que lo tomó como punto de arranque en una discusión que concluyó con el reconocimiento de esos derechos como valores constitucionales objetivos, con relevancia en las relaciones entre particulares.

Es claro, entonces, que el orden jurídico mexicano vigente antes de la publicación del Decreto de reformas que constituye la materia de análisis, ya preveía la obligación de las autoridades de salvaguardar los derechos fundamentales; incluso ya se había reconocido su primacía en el orden jurídico y se les había reconocido como condición totalizadora del ordenamiento. Por tal motivo, las referencias a los derechos humanos que se han incluido en el texto constitucional en relación con diversos temas –educación, celebración de tratados, readaptación social– no modifican la estructura normativa anterior. Esto es, tales reformas no aportan elementos normativos novedosos, pues las nuevas reglas se encontraban embebidas en el ordenamiento, y aun cuando algunas no tuvieran un rango constitucional, lo cierto es que se hallaban en el segundo escalón jerárquico del ordenamiento, es decir, los tratados internacionales, por lo que hubieren podido anular cualquier disposición inferior que se les opusiera.

²⁰ En su parte relevante, en dicha sentencia se sostuvo lo siguiente: “La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones de dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares. Sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. *A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva).* En un sistema jurídico como el nuestro —en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión—, *los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento.* En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares”.

- *Cambios procedimentales y sobre las competencias de los órganos de protección de derechos humanos.*

En un segundo apartado hemos clasificado las modificaciones constitucionales que se refieren a los procedimientos de suspensión de derechos humanos en el país, así como la competencia de los diversos órganos del Estado en la materia. Dentro de estos cambios, hemos incluido los realizados a los artículos 29, 97, 102 y 105 constitucionales.

La modificación realizada al artículo 29 establece, en primer lugar, un catálogo de derechos no susceptibles de suspensión que, por cierto, replica el catálogo ya contenido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²¹ Asimismo, señala que la suspensión deberá estar fundada y motivada –imperativo ya contenido en el artículo 16 constitucional–, y ser proporcional, lo cual también ya señalaba, con otras palabras, el artículo 29, párrafo primero, de la Convención Americana de Derechos Humano. El párrafo subsecuente señala que, una vez cumplida la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos, quedarán sin efectos las medidas decretadas, provisión que parece redundante, pues si la suspensión se autoriza por un plazo determinado, lógicamente la medida cesará una vez transcurrida. Ahora, el artículo en cuestión sí introduce elementos normativos novedosos en lo relativo al procedimiento; por ejemplo, limita el ejercicio del derecho de veto del Ejecutivo federal en relación con el decreto del Congreso por el cual determine revocar la medida restrictiva de derechos fundamentales, y establece la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para revisar de oficio los decretos restrictivos de derechos humanos emanados de la aplicación del artículo en comento. Estos cambios son positivos, en tanto refuerzan el procedimiento para la suspensión de derechos humanos; sin embargo, resultaría falso suponer que redundarán en un cambio sustancial en la protección de derechos humanos, pues la falta de protección a estos en nuestro país no se debe a que se haya utilizado excesivamente la facultad de suspensión de garantías prevista en el artículo 29 constitucional, sino a la actitud de los operadores del derechos frente a ellos. Elaboraremos sobre este tema más adelante, pues ésa es, precisamente, la médula de nuestro argumento.

Por otra parte, la reforma de 2011 eliminó la facultad que tenía la Suprema Corte de Justicia de la Nación de averiguar violaciones graves a los derechos humanos. Dicha potestad había sido utilizada en casos sumamente controversiales, como los relativos a la matanza de Aguas Blancas; los hechos de represión policiaca en Atenco; las ofensas en contra de Lydia Cacho y, más recientemente, el incendio de la Guardería ABC en el estado de Sonora. La facultad se asignó ahora a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos –con ciertos matices–, conservándose el derecho de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de solicitar al Consejo

²¹ Además del catálogo contenido en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se agrega la prohibición de restringir los derechos a la no discriminación –que se contiene en el propio artículo 27 en un párrafo primero–, la prohibición de la pena de muerte –que de cualquier modo no podía reinstaurarse por virtud del artículo 4.3 de la señalada Convención– y la prohibición de la desaparición forzada y la tortura que constituye una derivación del derecho a la integridad personal.

de la Judicatura Federal que instruya una averiguación en torno a la conducta de algún juez o magistrado federal.

En otro aspecto, el artículo 102 constitucional sufrió diversas modificaciones. En primer lugar, se estableció la obligatoriedad de responder a las recomendaciones emitidas por las comisiones de derechos humanos, por lo que ante la negativa a aceptar una recomendación, el Senado de la República, la Comisión Permanente –en los recesos de aquél–, así como las legislaturas de los estados, podrán solicitar la comparecencia del funcionario que se negó a aceptar la recomendación. Claramente se pretende aumentar el costo político que tendría no aceptarla. Asimismo, se les otorgó competencia para formular recomendaciones en materia laboral, que anteriormente era una de las materias en las que les estaba vedado intervenir. En otro aspecto, el artículo 102 establece ahora que la elección del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes de su Consejo Consultivo, deberá estar precedida de un procedimiento de consulta pública.

Finalmente, el artículo 105, párrafo II, inciso g, se modificó para establecer la legitimación de la citada Comisión para promover acciones en contra de normas que vulnerasen los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. Aunque esta modificación podría parecer irrelevante, constituye una respuesta del Constituyente Permanente al criterio sostenido por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Acción constitucional 22/2009, en la que señaló que la legitimación de dichos órganos se limitaba a la protección de normas consagradas en la Constitución federal y no en los tratados, aun cuando abrió la puerta para que se planteara un control de convencionalidad como una especie de violación al principio genérico de legalidad.²²

²² Lo anterior, como se desprende del siguiente fragmento de la sentencia: “El inciso g del precepto constitucional en cuestión condiciona la legitimación de estos organismos a la impugnación de leyes ‘que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución’, expresión que debe interpretarse en congruencia con el sistema de las acciones de inconstitucionalidad y su naturaleza de medio de control constitucional. Así, si por esta vía sólo es dable ejercer un control de la constitucionalidad de las normas –no de su legalidad o convencionalidad–, la legitimación de los organismos de protección de derechos humanos para promoverla debe entenderse circunscrita también a la denuncia de violaciones constitucionales en materia de derechos humanos, de modo que sólo la Constitución General puede servir como norma de contraste. Ciertamente, el ámbito de protección de los derechos humanos a cargo de los organismos previstos en el artículo 102, apartado B de la Constitución General es más amplio, en tanto comprende ‘los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano’, es decir, tanto los consagrados en la Constitución como en los tratados internacionales; sin embargo, el hecho de que dicha expresión no se retome en el artículo 105, fracción II, inciso g de la Norma Fundamental, que es norma posterior, también apunta a una interpretación según la cual sólo los derechos humanos protegidos por la Constitución pueden servir de parámetro de control en las acciones de inconstitucionalidad que promuevan estos organismos. Al respecto, cabe precisar que no existe un catálogo de derechos fundamentales tutelados por la Constitución General a los que deban ceñirse los organismos de protección de los derechos humanos al promover acciones de inconstitucionalidad. A lo largo de todo su articulado, la Constitución consagra diversos derechos fundamentales con contenidos y alcances que corresponde fijar a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante su labor interpretativa, por lo que válidamente pueden plantearse en la acción argumentos que propongan una interpretación en el sentido de que la Constitución tutela algún derecho fundamental. También debe quedar puntualizado que todos los derechos fundamentales expresados en la Constitución pueden invocarse como violados, sin que quepa hacer clasificaciones o exclusiones de derechos susceptibles de ser tutelados por esta vía, de modo que los organismos de protección de los derechos humanos también pueden denunciar violaciones al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, a través del cual es dable construir un argumento de violación constitucional por incompatibilidad

Las reformas que aquí hemos comentado no aportan elementos que modifiquen sustancialmente la posición de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano. Es cierto que cambian las competencias de los órganos de protección de los derechos humanos –especialmente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos–, situación que podría hacer a estos órganos más poderosos, ampliando así sus capacidades de actuación. Sin embargo, son cambios que difícilmente podrían calificarse como paradigmáticos, pues a fin de cuentas constituyen pequeños ajustes a una estructura de protección de derechos humanos ya existente. Entonces, aun cuando son aspectos positivos de la reforma, no cabe concebirlas como verdaderos parteaguas en el respeto a los derechos humanos en el país.

- *Aspectos jurídicos verdaderamente relevantes.*

En una última categoría hemos agrupado los aspectos de la reforma que sí implican una modificación normativa relevante en torno a los derechos humanos. Encontramos en esta categoría lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º, el segundo párrafo del artículo 11, y la nueva redacción del artículo 33 de la Constitución Federal. Estas modificaciones sí introducen elementos normativos novedosos, aunque no constituyen una alteración relevante al marco jurídico mexicano en materia de derechos humanos, en la medida en que se refieren a problemas jurídicos no generalizados, carecen de eficacia normativa y, en el peor de los casos, constituyeron un retroceso a lo que la legislación secundaria ya había establecido sobre el tema.

El primero de estos cambios normativos verdaderamente novedosos es la incorporación del párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución federal. En él se adoptó el principio pro persona como método de interpretación aceptado. Esta decisión es de suma relevancia, aunque su alcance será limitado, por las razones que se explican a continuación.

Como lo mencionamos, desde antes de la reforma, los derechos fundamentales tenían una posición de primacía en el orden jurídico. Lo anterior se refleja, por ejemplo, en un criterio que el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sostuvo en 2004, en el que, en esencia, señaló la obligatoriedad de adoptar el principio interpretativo pro persona, conclusión que se basó en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²³ Lo anterior fue congruente

de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos. En las relatadas condiciones, la legitimación de los organismos de protección de los derechos humanos para promover acciones de inconstitucionalidad contra normas generales que vulneren derechos humanos, está sujeta a que se invoquen como vulnerados derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, Acción de inconstitucionalidad 22/2009, fallada el 4 de marzo de 2010.

²³ Dicho criterio es localizable con el número de registro electrónico 179 233, y se publicó en la página 1 744 del t. XXI, febrero de 2005, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. La tesis aislada es del tenor siguiente: “Principio *pro homine*. Su aplicación es obligatoria. El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos

con el *corpus iuris* de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya había reconocido que entre sus funciones se encontraba la de interpretar la Convención Americana de manera que favoreciera la protección más amplia de la persona.²⁴ En este orden de ideas, nos parece razonable afirmar que, desde antes de la publicación de la reforma constitucional de junio de 2011, existía ya una obligación a cargo del Estado mexicano de interpretar las normas relacionadas con derechos humanos que favorecían la protección más amplia.

Las disposiciones que obligaban a adoptar la interpretación pro persona emanaban de un tratado internacional que, conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se encontraba jerárquicamente subordinado a la Constitución federal. La Constitución federal, por su parte, no adoptaba un criterio interpretativo en ese sentido, sino que su artículo 135 establece que la resolución de antinomias debe resolverse atendiendo al principio de jerarquía normativa. Ello podía implicar que la aplicación de tal principio se debía aplicar a todo el ordenamiento jurídico, a menos que implicara una contravención al texto constitucional. En tal caso, debía sujetarse a la jerarquización de normas como mecanismo de solución de antinomias.

