

# REVISTA **dh** ELECTRÓNICA

# métodos

**Visiones alternativas sobre los derechos humanos:  
nuevos horizontes de análisis para antiguas problemáticas**

## CONTENIDO

- 3 RICARDO A. ORTEGA SORIANO
- 7 GERMÁN SANDOVAL TRIGO
- 37 CARLOS LUIS ESCOFFIÉ DUARTE
- 63 CÉSAR VILLANUEVA ESQUIVEL
- 93 ALDA FACIO

[www.revistametodos.cd hdf.org.mx](http://www.revistametodos.cd hdf.org.mx)



06



*métodhos*, Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos, año 3, núm. 6, enero-junio de 2014, 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: junio de 2014.

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: Perla Gómez Gallardo, Marycarmen Color Vargas, Ricardo Alberto Ortega Soriano, Raúl Armando Canseco Rojano, Luis Daniel Vázquez Valencia, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Tania Ramírez Hernández.

*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 de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.



El análisis de los derechos humanos, así como la generación de propuestas y soluciones a las circunstancias sociales, políticas y culturales en las que muchas veces aquéllos se ven envueltos, requieren de la realización de estudios y análisis actualizados y multidisciplinarios que aseguren aproximaciones teóricas y prácticas incluyentes capaces de producir cambios profundos con miras a su transformación. Esta tarea suele dejarse de lado en muchos ámbitos y, por el contrario, se opta por la reproducción de doctrinas y postulados afianzados en el ámbito de los derechos humanos que, aun cuando son valiosos, no en todos los casos son suficientes o aplicables para examinar problemáticas novedosas, complejas, recientes o que simplemente necesitan de una óptica distinta que abone a su entendimiento o que permita el desarrollo del conocimiento científico y práctico en la materia.

La investigación aplicada en materia de derechos humanos parte de esta idea. Con ella se busca crear conocimiento diverso que explique los complejos fenómenos que afectan a grupos o sectores de la población con características diferenciadas y que muchas veces se encuentran en condiciones de desigualdad, con base en la premisa de que la incorporación de su voz, su perspectiva y su visión constituye un elemento indispensable para garantizar soluciones consistentes y lo más próximas a su identidad y, por tanto, a sus derechos humanos. Así, a través del conocimiento, la investigación y la crítica, el sexto número de la revista *Métodhos* se acerca al análisis de fenómenos y problemas, algunos tradicionales y otros un tanto más recientes, desde visiones alternativas que pretenden establecer un punto de partida para el desarrollo de discusiones y debates sólidos en favor de los derechos humanos y el remedio a sus dificultades. Por medio de los artículos que integran este número, las y los autores buscan incorporar la mirada de distintas personas y grupos que sin duda alimentan y acrecientan el panorama, las percepciones y los paradigmas que existen respecto de los derechos humanos.

El primero de los artículos titulado “Los derechos humanos como descolonización y luchas sociales”, se apoya en un análisis crítico sobre la fundamentación tradicional de los derechos

humanos con el fin de ofrecer una mirada alternativa para su análisis y entendimiento desde lo que ha sido denominado como *perspectivas epistemológicas del sur*. La importancia de este tipo de estudios radica en la posibilidad de deconstruir ideas y estructuras que por su desarrollo y naturaleza pueden no ser las más adecuadas para explicar fenómenos complejos que requieren de soluciones mucho más profundas que involucren el replanteamiento incluso teórico de postulados y estructuras.

En esta misma línea de explicación y consideración de los derechos humanos *desde abajo* —es decir, desde las voces y perspectivas de grupos y personas que comúnmente son excluidos y marginados del escenario jurídico y político—, el texto “El derecho a la verdad de los pueblos indígenas” propone una serie de ideas en torno a la conceptualización de este derecho desde el ámbito colectivo y aborda una serie de argumentos sobre su importancia respecto de los pueblos indígenas, sobre todo desde la consideración de que en muchos países y a lo largo del tiempo los pueblos y comunidades indígenas han sido víctimas de violaciones graves, masivas y sistemáticas que han puesto en riesgo su derecho a la identidad e integridad como pueblos ancestrales y poseedores de culturas y conocimientos tradicionales.