Tal método de resolución de antinomias sí se vio alterado por la reforma constitucional. A reserva de lo que decida la Suprema Corte al momento de pronunciarse sobre la Contradicción de tesis 293/2011,²⁵ lo cierto es que, de acuerdo con el fraseo del párrafo citado, pareciera que las antinomias deberán resolverse atendiendo al principio de máxima protección a la persona. Ello implica que, ante una contradicción entre la Constitución y la Convención Americana —o cualquier otro tratado de derechos humanos—, deberá prevalecer la que más proteja a la persona, en tanto ése es el sentido final de la cláusula interpretativa pro persona.²⁶ Esto podría conllevar a que, en ocasiones, la Constitución federal pudiera verse inaplicada por virtud de un tratado internacional, situación que resulta impensable si se atiende a la jerarquía normativa como método de resolución de antinomias.

El tema es claramente de sumo interés y revela una decisión de política pública relevante respecto a si debe anteponerse la protección de la persona ante cualquier consideración de orden político —como la jerarquía normativa—. Sin embargo, el alcance de la modificación es limitado, pues se circunscribe a la resolución de las antinomias Constitución-tratados inter-

Humanos y 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 y el 20 de mayo de 1981, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria”.

²⁴ Este criterio se sostuvo por primera vez al fallar el *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, mediante sentencia del 1 de septiembre de 2001, en su párrafo 70, que señala: “Incumbe a la Corte darle a la declaración del Estado, como un todo, una interpretación de acuerdo con los cánones y la práctica del Derecho Internacional en general, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular, y que proporcione el mayor grado de protección a los seres humanos bajo su tutela”. El criterio se reiteró con posterioridad en diversos asuntos.

²⁵ Donde dilucidará si la reforma constitucional de 2011 implicó la creación de un “bloque de constitucionalidad”.

²⁶ En este punto, resultan relevantes los comentarios que al respecto formula José Luis Caballero Ochoa, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1°, segundo párrafo, de la Constitución), en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 130-132.

nacionales. Esto es, si bien se establece el principio pro persona como criterio interpretativo, no debe perderse de vista que éste podía deducirse conforme al texto constitucional anterior –resultando incluso de aplicación obligatoria, si atendemos al criterio citado antes–, por lo que la reforma, en realidad, sólo produce que dicho principio deba utilizarse para resolver antinomias del tipo Constitución-tratados internacionales, lo cual sí resultaba impensable antes de la reforma.

En un segundo aspecto, encontramos la modificación al artículo 11 de la Constitución federal. A dicho artículo se le añadió un segundo párrafo para indicar que “en caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones”. No obstante, dicha redacción es técnicamente incorrecta y entra en conflicto con la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria aprobada en enero de 2011.

Lo anterior es así por dos aspectos. Primero, abona a la añeja discusión doctrinal respecto a las diferencias o similitudes entre el asilo o refugio. Esta arcaica discusión, en términos prácticos, genera distinciones entre refugiados y “asilados”. No obstante, organismos internacionales tales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados han señalado que dicha discusión debe ser superada y que no hay diferencias entre el asilo y el refugio.²⁷ No obstante, la “novedosa” reforma constitucional insiste en esa distinción.

En un segundo aspecto, la reforma es técnicamente incorrecta, ya que el derecho internacional no proporciona una definición clara sobre lo que debe entenderse como causas de carácter humanitario, pues se trata de un concepto acuñado durante la reforma. De hecho, la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (en sintonía con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967) establece que la condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, y que

debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.²⁸

²⁷ Véase, por ejemplo, el artículo publicado por Juan Carlos Murillo, “El debate entre asilo y ‘refugio’”, *El Universal*, 4 de enero de 2011. Disponible en: <<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51216.html>>. El autor, al momento en que escribió ese artículo, fungía como director de la Unidad Legal de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados para el Continente Americano. Sin embargo, sectores de la academia insisten en la división, como es el caso de Gabriela Rodríguez Huerta, “Extranjeros y debido proceso legal”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit.

²⁸ Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.

Así pues, la “novedosa” reforma al artículo 11 crea el riesgo de disminuir la protección internacional que México otorga y que fue objeto de años de esfuerzo por parte de organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil. Es decir, esta imprecisión técnica en la redacción puede tener consecuencias sustantivas al momento de resolver un caso de una persona que busque obtener la condición de refugiado al amparo del derecho internacional en la materia, ya que tal estatus se puede otorgar sólo por “causas de carácter humanitario”, cuyo contenido es incierto al no estar definido por el derecho internacional. Así, resulta plausible suponer que una persona que ha huido de su país debido a opiniones políticas, se le podría negar la condición de refugiado, pues resultaría difícil explicar por qué tal situación constituiría una “razón de carácter humanitario”.

Finalmente, se encuentra la modificación al artículo 33 de la Constitución federal. Esta reforma constituye un avance, en tanto se acotó la facultad del Ejecutivo federal de expulsar extranjeros a que se les otorgara audiencia previa. Lo anterior permitirá afianzar la seguridad jurídica de los extranjeros que habiten en nuestro país, pues ahora no habrá cabida a expulsiones sumarias producto una orden ejecutiva. Además, al obligarse la audiencia previa, se abrirá la posibilidad de que los extranjeros conozcan la intención de expulsarlos y, en consecuencia, estén en aptitud de controvertir judicialmente tal orden. Ahora, la evaluación adecuada de este artículo pasa por el análisis de sus detalles. Tenemos, pues, que el artículo 5° transitorio del Decreto de reformas comentado señala:

QUINTO. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.

Este transitorio revela que la eficacia de uno de los incuestionables avances de la reforma constitucional se sujetó a la decisión del legislador ordinario de emitir una ley, la cual, como es de suponerse, no se ha expedido y, en consecuencia, hasta el día de hoy un extranjero podría seguir siendo expulsado sin que medie audiencia previa. Entonces, más allá de lo doctrinariamente absurdo que resulta que una reforma constitucional en materia de derechos humanos se sujete a la disponibilidad del legislador ordinario, lo cierto es que uno de los indudables avances que implicaba la reforma, se encuentra privado de eficacia.

Aunado a ello, la reforma en comento constitucionalizó la detención de extranjeros si se pondera que, previo a ella, ningún artículo constitucional preveía la posibilidad de detener a extranjeros a causa de un procedimiento de expulsión o deportación; en cambio, ahora el artículo 33 establece que “el Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención”. Es decir, el artículo 33 lejos de ser un artículo progresivo, podría incluso ser regresivo ya que constitucionaliza la detención de extranjeros con base en una falta administrativa. Lo anterior sin soslayar que los aspectos específicos de otorgamiento de audiencia deberán ser definidos por la Ley Reglamentaria, ante cuya ausencia, resulta imposible considerar este tema como superado definitivamente.

Más allá de las reflexiones particulares planteadas sobre estos cambios, nuestra perspectiva es que éstos son los únicos que introdujeron elementos normativos novedosos. Sin embargo, se trata de cambios que tendrán efectos marginales, o bien, de modificaciones que en realidad menoscaban la protección de derechos que se podía lograr conforme al marco normativo anterior. Por ello, tampoco consideramos que sean cambios que constituyan hitos legislativos, o partaguas en la protección de los derechos humanos.

IV. Reflexiones sobre la reforma

Se ha convertido en lugar común afirmar que la reforma constitucional en derechos humanos es un avance importante para la promoción y protección de los derechos humanos en México. No obstante, los efectos prácticos, beneficios y limitaciones de la reforma necesitan ser analizados en sus detalles. De acuerdo con el estudio que hemos emprendido sobre el tema, consideramos que esta reforma aporta pocos elementos normativos novedosos, toda vez que, salvo las cuestiones ya apuntadas, el orden jurídico anterior contenía normas similares o idénticas a las que ahora se presentan como novedosas y, ciertamente, constitucionalizadas. De ahí que, desde nuestro punto de vista, sea incorrecto concebir la reforma como un hito legislativo, o bien, como la panacea para remediar la situación de los derechos humanos que vive nuestro país.

En general, consideramos que la reforma se inserta como un capítulo más en la gran problemática que aqueja a la realidad jurídica de nuestro país, y que radica en la disociación entre el deber ser y el ser del derecho. Sobre este aspecto, diversos académicos e incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación han afirmado que México ha vivido en un fetichismo jurídico: suponer que el mero cambio legislativo supone un cambio en la realidad social.²⁹ Es común observar que las leyes secundarias y sus reglamentos contienen amplias declaraciones de principios sin contener mecanismos ni directrices para la implementación de políticas públicas.

Por ejemplo, en el estudio *Análisis del derecho fundamental de contar con un juicio justo en México*, Alejandro Posadas Urtusuástegui y Hugo Eric Flores Cervantes³⁰ apuntaban las marcadas diferencias entre la calidad del juicio que se debería recibir conforme al marco jurídico y el que en realidad se recibe. Tomando datos del relator especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, así como de la encuesta a población en reclusión realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas en 2003, pusieron de relieve que el marco normativo se incumple constantemente. Esto nos permite descartar la hipótesis de que a un cambio legislativo —o constitucional, para el caso— seguirá un cambio en la realidad social y jurídica del país.

²⁹ El término *fetichismo jurídico* se acuñó en Poder Judicial de la Federación/Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la Reforma Judicial: una agenda para la justicia en México*, 2006, p. 68.

³⁰ Al respecto puede resultar relevante Alejandro Posadas Urtusuástegui y Hugo Eric Flores Cervantes, *Análisis del derecho fundamental de contar con un juicio justo en México*, México, CIDE, 2006, p. 23.

Abonemos sobre el tema. El incumplimiento normativo, que la Judicatura achaca consistentemente a una de las partes en el proceso –el Ministerio Público–, también puede atribuirse a aquélla. Otra muestra de la disociación entre el marco jurídico y la realidad del país es la jurisprudencia J/346 del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, que sostuvo que la confesión obtenida por medio de la violencia física es válida, siempre que se encuentre confirmada por otros medios de prueba.³¹ Es obvio que este criterio no puede sostenerse bajo ningún concepto a la luz del artículo 8.3. de la Convención Americana de Derechos Humanos –que ya formaba parte de la Ley Suprema de la Unión al momento en que se dictó la norma–, pues un medio de prueba obtenido ilícitamente no puede “depurarse” por su confirmación con otros datos. Un criterio contrario implica la creación de un incentivo perverso para que aquel que obtiene ilícitamente el medio probatorio, lo “modele” para que sea congruente con el resto del material probatorio y, así, “limpiar” su ilegal obtención.³²

Esta disociación entre marco normativo y actuación de operadores jurídicos persiste en la actualidad. Tenemos, por ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente que la prisión preventiva es una medida cautelar de naturaleza excepcional y que, como tal, su imposición está sujeta a que se demuestre fehacientemente que la libertad del procesado podría poner en riesgo el éxito de la investigación, o bien, que exista algún riesgo fundado de fuga.³³ Por su parte, el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución federal sujeta el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución a que se garanticen diversos conceptos, además de que el delito del que se acusa al procesado no sea grave.

Desde nuestro punto de vista, es patente la antinomia entre el contenido de la Constitución federal y la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en relación con los requisitos para sujetar a una persona a prisión preventiva. Si asumimos el mandato pro persona que la Constitución establece para la resolución de antinomias, resultaría imposible continuar sujetando la prisión preventiva al mismo estándar que señala el artículo 20 constitucional y, en su lugar, habría que dictarla conforme a lo que dispone la Convención Americana. Sin embargo, a la fecha no hay noticia de que algún juez haya determinado dejar en libertad a una persona acusada de un delito grave; incluso, el tema no ha sido siquiera materia de debate en alguna resolución.

³¹ El criterio en cuestión es del tenor siguiente: “Confesión coaccionada corroborada por otros datos. Cuando una confesión es obtenida mediante la violencia física y ésta se encuentra aislada sin ningún otro dato que lo robustezca o corrobore, desde luego que la autoridad de instancia debe negarle todo valor; pero si una confesión es obtenida mediante golpes, y ésta se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía se deberá poner en libertad a un responsable que confesó plenamente su intervención en determinado delito, quedando a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la actitud inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado” (Octava Época, Registro: 209 400, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Localización: vol. 85, enero de 1995, Materia(s): Penal, Tesis: VI.2o. J/346, p. 85).

³² De cualquier modo, el criterio sobre la “depuración” de las pruebas por su confirmación con otros elementos probatorios se sigue sosteniendo. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que la confesión rendida sin entrevista previa con el defensor era inválida. Sin embargo, más adelante señaló que tal invalidez no ocurriría si la confesión se corroboraba con otros datos. Al respecto, véanse las tesis.

³³ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 196-198.

Lo que importa destacar es que el problema que reviste la protección de los derechos humanos en nuestro país no es únicamente normativo (contar con leyes adecuadas).³⁴ En efecto, las normas protectoras de derechos humanos se encuentran ahí desde hace tiempo y, a pesar de ello, había criterios tan contradictorios como el que apuntamos anteriormente.³⁵ Entonces, nos parece claro que la deficiente protección de los derechos humanos no se debía a un deficiente marco normativo y, en consecuencia, la reforma constitucional será ineficaz para modificar tal situación, máxime que, como quedó de manifiesto, los verdaderos cambios normativos han sido escasos.

Ahora bien, la reforma constitucional tiene un mérito indiscutible que resultaría mezquino soslayar, y es que ha obligado a que quienes operan el derecho adquieran mayor interés respecto a los derechos humanos. Esto se ha reflejado en la generación de foros de discusión y aprendizaje para comprender el alcance de las “nuevas” disposiciones. Es decir, la reforma ha generado un *despertar ideológico* en relación con los derechos humanos y, como tal, resulta valiosa. Sin embargo, es necesario que tengamos claro que el mérito de la reforma sería, en todo caso, ideológico y no normativo.

Reconocer que la deficiente protección de los derechos humanos se debe a una actitud de los y las operadoras del derecho, y que la reforma tiene un mérito más ideológico que normativo, permite centrar la discusión de sus alcances más sensatamente. En efecto, si asumimos lo anterior, entenderemos también que al igual que antes existían normas protectoras que eran soslayadas, las normas reformadas podrían continuar sin producir plenamente sus efectos, a menos que se produzca un verdadero cambio ideológico en quienes aplican el derecho en su cotidiano quehacer. En consecuencia, sabremos que la reforma no constituye un triunfo definitivo ni una panacea en la protección de los derechos fundamentales, sino acaso una valiosa herramienta para modificar la actitud de los operadores jurídicos.³⁶

³⁴ En este mismo sentido, encontramos a Ana Laura Magaloni, *¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?*, Documento de Trabajo, México, CIDE, 2007. Disponible en: <<http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DTEJ%2025.pdf>>.

³⁵ Por ejemplo, algunos sectores de la academia han señalado que hay una resistencia cultural a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en México. Ricardo Sepúlveda Iguíniz, “Aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos por los operadores judiciales”, en *Seminario Internacional sobre Aplicación de Instrumentos Internacionales en Materia de Derechos Humanos en el Ámbito Interno (Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal)*, 2010, p. 72. Disponible en: <<http://www.derechoshumanosdf.gob.mx/work/models/DOCDH/Resource/176/1/images/Libro%20digital%281%29.pdf>>. Otros académicos también acusaron la relación entre la interpretación constitucional y el régimen autoritario, véase José Ramón Cossío Díaz, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2ª ed., México, Fontamara, 2000.

³⁶ Por ejemplo, muchos legisladores e impartidores de justicia en México profesan un fuerte nacionalismo jurídico. Es decir, un cierto temor e incluso rechazo hacia la incorporación de legislación extranjera e internacional al sistema jurídico mexicano. La reforma constitucional contiene rasgos de dicho nacionalismo jurídico, por ejemplo el artículo 11 constitucional. Por ello, es necesario entender, primero, que tratados y normas de derecho internacional generarán fricciones y tensiones entre los operadores encargados de implementar la reforma constitucional; una vez identificadas dichas tensiones, será necesario generar y buscar argumentos para que los operadores cambien su actitud hacia la incorporación de normas de derecho internacional de los derechos humanos. Un ejemplo similar al respecto es la campaña que derivó en el *Human Rights Act*, en el Reino Unido.

Por ello, si el mérito de la reforma es más ideológico que normativo, nuestra perspectiva es que los esfuerzos de la comunidad jurídica interesada en los derechos humanos debe centrarse en difundirla, modificando así la actitud de los y las operadoras del derecho en relación con este materia. Por el contrario, resultaría estéril gastar recursos humanos e intelectuales escudriñando en las disposiciones, pues su contenido normativo es claro y ha sido materia de profuso desarrollo. Consideramos que sólo si comprendemos la reforma en esos términos, evitaremos que se convierta en otro episodio de nuestro fetichismo jurídico y, por el contrario, se logre el objetivo de que todos los habitantes del país sean titulares de los derechos que el orden jurídico consagra en su favor.

v. Bibliografía

- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- Becerril, Andrea y Víctor Ballinas, “Aprobada, reforma constitucional en materia de derechos humanos”. Disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2011/03/09/politica/005n1pol>>.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992.
- Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>>.
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>>.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>>.
- Castilla Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Chile en Talca, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_3.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia del 1 de septiembre de 2001 (Fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas).
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Medellín vs. Texas* (552 U.S. 491 (2008)).
- Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2ª ed., México, Fontamara, 2000.
- “Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2006.
- Guastini, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 56-57.
- Magaloni, Ana Laura, *¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?*, Documento de Trabajo, México, CIDE, 2007. Disponible en: <<http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DTEJ%2025.pdf>>.
- Murillo, Juan Carlos, “El debate entre asilo y ‘refugio’”, *El Universal*, 4 de enero de 2011. Disponible en: <<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51216.html>>.
- Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.
- Poder Judicial de la Federación/Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la Reforma Judicial: una agenda para la justicia en México*, México, 2006.
- Posadas Urtusuástegui, Alejandro y Hugo Eric Flores Cervantes, *Análisis del derecho fundamental de contar con un juicio justo en México*, México, CIDE, 2006.
- Rodríguez Huerta, Gabriela, “Extranjeros y debido proceso legal”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>>.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
- Sepúlveda Iguíniz, Ricardo, “Aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos por los operadores judiciales”, en *Seminario Internacional sobre Aplicación de Instrumentos Internacionales en Materia de Derechos Humanos en el Ámbito Interno (Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal)*, 2010. Disponible en: <<http://www.derechoshumanosdf.gob.mx/work/models/DOCDH/Resource/176/1/images/Libro%20digital%281%29.pdf>>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, amparo en revisión 1621/2010, Sentencia del 15 de junio de dos mil 2011.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, acción de inconstitucionalidad 22/2009, fallada el 4 de marzo de dos mil 2010.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011.

INVESTIGACIÓN

Consideraciones sobre la situación de los derechos de las personas con discapacidad en el estado de Yucatán

María Teresa Vázquez Baqueiro*

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán y miembro del Colegio de Abogados de Yucatán.



Resumen

En el presente documento se analiza la situación de los derechos de las personas con discapacidad en el estado de Yucatán y se intenta esbozar un panorama respecto a la discriminación a la que se enfrentan a causa de esta condición. Se ofrece también un estudio de los distintos enfoques desde los que se ha abordado el concepto de discapacidad y se estudia el marco internacional, nacional y local vigente en la materia.

Palabras clave: discapacidad, personas con discapacidad, discriminación, derechos humanos, Yucatán.

Abstract

This paper analyzes the situation of the rights of persons with disabilities in Yucatan and outlines the situation of discrimination they face. The paper provides a survey of the different approaches from those who disability has been discussed and an analysis of the international framework, national and local rules in force.

Key words: disability, persons with disabilities, discrimination, human rights, Yucatán

Sumario

I. Introducción; II. Modelos para abordar el problema de la inclusión de las personas con discapacidad a la sociedad; III. Discriminación y personas con discapacidad; IV. Propuestas de asociaciones de y para personas con discapacidad del estado de Yucatán que integran el Grupo promotor de los derechos de las personas con discapacidad. Rompiendo Barreras; v. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo se ofrece una aproximación al tema del respeto a los derechos de las personas con discapacidad en el estado de Yucatán, mediante el análisis de la doctrina y el marco jurídico aplicables en la materia, y con base en la encuesta Personas con Discapacidad y Derechos Humanos realizada por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán y las propuestas de las asociaciones de la sociedad civil de y para personas con discapacidad del estado de Yucatán que integran el Grupo promotor de los derechos de las personas con discapacidad: Rompiendo Barreras.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), “discapacidad” es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Estas deficiencias son problemas que afectan una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las de la sociedad en la que vive.¹ No dejemos de lado que la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas, señala en su preámbulo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.²

La propia Convención, en su artículo 1º, señala que “las personas con discapacidad incluyen a las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al

¹ Organización Mundial de la Salud, “Discapacidades”. Disponible en: <<http://www.who.int/topics/disabilities/es/>>, (visitada el 29 de septiembre de 2012).

² Inciso e del Preámbulo de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas, publicada el 2 de mayo de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*, que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

interactuar con diversas barreras, les impiden participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas”.³

La OMS estima que más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; es decir, alrededor de 15% de la población mundial (según las estimaciones de población mundial en 2010).⁴

Si se incluye a los miembros de sus familias, el número de personas directamente involucradas con la discapacidad asciende a alrededor de 2 000 millones, casi un tercio de la población mundial. Se estima, además, que el número de personas con discapacidad está en aumento debido al crecimiento de la población, al incremento en la esperanza de vida y al proceso de envejecimiento que hoy en día enfrenta la población de muchos países.⁵

En el caso particular de México, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), con base en el cuestionario ampliado del Censo de Población y Vivienda 2010, identificó 5 739 270 mexicanos con alguna dificultad física o mental para realizar actividades de la vida cotidiana.

De acuerdo con este censo, Yucatán ocupa el segundo lugar nacional en tasa de prevalencia de discapacidad en el país con 124 638 personas que viven con alguna discapacidad, esto significa al menos 6.4% de su población total.⁶ Por esta última estadística, resulta vital conocer el estado que guarda el respeto a los derechos de las personas con discapacidad en Yucatán.

No podemos seguir hablando de protección a los derechos de las personas con discapacidad sin mencionar el marco jurídico con el que contamos para lograr su pleno reconocimiento y garantía. En el ámbito internacional, México es Estado parte de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 7 de junio de 1999, y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas, publicada el 2 de mayo de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación* y que entró en vigor al día siguiente, es decir, el 3 de mayo del mismo año.

En el ámbito federal, en 2001 se publicó la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1º constitucional, la cual sentó las bases jurídicas para la publicación, en junio de 2003, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Mediante esta Ley se creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), cuyo objetivo es contribuir al desarro-

³ Artículo 1º de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas.

⁴ Organización Mundial de la Salud, “Diez datos sobre la discapacidad”. Disponible en: <<http://www.who.int/features/factfiles/disability/facts/es/index.html>>, (visitada el 28 de septiembre de 2012).

⁵ Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad 2009-2012, México 2009. Véase Guillermo Escobar (dir.), “Personas con discapacidad. VII Informe sobre derechos humanos”, Federación Iberoamericana de Ombudsmen, Madrid, Trama, 2010, p. 11.

⁶ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Censo 2010. Disponible en: <<http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=mdis04&s=est&c=27717>>, (visitada el 25 de septiembre de 2012).

llo cultural, social y democrático del país; llevar a cabo las acciones conducentes para prevenir y eliminar la discriminación; formular y promover políticas públicas para la igualdad de oportunidades y de trato a favor de las personas que se encuentran en territorio nacional, así como coordinar las acciones realizadas por las dependencias y entidades del Poder Ejecutivo federal en materia de prevención y eliminación de la discriminación.⁷ Finalmente, el 30 de mayo de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

En el ámbito estatal se cuenta con la Ley para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad del Estado de Yucatán, publicada en el *Diario Oficial del Gobierno del Estado* el 21 de diciembre de 2011. Por último, es importante señalar que el municipio de Mérida es el único en el estado que cuenta con un Reglamento para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, el cual fue publicado en la *Gaceta Municipal* el 9 de septiembre de 2009.

Aún cuando en el país contamos con un marco jurídico que reconoce los derechos de las personas con discapacidad, los resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, realizada en 2010 por el Conapred, señalan que este sector padece desempleo, discriminación y dependencia de todo tipo al no ser autosuficientes. En el caso de Yucatán, la situación de las personas con discapacidad no es muy distinta a lo que arroja la encuesta nacional, como veremos más adelante. Las personas con discapacidad viven formas muy diferentes de exclusión y discriminación, las cuales obedecen en buena medida a las distintas maneras de concebir y entender la discapacidad, así como a los estereotipos que estas concepciones han creado o reproducido a lo largo de la historia. El paradigma de atención a la discapacidad, sin embargo, cambió con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y marcó un antes y un después en la protección de sus derechos, al pasar del modelo médico a los modelos sociales, los cuales buscan ir más allá, hacia un modelo de derechos.

A continuación presentamos algunos apuntes sobre los modelos de atención que, a lo largo de la historia, se han empleado para la atención de las personas con discapacidad.

II. Modelos para abordar el problema de la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad

En la doctrina especializada, se encuentra de manera recurrente la mención de dos modelos para abordar el problema de la inclusión de las personas con discapacidad: *a)* el asistencialismo y paradigma médico y *b)* el modelo social de discapacidad. Personas con discapacidad: sujetos de derechos.

⁷ Artículo 17° de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

a) **Asistencialismo y paradigma médico**

Históricamente, en la cultura occidental ha predominado, desde el siglo XIX, el enfoque médico individualista,⁸ en el cual la persona con discapacidad es considerada objeto de intervención clínica.⁹ Este modelo es un mecanismo diseñado con base en el énfasis de que la discapacidad es una desventaja de la persona que requiere atención médica o cuidados paliativos que la mitiguen.

El Conapred señala:

durante muchos años a las personas con discapacidad se les calificó como imposibilitadas para integrarse a la vida social por los medios que la mayoría consideraba como normales. Los intentos de atención bajo este esquema iban desde tratamientos y agresiones médicas forzadas hasta la reclusión y el abandono. Considerar a una persona con discapacidad como enferma trae consecuencias discriminatorias graves, pues reduce todo a la lógica de una sola causa con una única solución (enfermedad-cura) por lo que recae en la persona con discapacidad la responsabilidad de poder adecuarse e integrarse socialmente. Desde este enfoque asistencialista, una política pública se enfoca únicamente en “curar al enfermo” y “ayudarlo a sanar”. El establecimiento y desarrollo de esta visión se tradujo en años de políticas con visión médica o asistencial y protectoras que no sólo no ayudaban a la independencia de las personas, sino que reducían notablemente sus posibilidades de gozar plenamente de sus derechos.¹⁰

b) **Modelo social de discapacidad. Personas con discapacidad: sujetos de derechos**

Uno de los presupuestos fundamentales del modelo social radica en que las causas que originan la discapacidad no están en la persona, sino que son preponderantemente sociales, es decir, las limitaciones individuales no son las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para satisfacer adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad y para que éstas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Para el modelo social, las soluciones deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad.

Por otra parte, el modelo social tiene una variable en el modelo de la diversidad. Se trata de un modelo basado en los postulados de los movimientos de vida independiente y que demanda la consideración de la persona con discapacidad como un ser valioso en sí mismo por su

⁸ Véase Patricia Brogna (comp.), “Visiones y revisiones de la discapacidad”, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 103.

⁹ Véase Gerard Quinn, “Derechos Humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”, Nueva York/Ginebra, Organización de las Naciones Unidas, 2002, p. 12.

¹⁰ Véase Documento informativo sobre la situación de las personas con discapacidad en México, México, Conapred, 2010, p. 3. Disponible en: <<http://www.conapred.org.mx/depositobv/Dossier%20DISCAPACIDAD.pdf>>, (visitada el 10 de julio de 2012). Asimismo, *Modelo de atención a las personas con enfermedad mental grave*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 25 y 26.

diversidad.¹¹ La persona con discapacidad es, sencillamente, una persona diversa a otra, por lo que su presencia en la sociedad es un verdadero factor de enriquecimiento.

La Convención incluyó la igualdad de oportunidades para resguardar a las personas con discapacidad de los parámetros homogeneizantes mayoritarios que niegan la diversidad no sólo entre las personas, sino entre los diferentes tipos de discapacidad. La Convención es un complemento de tratados internacionales ya vigentes sobre los derechos humanos. No reconoce ningún nuevo derecho de las personas con discapacidad, sino que aclara las obligaciones y deberes jurídicos de los Estados de respetar y garantizar el ejercicio por igual de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad. Establece, asimismo, normas mínimas de carácter universal que deben aplicarse a todas las personas y que sientan las bases para crear un marco coherente con miras a la actuación.¹²

Por ello, el modelo social de discapacidad enfocado a percibir a las personas con discapacidad como sujetos de derechos es el nuevo paradigma que surge con la aprobación de la Convención.¹³ Este modelo reconoce a la persona y no a la deficiencia; se habla entonces de la persona con discapacidad, no de la discapacidad. Este enfoque social señala que la discapacidad no está en la persona, sino que la discapacidad es el resultado de la interacción entre la persona y su entorno, por lo que las políticas públicas deben pasar de un enfoque asistencialista y médico a uno que permita el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad para su plena inclusión en la sociedad.¹⁴

Para complementar este modelo, es conveniente analizar la estrategia de rehabilitación basada en la comunidad (RBC) que proponen la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), que afirmaron en la ponencia conjunta sobre el tema, en 1994, y en el documento de posición conjunta de 2004, que la rehabilitación basada en la comunidad constituye una estrategia de desarrollo comunitario, equiparación de oportunidades e integración social de todas las personas con discapacidad, y que afirman que la rehabilitación se lleva a cabo por medio de los esfuerzos combinados de las propias personas con discapacidad, de sus familias y comunidades, y de los servicios de salud, educativos, sociales y de carácter laboral correspondientes.¹⁵

¹¹ Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas en el marco del proyecto de investigación “El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español”, financiado por la Fundación Once, diciembre de 2008.

¹² Véase *De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*, Ginebra, Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Unión Interparlamentaria, 2007.

¹³ Véase María del Carmen Barranco Avilés (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la Ley 39/2006*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III, 2010, p. 45.

¹⁴ Véase “Documento informativo sobre la situación de las personas con discapacidad en México”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵ “Rehabilitación basada en la comunidad. Con y para Personas con Discapacidad. Ponencia conjunta, 1994”, OIT/UNESCO/OMS, p. 6; “RBC. Estrategias para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades, la reducción de la pobreza y la integración social de las personas con discapacidad. Documento de posición conjunta, 2004”, OIT/UNESCO/OMS, p. 2.

Aun cuando la RBC es anterior a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esta rehabilitación se creó de acuerdo con las capacidades de las personas y el potencial para desarrollarlas en la comunidad mediante el reconocimiento de la importancia de tener igualdad de oportunidades; es un cambio de paradigma en el que la sociedad en su conjunto asume la responsabilidad de eliminar las barreras del entorno –lo que forma parte del nuevo concepto de discapacidad–, introduce un elemento de responsabilidad social y facilita dejar atrás la idea de agrupar a las personas con discapacidad para marginarlas y excluirlas. La RBC busca, justamente, eliminar esas barreras y no sólo incluye las de los espacios, sino las mentales. Esta estrategia se ha aplicado para la incorporación del ejercicio pleno de derechos, con especial énfasis en mujeres y niñas y niños. En suma, contiene un sistema que abarca la creación de comités de apoyo, el involucramiento de la comunidad y organizaciones e instancias públicas.¹⁶ La RBC fomenta el derecho de las personas con discapacidad a vivir en la comunidad como ciudadanos en condiciones de igualdad. Hace hincapié en que niñas, niños y adolescentes con discapacidad tienen el mismo derecho a la escolarización y que las mujeres y los hombres con discapacidad tienen el mismo derecho a las oportunidades para participar en las actividades laborales y sociales.¹⁷

III. Discriminación y personas con discapacidad

Las personas con discapacidad suelen ser objeto de discriminación a causa de los prejuicios o la ignorancia, y además es posible que por esta causa no tengan acceso a los servicios esenciales. En el ámbito de la discapacidad, la discriminación es particularmente compleja y exhibe diferentes rostros, muchas veces tan sutiles que pueden pasar inadvertidos para la mayoría, actos discriminatorios degradantes que se traducen en varios tipos de barreras físicas y de restricción de oportunidades. Los muchos rostros de la discriminación hacia las personas con discapacidad limitan el pleno ejercicio de sus derechos y les impide integrarse de manera completa al desarrollo y a los beneficios que de éste se derivan.¹⁸ En materia de discapacidad, la discriminación adopta un cariz de especial relevancia, ya que su ejercicio y mantenimiento genera situaciones de exclusión social que propagan altos niveles de pobreza y desigualdad que persisten, sobre todo, en nuestro país.

De acuerdo con la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ésta se entiende como toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

¹⁶ “Documento informativo sobre la situación...”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷ Véase “RBC. Estrategias para la rehabilitación...”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ Véase *Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos. Los derechos de las personas con discapacidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, fascículo 6, 2003, p. 12.

En este contexto, y tomando como base los resultados de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, realizada en 2005,¹⁹ las personas con discapacidad ocupan el tercer lugar como grupo social que se siente más desprotegido y el segundo como grupo social más discriminado. Según este estudio, 14.5% de las personas entrevistadas señaló que después de las personas adultas mayores y de los indígenas, las personas con discapacidad son las que requieren mayor protección. Hay que señalar que en lo que se refiere a protección, las personas con discapacidad no sólo requieren de cuidados básicos que garanticen su subsistencia, sino que requieren de acciones concretas que permitan su desarrollo y participación plena en la sociedad, es decir, políticas públicas en empleo, educación, acceso a la información, etcétera.

Adicionalmente, los resultados de dicha encuesta permiten apreciar que más de la mitad de las personas con discapacidad (52.1%) señaló que no considera que en México se respeten sus derechos. Una de cada tres fue víctima de un acto de discriminación durante el año previo a la encuesta, y 53.4% han sufrido discriminación en su trabajo, lo cual los coloca en el primer lugar como grupo social con mayor discriminación en este entorno. Asimismo, casi 60% de las personas con discapacidad se sienten rechazadas por la sociedad y cerca de 90% cree tener menos oportunidades de conseguir un empleo que el resto de las personas. En el entorno familiar, una de cada tres personas con discapacidad se ha sentido víctima de discriminación al considerar que en la familia se les da menos libertad y prioridad en relación con hermanos que no tienen discapacidad. A pesar de esto, la pobreza y la falta de trabajo son, sin duda, el mayor problema y sufrimiento para ellas, pues, en conjunto, estas dos causas fueron señaladas por casi 60.3% de las personas con discapacidad.

Ante este tipo de problemáticas, el Conapred actualizó la encuesta nacional en 2010, sin que los resultados hubieren variado considerablemente en comparación con la anterior. En realidad, la negación de oportunidades de empleo, las formas encubiertas de segregación y discriminación, así como la falta de accesibilidad física y las barreras sociales son los mayores obstáculos a los que se enfrentan en México.

En el caso de Yucatán, la Comisión de Derechos Humanos del Estado presentó durante 2011 los resultados de la encuesta Personas con Discapacidad y Derechos Humanos,²⁰ la cual se aplicó a personas con discapacidad y a sus familiares que viven en el estado de Yucatán, considerando los cuatro tipos que plantea la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (mental, intelectual, motriz y sensorial). El objetivo fue conocer, desde la experiencia de las personas con discapacidad y sus familias, la situación de respeto y protección a sus derechos dentro del estado, tomando como base la Convención sobre los Derechos de las

¹⁹ Esta encuesta fue realizada por la Secretaría de Desarrollo Social, en coordinación con el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

²⁰ Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán, Encuesta Personas con Discapacidad y Derechos Humanos, México, CDHEY. Disponible en: <<http://www.codhey.org/Doctos/EncuestaDiscapacidad.pdf>>. Recuperado el 20 de septiembre de 2012.

Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas.²¹ Los datos que más llaman la atención de esta encuesta son:

Igualdad y no discriminación / educación / accesibilidad. El 60.4% de las personas encuestadas dijo no haber sido víctima de discriminación en el último año en Yucatán, lo que llama la atención al analizar globalmente los resultados, pues se observan elevados porcentajes de personas que denunciaron la falta de accesibilidad en el transporte público y centros de trabajo; falta de material didáctico especializado en escuelas; falta de medios para expresarse; imposibilidad de acceder a la información, entre otras.

De las personas que consideraron haber sido víctimas de discriminación por parte de una autoridad, 53.4% respondió que la autoridad pertenecía al sector educativo. Lo anterior confirma los resultados obtenidos en los rubros de accesibilidad y educación, donde los porcentajes más altos refieren que las escuelas no son accesibles y que no cuentan con material didáctico especializado. En particular, 56.4% de las personas con discapacidad entrevistadas afirmó que en el estado no gozan de las mismas oportunidades que las demás personas respecto al derecho a la educación; 44.1% consideró que la educación pública que se imparte en el estado no permite que las personas con discapacidad desarrollen su talento, creatividad, dignidad, personalidad, autoestima, aptitudes mentales y físicas, mientras que 64.2% dijo que las escuelas no cuentan con las herramientas pedagógicas necesarias y suficientes para facilitar el aprendizaje de las personas con discapacidad, como el Braille y el lenguaje de señas.

La accesibilidad es otra de las deficiencias que se señalaron en relación con el derecho a la educación. El 49.3% de las y los entrevistados respondió que las instalaciones en las escuelas públicas no permiten la accesibilidad a personas con discapacidad.

En el combate a la discriminación, 40.6% de las y los encuestados considera que las autoridades no han adoptado medidas efectivas y pertinentes para que la sociedad tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomente el respeto a los derechos y la

²¹ Se aplicó un cuestionario a 603 personas con discapacidad y a sus familiares en los municipios de Mérida, Progreso, Ticul, Tekax, Oxkutzcab, Valladolid y Tizimín (municipios con mayor número de población en el estado de Yucatán). Al no contar con un registro estatal completo y preciso de las personas con discapacidad que viven en el estado, las personas que respondieron el cuestionario fueron seleccionadas según los siguientes criterios: *a)* facilidades otorgadas por las autoridades estatales y municipales (Centros de Atención Múltiple de la Secretaría de Educación del Gobierno del Estado de Yucatán, Unidades Básicas de Rehabilitación del DIF Yucatán y DIF municipales); *b)* facilidades otorgadas por las Organizaciones de la Sociedad Civil de y para Personas con Discapacidad, y *c)* municipios con mayor población. Por lo anterior, este trabajo se considera un estudio con enfoque cuantitativo que documenta un número válido de experiencias y brinda información base para investigaciones más precisas.

Para muestras regionales (las que representan ciudades, áreas metropolitanas, provincias, municipios o regiones con menos de tres millones de habitantes) el número de validez de las muestras debe ser de 400 a 700 individuos (Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*, 5ª ed., México, Mc Graw-Hill, 2010, p. 188). La muestra de este estudio resulta óptima al considerar que el instrumento de medición fue resuelto por 603 personas. La encuesta se dividió en una parte general y 17 secciones, cada una correspondiente a un derecho consagrado en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por último, para la captura de la encuesta se utilizó el programa PSS (paquete estadístico para las ciencias sociales).

dignidad de estas personas. Con una diferencia muy poco significativa, 39.1% respondió que sí se han adoptado medidas efectivas y pertinentes.

Las cifras y porcentajes hasta ahora señalados son una muestra clara de que las personas que viven con alguna discapacidad en el estado de Yucatán se enfrentan a escenarios discriminatorios en el sector educativo. Esto hace necesario que las autoridades estatales y municipales adopten medidas que permitan a tales personas acceder a aquellos bienes y servicios públicos que brinda el estado, sin discriminación alguna.

Accesibilidad / educación / trabajo / adecuado nivel de vida. A fin de que las personas con discapacidad vivan en forma independiente y participen plenamente en todos los aspectos de la vida, los países deben adoptar medidas pertinentes para asegurar su acceso, en igualdad de condiciones con los demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas deben incluir la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en edificios, vías públicas, transporte y otras instalaciones exteriores e interiores, como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo, así como a los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.²²

La accesibilidad permite el ejercicio y disfrute de otros derechos, por ello es necesario analizar los resultados de la encuesta agrupándolos de la siguiente manera:

- **Educación + accesibilidad**
- **Trabajo + accesibilidad**
- **Educación + trabajo + accesibilidad = adecuado nivel de vida.**

Educación + accesibilidad. El 49.3% consideró que las instalaciones en las escuelas públicas no permiten la accesibilidad a personas con discapacidad. Como se ha visto, esto afecta significativamente el derecho a la educación. Hay que considerar que educación y trabajo están estrechamente vinculados: a menor escolaridad, menor oportunidad de obtener un empleo bien remunerado, por lo que es necesario analizar la relación trabajo-accesibilidad.

Trabajo + accesibilidad. El 56.7% de las personas encuestadas considera que las instalaciones en los centros de trabajo no son accesibles para las personas con discapacidad, lo que repercute negativamente en el pleno ejercicio del derecho al trabajo, derecho que las personas afectadas consideran les está menos garantizado en comparación con las demás personas, como lo manifestó 60.5% al opinar que en el estado no ejercen sus derechos laborales y sindicales en igualdad de condiciones con las demás personas.

²² Artículo 9° de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas.

La falta de accesibilidad en los centros de trabajo representa una doble vulneración a los derechos de las personas con discapacidad: trabajo y accesibilidad. Las personas con discapacidad tienen menos oportunidad de conseguir un empleo digno ante la falta de accesibilidad arquitectónica y tecnológica en los centros laborales.

No hay que dejar de lado que la accesibilidad no es sólo cuestión arquitectónica, sino que incluye también el transporte, y como éste es necesario para el desarrollo de la vida cotidiana, resulta vital para desplazarse a los centros educativos y laborales. Los temas de educación y trabajo no pueden analizarse de manera separada al de accesibilidad en el transporte público. A la luz de la encuesta, 75.8% de las y los entrevistados considera que el transporte público no es accesible para ellas y ellos, y si éste no es accesible, no se puede acceder a la educación y al trabajo, lo que da como resultado doble o triple vulneración a los derechos de las personas con discapacidad.

Educación + trabajo + accesibilidad = adecuado nivel de vida. Si se considera que 54.4% de las personas encuestadas respondió que quien vive con alguna discapacidad no ejerce su derecho a un adecuado nivel de vida en igualdad de condiciones que las demás personas, y luego del análisis anterior, se puede plantear la siguiente hipótesis: hay problemas de accesibilidad en el transporte público que no permiten acceder a la educación, instrucción o habilitación, lo que influye en la obtención de un empleo y ocasiona que el derecho a tener un nivel de vida apropiado no esté igualmente garantizado para las personas con discapacidad, con lo que se produce una reiteración de la violación de derechos.

Protección contra la explotación, la violencia y el abuso / protección de la integridad personal. El 63.8% de las y los encuestados respondió que las personas con discapacidad sufren mayor explotación, violencia y abuso en comparación con las demás personas.

Salud. No se puede dejar de analizar que aun cuando 48.1% de las y los encuestados considerara que las personas con discapacidad tienen acceso a servicios de salud de calidad de manera gratuita o a precios accesibles, 57.7% consideró que el personal de los servicios de salud pública no está lo suficientemente sensibilizado para brindar un trato digno a las personas con discapacidad. Esto podría explicar que 42.8% que respondió que las personas con discapacidad no tienen acceso a servicios de salud de calidad de manera gratuita o a precios accesibles, lo hiciera para no pasar por alto el calificativo “calidad” al momento de responder la pregunta.

Habilitación y rehabilitación. El derecho a la habilitación y rehabilitación está directamente relacionado con la calidad de vida y la plena inclusión de las personas con discapacidad en la comunidad y con el derecho a la salud.

En este rubro, 46.6% de las personas encuestadas considera que en el estado las personas con discapacidad no cuentan con programas sociales, educativos, laborales y sanitarios que las capaciten para su plena inclusión en la sociedad. El 66.8% consideró que los programas de habilitación y rehabilitación no llegan a todas las personas con discapacidad, con independencia de su lugar de residencia, para lograr su plena inclusión en la sociedad. De lo anterior,

puede inferirse que las políticas públicas que se ocupan de la habilitación y rehabilitación requieren de mayor atención.

Trabajo y empleo. Contar con un empleo permite garantizar otros derechos. Es importante destacar que 50.1% de las y los encuestados considera que en el estado no hay políticas públicas ni programas que apoyen a las personas con discapacidad en el mercado laboral para que consigan trabajo o para que creen por su cuenta empresas o cooperativas propias. De igual forma, 45.1% consideró que no hay políticas públicas ni programas generales de orientación técnica y vocacional, formación profesional y continua para las personas con discapacidad, mientras que 60.5% dijo que no ejercen sus derechos laborales y sindicales en igualdad de condiciones con las demás personas.

Estos datos revelan la enorme necesidad de establecer acciones orientadas a prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad desde un enfoque social y de derechos.

A continuación presentamos las propuestas de asociaciones de la sociedad civil de y para personas con discapacidad, que están estrechamente ligadas a los factores analizados en este trabajo, es decir, las autoridades de acuerdo con el marco jurídico internacional, nacional y estatal están obligadas a reconocer, proteger y garantizar los derechos de este sector de la población de acuerdo con el modelo social y de derechos, recalcando que para lograr la plena inclusión de las personas con discapacidad, las políticas públicas deben ir más allá de únicamente la atención médica.

IV. Propuestas de asociaciones de y para personas con discapacidad del estado de Yucatán que integran el Grupo promotor de los derechos de las personas con discapacidad: Rompiendo Barreras

Las personas con discapacidad deben participar activamente en la redacción de la legislación y otros procesos decisorios que les afecten. Se les debe alentar para que presenten observaciones y ofrezcan asesoramiento cuando se apliquen las leyes.²³ La Convención, en el inciso o de su preámbulo, señala que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de toma de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.

Por ello consideramos importante incluir en el presente trabajo las propuestas que asociaciones de y para personas con discapacidad del estado de Yucatán que integran el Grupo promotor de los derechos de las personas con discapacidad, Rompiendo Barreras, han elaborado y presentado en diversos foros. Las dividieron en seis áreas y representan un ejemplo de lo

²³ *De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios...*, op. cit., p. 79.

que hace falta realizar en Yucatán en materia de protección de los derechos de este sector de la población:²⁴

- Desarrollo de política pública y legislación.
- Educación.
- Salud.
- Deportiva, recreación y cultura.
- Laboral.
- Accesibilidad del entorno.

Área: Desarrollo de política pública y legislación

- Elaboración del Programa Estatal de Protección a los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Reformar el Código de Familia del Estado en lo relativo a los Consejos Locales de Tutela. En Yucatán, los citados Consejos son inoperantes, dejan en total desamparo a las personas con discapacidad cuando fallecen sus padres y no hay familiar que quiera hacerse responsable de ellos, lo que pone en peligro su vida y sus bienes, pues deja a las personas con discapacidad en manos de personas que los despojan de todo y luego los abandonan. La falta tanto de recursos económicos como de personal capacitado en muchos de los municipios del estado plantea la necesidad de reformar el Código de Familia del Estado en el sentido de que se instituya un Consejo Estatal de Tutela y no pequeños consejos municipales.
- Realizar estudios e investigaciones para desarrollar reformas legislativas y de políticas públicas pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

Área: Educación

- Capacitar al personal educativo de las escuelas regulares como el de los Centros de Atención Múltiple (CAM) en el nuevo enfoque de escuelas inclusivas.
- Mejorar la infraestructura de las escuelas para tener aulas inclusivas desde el nivel preescolar. Contar con material didáctico adecuado, equipo interdisciplinario y suficiente –trabajadores(as) sociales, psicólogos(as), terapeutas rehabilitadores, etc.– no ambulante ni temporal, que lleve el control de expedientes psicopedagógicos.
- Modificar el formato de preinscripción para tener un registro de las y los niños con discapacidad para planear la atención adecuada.
- Incluir en los talleres de atención a madres y padres, de la Secretaría de Educación del Gobierno del Estado, temas relativos al diagnóstico y prevención de la discapacidad.
- Actualizar la currícula de las y los estudiantes normalistas para tratar el tema.
- Hacer inclusiva la educación de nivel superior para las personas con discapacidad.

²⁴ Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán. Disponible en: <http://www.codhey.org/INF_ANUALES/2007/INFORME2007.htm>, (visitada el 24 de septiembre de 2012).

Área: Salud

- Fortalecer las Unidades Básicas de Rehabilitación (UBR) con personal especializado mediante capacitación y mejores sueldos, y de equipo técnico actualizado para la adecuada rehabilitación de las personas con discapacidad.
- Mejorar las instalaciones de las instituciones de salud para la atención de personas con discapacidad. Hacer accesibles los centros de salud a las personas con discapacidad.
- Contratar personal bilingüe (maya-español) y de lenguaje de señas y en Braille en las instituciones de salud públicas.
- Elaborar folletos de salud informativos en sistema Braille.
- Realizar investigaciones que proporcionen información certera sobre las causas de la discapacidad en Yucatán.
- Sancionar cualquier negligencia médica.

Área: Deportiva, recreación y cultura

- Fomentar una efectiva cultura de inclusión en todas las actividades culturales del estado.
- Acondicionar los accesos a teatros y otros espacios públicos de recreación para que sean accesibles a todas las personas con discapacidad.
- Acondicionar las unidades deportivas en sus áreas de prácticas y de espectadores.
- Dar apoyo económico y de transporte adecuado para deportistas con discapacidad.
- Elaborar programas deportivos y culturales específicos y centros sociales en las diversas colonias y municipios.
- Informar a las personas con discapacidad acerca de las ventajas de practicar algún deporte.
- Promover nuevos valores deportivos a través de Centros de Alto Rendimiento de Personas con Discapacidad (entrenadores especializados, equipo deportivo e infraestructura adecuada, así como asesoría en desarrollo humano).

Área: Laboral

- Difundir la información de los estímulos fiscales al sector empresarial por el apoyo a personas con discapacidad.
- Establecer un centro de valoración en el área laboral de las personas con discapacidad que incluya un diagnóstico, valoración y canalización al sector empresarial.
- Incluir en el programa de vales de capacitación del Servicio Estatal del Empleo a las personas con discapacidad.
- Fomentar, por parte de las autoridades estatales y municipales, la comercialización de productos hechos por personas con discapacidad.
- Agilizar trámites fiscales y comerciales en beneficio de las personas con discapacidad.
- Hacer efectiva la contratación de 2% del padrón en los tres niveles de gobierno, de acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo.

Área: Accesibilidad en el entorno

- Hacer cumplir la Ley de Transporte del Estado en lo relacionado con la accesibilidad de las personas con discapacidad en el transporte público.
- Promover y difundir el respeto a la señalización de la discapacidad para sensibilizar a la sociedad.
- Hacer accesibles los centros de salud, oficinas de correos, bibliotecas, cines, museos, etc., edificios a los que habitualmente acuden las personas con discapacidad para obtener información o asesoramiento, gestionar documentos, trabajar, aprender o disfrutar. Estos edificios forman parte de la vida diaria, por lo que toda persona debe poder acceder y desenvolverse en ellos sin ninguna dificultad por razón de su condición física, sensorial o intelectual.

Con la lectura conjunta de estas propuestas y los resultados de la encuesta Personas con Discapacidad y Derechos Humanos, se aprecia que en Yucatán la situación de respeto a los derechos de educación, salud, deporte, recreación, cultura, empleo y accesibilidad del entorno, son tareas pendientes de sociedad y autoridades.

v. Conclusiones

- 1) Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se inicia un cambio en el modelo de elaboración e implementación de las políticas públicas dirigidas a este sector de la población, dejando de lado el modelo asistencialista o médico para dar paso al modelo social y de derechos.
- 2) Yucatán ocupa el segundo lugar nacional en tasa de prevalencia de discapacidad en el país con 124 638 personas que viven con alguna discapacidad, esto significa al menos 6.4% de su población total, con base en el cuestionario ampliado del Censo de Población y Vivienda 2010 del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática.
- 3) Aun cuando Yucatán cuenta en su legislación con una Ley para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se aprecia el enfoque social y de derechos, al mantenerse en la realidad una política médico-asistencialista, el estado tiene pendiente desarrollar e implementar acciones en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad en temas como educación, salud, deporte, recreación, cultura, trabajo y accesibilidad del entorno, como señalan las asociaciones de y para personas con discapacidad que integran el Grupo promotor de los derechos de las personas con discapacidad: Rompiendo Barreras, y la encuesta Personas con Discapacidad y Derechos Humanos, de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán.

VI. Bibliografía

- Asatashvili, Aleksí, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Seminario internacional: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación/Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México/Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores, 2007.
- Barranco Avilés, María del Carmen (comp.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la ley 39/2006*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/ Universidad Carlos III, 2010.
- Brogna, Patricia (comp.), *Visiones y revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán (CDHEY), *Encuesta Personas con Discapacidad y Derechos Humanos*, CDHEY. Disponible en: <<http://www.codhey.org/Doctos/encuestadiscapacidad.pdf>>.
- , *Informe anual 2007*. Disponible en: <http://www.codhey.org/INF_ANUALES/2007/INFORME2007.htm>.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Panorama actual de los derechos humanos de las personas con discapacidad. La situación de México frente a los compromisos internacionales*, México, CNDH, 2003.
- , *Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos. Los derechos de las personas con discapacidad*, México, CNDH, fascículo 6, 2003.
- , *Los principales derechos de las personas con discapacidad*, 2ª ed., México, CNDH, 1996.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Documento informativo sobre la situación de las personas con discapacidad en México*, México, Conapred, 2010. Disponible en: <<http://www.conapred.org.mx/depositobv/Dossier%20DISCAPACIDAD.pdf>>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Escobar, Guillermo (dir.), *Personas con discapacidad. VII Informe sobre derechos humanos*, Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsman/Trama, 2010.
- García Clark, Rubén R., *Derecho a la diferencia y combate a la discriminación. Cuadernos de la igualdad*, núm. 7, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.
- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, *Informe elaborado en el marco del proyecto de investigación “El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español”*, financiado por la Fundación Once, diciembre de 2008.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, *Censo 2010*, México, INEGI, 2011.
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad
- Ley para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad del Estado de Yucatán.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Modelo de atención a las personas con enfermedad mental grave*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- Norma Oficial Mexicana-173-SSAI-1998 para la atención integral a personas con discapacidad.
- Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1993).
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 1999.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo.
- OIT *et al.*, “RBC. Estrategias para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades, la reducción de la pobreza y la integración social de las personas con discapacidad. Documento de Posición Conjunta. 2004”, OIT/UNESCO/OMS.
- , “Rehabilitación Basada en la Comunidad. Con y para Personas con Discapacidad. Ponencia Conjunta. 1994”, OIT/UNESCO/OMS.
- Organización Mundial de la Salud (OMS), “Discapacidades”. Disponible en: <<http://www.who.int/topics/disabilities/es/>>.
- OMS, “Diez datos sobre la discapacidad”. Disponible en: <<http://www.who.int/features/factfiles/disability/facts/es/index.html>>.
- ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- , Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*, Ginebra, ONU/Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos/Unión Interparlamentaria, 2007.
- Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad 2009-2012, México, 2009.
- Quinn, Gerard, “Derechos Humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”, Naciones Unidas, 2002.
- Reglamento para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad del municipio de Mérida.
- Vidaurri Aréchiga, Manuel, “Derechos humanos y discapacidad. Textos jurídicos básicos”, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México.

ENSAYOS TEMÁTICOS

Vientos de cambio

Raquel Jelinek



Resumen

Con frecuencia, la discapacidad es un fenómeno poco estudiado y poco comprendido por gran parte de la sociedad. Su desconocimiento ha llevado a establecer barreras tanto físicas como culturales y académicas que han obstaculizado el aseguramiento de los derechos de las personas que viven con alguna discapacidad. El presente documento, además de analizar el fenómeno desde una perspectiva teórica, reseña los artículos ganadores de la primera edición del Concurso de Investigación sobre Discapacidad en México 2011.

Palabras clave: discapacidad, personas con discapacidad, derechos humanos, investigación, México.

Abstract

Disability is a phenomenon, in many cases, not studied and understood by most of society. The ignorance about it has led to the establishment of physical, cultural and academic barriers that have hampered ensuring the rights of people living with some kind of disability. This document, besides analyzing briefly the phenomenon of disability from a theoretical perspective, makes a summary on the winning papers of the first edition of Disability Research Competition in Mexico 2011.

Key words: disability, human rights, research, México.

Sumario

I. Para comenzar y como contexto general, un poco de historia; II. Análisis y comentarios; III. Conclusiones.

*Hemos aprendido a volar como los pájaros,
a nadar como los peces,
pero no hemos aprendido el sencillo arte
de vivir como hermanos.*

MARTIN LUTHER KING

I. Para comenzar y como contexto general, un poco de historia

A lo largo de la historia de la humanidad, las concepciones y el trato que han acompañado a las personas con discapacidad han estado marcadas por la marginación y el aislamiento y han tenido como denominadores comunes la dependencia y el sometimiento. Posiblemente el origen de esto sea la toma de conciencia de que existían individuos con apariencias y comportamientos distintos a los de la mayoría.

Como la fortaleza física ha sido vital para la supervivencia humana, las personas con limitaciones físicas evidentes eran eliminadas o aisladas del grupo social por ser consideradas inútiles para desenvolverse en las condiciones socioculturales prevalecientes.

Además, las creencias religiosas de la antigüedad fomentaban la idea de que la ceguera, las dificultades motoras y cognitivas, entre otras, eran producto de la posesión demoniaca o del castigo divino por los pecados de la persona que tenía esta condición o de sus antecesores.

Con la aparición del cristianismo como corriente religiosa preponderante, el trato hacia las personas con discapacidad continuó enfocándose de manera negativa, aunque cambió un poco al hacerle frente mediante la caridad y el asistencialismo. Luego del Renacimiento, la percepción social de la discapacidad fue tomando un matiz más humanizado, especialmente por las revoluciones industrial e intelectual, y se empezaron a buscar causas racionales y científicas sobre el origen de las condiciones generadoras de discapacidad.

Desde entonces hasta nuestros días hemos transitado por el modelo médico o de rehabilitación (siglo XIX y mediados del XX), en el que las personas con esta condición son vistas como pacientes, con un papel pasivo, y que deben ser curados o rehabilitados para integrarse a la

sociedad. Es hasta finales del siglo XX cuando se impulsa una visión a partir de la conformación de agrupaciones organizadas por las propias personas con discapacidad para que se reconozcan sus derechos y los efectos del entorno en su funcionalidad.

Desde esta perspectiva se promueve su autonomía, se crean leyes que defienden sus derechos y se pone énfasis en las condiciones del entorno como factor importante para la inclusión o exclusión social.

Este enfoque ha evolucionado de la mano de leyes y políticas públicas que buscan llevar sus preceptos a la práctica, como las promulgadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y entre las que destaca la Convención de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (2006).

Sin embargo, a pesar de la difusión de este paradigma, no se ha logrado eliminar por completo ni la discriminación ni la exclusión social ni los estereotipos negativos que recaen sobre esta población, pues muchas ideas de los viejos paradigmas aún permanecen en el imaginario colectivo y determinan trato, servicios, oportunidades, leyes, etc., para las personas con discapacidad, en flagrante contradicción con las nuevas propuestas que han merecido un consenso internacional.

En los últimos años, la discapacidad se ha incrementado significativamente en la humanidad, debido sobre todo a que los avances de carácter tecnológico y médico han propiciado la longevidad de las personas. Por razones naturales, en muchos casos el envejecimiento se acompaña de condiciones discapacitantes.

Si como lo demuestran los datos del más reciente *Informe mundial sobre la discapacidad* publicado por el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Salud (9 de junio 2011), el número de personas con discapacidad se encuentra en crecimiento, lo esperado en este contexto sería observar un mayor esfuerzo y compromiso, tanto de los gobiernos como de la comunidad sin discapacidad y la sociedad en general, para crear condiciones de accesibilidad desde una perspectiva amplia e integral en todas las áreas de la vida social y de desarrollo humano que garanticen que personas con y sin discapacidad tengan oportunidades iguales y equitativas de participación plena, pues hasta ahora, como afirma la doctora Amalia Gamio en uno de los trabajos incluidos, desafortunadamente “las personas con discapacidad son las que han desarrollado habilidades para adaptarse a la sociedad”.

Las tres propuestas que a continuación se comentan abordan el problema de marginación y plantean alternativas de solución desde distintas perspectivas y líneas de desarrollo.

II. Análisis y comentarios

La investigación “La discapacidad/minusvalía: de la forma simbólica al fenómeno social” ofrece una extraordinaria aportación teórica para la comprensión del sentido y origen de las barreras culturales y de actitud que persisten y siguen impidiendo la inclusión plena de las personas con

discapacidad, colectivo que representa una proporción muy importante de la población mexicana y mundial, al grado de ser considerada la minoría más numerosa.

Una frase que se incluye en este artículo en particular y que deja ver el compromiso de la autora es la idea inicial que inspira la investigación:

Nace a raíz de una observación cotidiana y muy cercana de lo que realmente implican las limitaciones de las personas con discapacidad; de la manera en que se relacionan con el resto de la sociedad y cómo la sociedad se relaciona con ellas; surge de muchas pláticas y muchas lecciones; *surge de la convivencia y del cariño.*

El concepto central de análisis en esta propuesta gira en torno a la asociación simbólica que se ha hecho –y que prevalece– de la discapacidad con la minusvalía como prejuicio, lo que inhabilita y descalifica a la persona con discapacidad, condición que la sitúa en un nivel inferior al de las demás personas y da lugar a la mayoría de las barreras actitudinales y de prejuicios que impiden su inclusión social, el ejercicio pleno de su ciudadanía y el disfrute de sus derechos humanos fundamentales.

Los prejuicios se adquieren, como cualquier otra cosa, a través del proceso de socialización, se aprenden por asociación desde la infancia a través de imágenes, valores familiares, comentarios y juicios, entre otros mecanismos que forman cultura, la cual se transmite a través de las generaciones.

Aquí incide centralmente esta investigación, pues buena parte de las limitaciones que enfrenta tanto la persona con discapacidad como su familia, en un contexto de minusvalía, se inserta en el orden cultural, entendiendo que la cultura es el conjunto de valores, creencias y prácticas que constituyen la forma de vida de grupos específicos. Heredamos cultura biológicamente, por medio de la educación, la copiamos, la adaptamos, la aprendemos explícita e implícitamente y ésta determina nuestras percepciones de la realidad, nuestras formas de comunicación, nuestra manera de entender el mundo y de actuar en él.

El objetivo de este estudio antropológico fue demostrar que la discapacidad/minusvalía es un fenómeno sociocultural compuesto por formas simbólicas (actitudes, acciones, gestos, enunciados, textos, etc.) cuya valoración demuestra que genera y perpetúa patrones de marginación, dependencia y exclusión.

Su hipótesis central describe la minusvalía como forma simbólica construida a través de procesos de valoración que se imponen al individuo y le asignan una identidad que le implica limitaciones adicionales a las propias de su discapacidad.

Este proceso ocurre en el marco de la cultura, que es uno de los vehículos de transmisión más importante, a través de las actitudes, pues al enfrentarse en el campo de la interacción concreta al individuo con discapacidad, la forma simbólica se convierte en un fenómeno social en el que se producen y reproducen patrones de marginación, dependencia y exclusión, y la minusvalía desliga la responsabilidad de la discapacidad del individuo para trasladarla al entorno social.

Hay que leer este estudio cuidadosamente y reflexionar sobre sus planteamientos para comprender con mayor claridad lo que representan las barreras actitudinales, cómo se construyen, se expresan y siguen impidiendo la inclusión plena de las personas con discapacidad, para que, una vez analizadas, se logre disminuirlas y, de preferencia, eliminarlas.

En este sentido, el marco teórico, las estrategias de medición utilizadas, los resultados obtenidos y las conclusiones de esta investigación tienen un valor enorme en sí mismos, pero más allá de su aporte intrínseco al conocimiento, como el de cualquier investigación, su contribución real se reflejará cuando sirva de fundamento para generar un verdadero cambio social y las bases para la creación de una cultura en beneficio del reconocimiento y respeto a la diversidad de la humanidad.

Para una intervención efectiva que rompa con la reproducción de los patrones dominantes que estructuran las relaciones asimétricas actuales de poder –y que tienen un alto costo social y económico porque marginan a una proporción numerosa de la población como son las personas con discapacidad–, es necesario tomar en cuenta el importante papel que desempeñan los medios de comunicación masiva.

Esta es una lectura por demás recomendable y diría también que obligatoria, ya que aporta claridad sobre las barreras actitudinales, prejuicios e información infundada que ha llenado de obstáculos injustos la vida de las personas con discapacidad.

En este análisis se observa que el rechazo tiene un fuerte componente psicológico expresado en un temor hacia lo diferente, lo que clasificamos ajeno a nuestro mundo y que se vive como amenaza, pero ¿cómo reducir los prejuicios? Ayuda significativamente ponerse en contacto no sólo con las personas con discapacidad, sino también con personas de diferentes orígenes raciales y étnicos. Es decir, la clave es el contacto continuo, favorecer espacios y oportunidades en las que la gente conviva en entornos sociales naturales, caminando y construyendo juntos metas comunes.

Las respuestas son muchas. Una de ellas puede ser reconocer dónde se está, en términos personales, respecto a prejuicios, y hacerse consciente de las elecciones que se hacen y por qué se hacen cuando se entra en contacto con personas a las que se considera claramente distintas a nosotros. Es entonces cuando se aprende de uno mismo y se empieza a desarrollar empatía y aceptación por *lo diferente*. Esto significa que hay esperanza de superar prejuicios, si se favorece un contacto sostenido y experiencias positivas.

El logro de esta meta requiere de acciones paralelas que incidan en el entorno familiar, político, económico, cultural y social para crear sinergia de reconocimiento y respeto por la diversidad que garantice la accesibilidad desde una visión amplia e integral de diseño universal en todos los espacios, servicios y oportunidades de desarrollo y participación para todos los ciudadanos, incluidas las personas con discapacidad.

Esta consideración nos lleva a comentar la siguiente investigación, en la que se hace un “breve esbozo de la situación de los estudiantes con discapacidad en la universidad” y se propone que la educación superior incluya estudiantes con discapacidad en sus aulas.

Sin duda, muchas son las áreas relevantes de oportunidad que permitirán promover un modelo social, contextual o incluso ecológico de la discapacidad, pero quizás el de mayor potencial sea contar con una verdadera educación inclusiva.

¡Qué distinta sería nuestra actitud como adultos ante una persona con discapacidad si hubiésemos crecido y compartido nuestra vida escolar con compañeros con discapacidad! ¡Qué distinto sería el entorno afectivo de crianza para las personas con discapacidad si el reconocimiento de la diversidad como fuente de enriquecimiento cultural permeara y se divulgara en todos los espacios sociales y etapas de la vida!

Los niños y niñas educados en escuelas inclusivas serán los ciudadanos, políticos, dirigentes, empleadores, compañeros de trabajo y padres de familia del mañana.

La educación inclusiva efectivamente es un derecho, pero menos de 5% de los niños y niñas con discapacidad en la mayor parte del mundo termina la escuela primaria.

Existen ejemplos excelentes de inclusión en casi cada región del mundo, pero los sistemas todavía excluyen a las personas con discapacidad.

Hay niños y niñas con discapacidad que se quedan en casa al cuidado de sus familias, pero son socialmente invisibles, ya que no se les incluye en las estadísticas nacionales o con frecuencia, ni siquiera son registrados al nacer (*Informe Mundial de Inclusión Internacional sobre Educación Inclusiva 2009*).

Algunos de los datos obtenidos por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en el Censo de 2000 que se presentan y analizan en la propuesta “Breve esbozo de la situación de los estudiantes con discapacidad en la universidad” indican:

- Del total de jóvenes con discapacidad que tienen entre 15 y 29 años, sólo 15.5% asiste a la escuela.
- Casi 10% de la población total del país que tiene 15 años y más no sabe leer ni escribir, y en la población con discapacidad este dato aumenta hasta 32.9 por ciento.
- De cada 100 personas con discapacidad, 89 podrían, en el mejor de los casos, aspirar a ser obreros; cinco a tener un trabajo que requiere cierto grado de capacitación, y cuatro a tener un trabajo calificado como profesional. Aun así, en todos los casos estas posibilidades de trabajo existen en teoría; las barreras físicas, sociales y culturales afectan a la mayoría de este sector de la población a la hora de buscar empleo.

Se podría pensar que estas cifras demuestran que el esfuerzo en el nivel de educación básica está generando frutos, ya que los infantes con discapacidad obtienen sus certificados de primaria y secundaria, pero no es así; muchos de los jóvenes con discapacidad que intentan incorporarse a la preparatoria tienen problemas debido a su deficiente preparación en materias básicas (español y matemáticas, por ejemplo), ya que sus profesores de primaria y secundaria

piensan que no irán más allá de la educación básica. No se cuenta con el apoyo necesario para que estos niños y niñas tengan educación de calidad, simplemente los aprueban y, al final (como está previsto), hasta ahí llegan. De cualquier forma, no contamos con infraestructura educativa que les permita continuar sus estudios en el nivel medio superior y superior.

Las oportunidades de acceso, permanencia y acreditación exitosa en la educación superior para la ciudadanía mexicana son muy limitadas en general, pero como se observa en las cifras citadas, lo son en grado superlativo para las personas con discapacidad.

Muchos estudiantes con discapacidad aspiran a cursar estudios superiores y se inscriben en carreras universitarias que ofrecen tanto universidades públicas como privadas, pero la mayoría termina abandonando sus estudios. El mayor obstáculo al que se enfrentan, dice la autora, no tiene que ver con los retos propios de la academia, sino con la inaccesibilidad física o administrativa.

La mayoría de las universidades mexicanas no ofrece ningún tipo de oportunidad para que las personas con discapacidad inicien y terminen una carrera profesional. Nuestras universidades todavía tienen que resolver cómo dar los apoyos necesarios para lograr una normalización de las condiciones de los estudiantes con discapacidad respecto a los demás. Una opción viable que han encontrado la mayoría de las universidades del mundo son las oficinas de atención al estudiantado con discapacidad.

En México, la universidad pionera con resultados exitosos en cuanto a atención específica a estudiantes con discapacidad es la Universidad Tecnológica de Santa Catarina, en Nuevo León, que cuenta con el Programa de Atención a la Discapacidad (PAD), que originalmente fue la Subdirección de Atención a la Discapacidad.

En la propuesta que se analiza, se hace referencia a la creación de una oficina de atención especializada en las universidades mexicanas, con la expectativa de que no se constituya en sí misma como un fin, sino como un medio para iniciar la integración de las personas con discapacidad a las actividades cotidianas de la sociedad, para dar apoyo a la investigación, continuar con la accesibilidad física y arquitectónica, crear sensibilización, adaptar el currículo, promover el uso de ayuda técnica y, en general, para construir una cultura de inclusión que establezca que dicha oficina debe tener injerencia en todos los ámbitos relacionados con los estudiantes con discapacidad.

Para quienes atenderían esta oficina, se incluyó la propuesta de un diplomado de capacitación integral en temas relacionados con personas con discapacidad, derechos humanos, legislación, accesibilidad de diseño universal y asociaciones civiles, entre otros temas, y que esta formación tuviera una duración máxima de seis meses.

El objetivo de esta propuesta es ofrecer una solución concreta basada en experiencias exitosas alrededor del mundo, a partir de que muchas universidades han apuntalado su carácter integrador y buena parte de su consolidación se debe a la administración de una oficina especializada. Las universidades tienen una enorme responsabilidad en la atención a las nece-

sidades prioritarias de la sociedad, y garantizar el derecho a la educación para personas con discapacidad en todos los niveles educativos es una de ellas.

Nos falta aún mucho por corregir, avanzar y construir en la educación mexicana en general; la esperanza es que estas oficinas sean estímulo suficiente como para considerar que la integración de las personas con discapacidad a la educación superior es posible y que esta integración redundará, con toda seguridad, en un mejor nivel de vida para la sociedad.

Otra de las propuestas presentadas, y que es importante incluir en el análisis de lo que viven las personas con discapacidad en nuestro país, es la “Difusión necesaria en materia de protección civil”.

Difícilmente se puede pasar por alto lo devastador que resultan los desastres tanto naturales como los provocados por el ser humano.

Al igual que otras regiones en desarrollo, América Latina y el Caribe es extremadamente vulnerable a los desastres naturales. Entre 1980 y 2010, un promedio anual de alrededor de cuatro millones de personas fueron víctimas de desastres naturales en América Latina y, de estas, no se tienen estadísticas del número de personas con discapacidad afectadas.

Las evidencias científicas sugieren que la región de América Latina y el Caribe experimentarán casi indefectiblemente un creciente número de desastres de gran magnitud durante los próximos años (Foros Camino a Cartagena, VI Cumbre de las Américas, Cartagena, 2012, p. 128).

Como se señala en esta propuesta relacionada con la difusión de información relativa a la protección civil:

Últimamente se han registrado mundialmente una serie de fenómenos naturales que, debido al cambio climático, han tomado dimensiones inimaginables y, a pesar de esto, prevalece una actitud por demás indiferente para tratar de reducir los riesgos al mínimo, sobre todo en sectores de la población con mayor vulnerabilidad, como son, entre otros, las personas con discapacidad, quienes requieren un apoyo especial, sobre todo en situaciones de emergencia.

México, al haber sido promotor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, y haber aprobado, firmado y ratificado este Primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, tiene una gran responsabilidad en la realización de los cambios y ajustes necesarios en lo que a inclusión de personas con discapacidad se refiere.

Las organizaciones de y para personas con discapacidad demandan reestructurar e intensificar las tareas de educación, difusión y capacitación en torno a estos temas con el fin de generar y fortalecer una cultura sensible a las necesidades de un grupo social que innegablemente forma parte importante de la sociedad; sin embargo, los esfuerzos son aún incipientes en esta materia.

Esta investigación incluye varios conceptos básicos, entre ellos los relacionados con el tema de protección civil, para el cual propone la elaboración de un folleto sobre atención a personas con discapacidad en el que se expongan los conceptos básicos de las discapacidades más comunes (visual, auditiva, motriz, intelectual), se explique cómo apoyar a las personas

con discapacidad en forma adecuada, se mencionen brevemente los conceptos legales más importantes, se detallen las facilidades que brinda el Senado a este grupo en su actual sede y se disponga de un espacio para un glosario que oriente sobre el significado y manejo correcto de los términos para referirse a las personas con discapacidad.

Al considerar los problemas estructurales, de mantenimiento e incumplimiento cívico en distintos rubros, se reconoció la necesidad de conservar y fomentar la *participación* de los agentes implicados en la promoción de accesibilidad, así como de consensuar los procesos para una mayor eficiencia, acompañando la información con una *imagen reconocible y adecuada* con el fin de facilitar la comprensión y conocimiento público de los instrumentos de difusión desarrollados.

A través de la *concientización* se pretende producir un cambio en los destinatarios, de manera que entiendan la complejidad de esta problemática social (y sus ventajas y desventajas), se sientan involucrados en ella (como miembros de una comunidad ocupada en el problema) y sean capaces de actuar al respecto.

Se espera que ese folleto cumpla con la función de orientación y apoyo para las personas con discapacidad en situaciones de desastres naturales, pues falta mucha formación y conciencia al respecto.

III. Conclusiones

La discriminación es una de las actitudes más lamentables que un ser humano puede manifestar hacia otro. Como práctica cotidiana tiene lugar en todos los rincones del planeta, muy a pesar de los diversos mecanismos e instituciones nacionales e internacionales que se han constituido para erradicarla.

Como se observó, varios de los motivos que generan la discriminación son factores culturales, prejuicios, estigmas, la falta de educación, la ignorancia, el temor a lo diverso y la arrogancia étnica y cultural.

En el caso de los llamados “grupos en condición de vulnerabilidad”, las razones más frecuentes de su rechazo y discriminación tienen que ver principalmente con la percepción de que son seres ajenos o extraños y la desconfianza que producen, con la intolerancia cultural, el prejuicio social por ser mujeres, poseer una discapacidad, ser pobres o, simplemente, por ser extranjeros.

Es necesario promover la cultura de la diferencia (como concepto contrapuesto al de cultura de la discriminación). El punto de partida es el reconocimiento del derecho de las personas a ser diferentes, sin perder de vista sus derechos fundamentales, comunes a todos los seres humanos.

Avanzar en esta concepción y práctica, con toda seguridad sentará las bases para la creación de una sociedad inclusiva, una que acoja generosamente a todos los ciudadanos con justicia y equidad.