En el análisis de una problemática un tanto más reciente que se ha colocado en un lugar importante en la agenda de derechos humanos, no sólo a nivel nacional sino también internacional, el artículo denominado “La restricción al derecho de acceso a la información a partir del establecimiento discrecional y excesivo de sus plazos de reserva” brinda una explicación sobre los posibles impactos negativos que puede acarrear la falta de claridad y certeza de aquellas normas que regulan el acceso a la información, llegando incluso a posibilitar el surgimiento de escenarios de discrecionalidad absoluta y arbitrariedad. Sobre esa base, dicho artículo también ofrece un ejercicio de derecho mexicano comparado respecto de las legislaciones estatales que hasta la fecha contienen cláusulas abiertas que atentan contra el ejercicio del derecho de acceso a la información en una sociedad democrática.

Por último, y no por ello menos importante, en la sección de ensayos temáticos tenemos el gusto de contar con la participación de una mujer académica reconocida internacionalmente por su contribución en el campo de los derechos humanos de las mujeres y de la teoría de género. En este sexto número, y a través del texto titulado “La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad”, Alda Facio realiza un análisis minucioso sobre el contenido y alcance del derecho humano a la igualdad, y a partir de la incorporación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos ofrece una traducción precisa de lo que desde el punto de vista jurídico debe entenderse por igualdad con el objetivo de que los gobiernos cuenten con la claridad suficiente en torno al alcance que tiene dicho principio para eliminar las actitudes de discriminación que afectan a las mujeres.

Con este número, la revista *Métodhos* refrenda su apertura para la producción de conocimientos y propuestas alternativas que hagan viable la generación de un diálogo franco, abierto y respetuoso en beneficio de los derechos humanos. Muchas gracias a las y los autores que confiaron en este espacio de letras, y sobre todo gracias a quienes han comenzado a hacer de *Métodhos* un proyecto de lectura y difusión constante.

Ricardo A. Ortega Soriano

Director Ejecutivo del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos

# INVESTIGACIÓN

## Los derechos humanos como descolonización y luchas sociales

Germán Sandoval Trigo\*

\* Profesor de diversas materias en las áreas de filosofía del derecho y sociología jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).



## Resumen

Este documento es una disertación en la que el autor analiza la posibilidad de relacionar los derechos humanos, a partir de las epistemologías del Sur, como eje de la refundación del Estado. Para ello entiende a las luchas por los derechos humanos como campo de las sociologías de las emergencias, con capacidad fundante de *sentido*, categorías e instituciones subalternas que prolonguen la resistencia social como un medio legítimo de repensar la hegemonía.

*Palabras clave: teoría crítica, epistemología del Sur, derechos humanos, descolonialidad, sociología jurídica.*

## Abstract

This paper is a dissertation in which the author discusses the possibility of linking human rights, through South epistemologies, as the axis of the refounding of the State. To do this, he understands the struggles for human rights as a field of sociology of emergences, with foundational capacity sense, categories and subordinated institutions that prolong social resistance as a legitimate way to rethinking hegemony.

*Keywords: critical theory, South epistemologies, human rights, decoloniality, legal sociology.*

## Sumario

I. Introducción; II. Asterión; III. Nueve años y nueve hombres; IV. La espada de bronce; V. Epílogo; VI. Bibliografía.

*Je n'aime pas le mot «racines», et l'image encore moins. Les racines s'enfouissent dans le sol, se contorsionnent dans la boue, s'épanouissent dans les ténèbres; elles retiennent l'arbre captif dès la naissance, et le nourrissent au prix d'un chantage: «Tu te libères, tu meurs!». Les arbres doivent se résigner; ils ont besoin de leurs racines; les hommes pas. Nous respirons la lumière, nous convoitons le ciel et quand nous nous enfonçons dans la terre, c'est pour pourrir.*

AMIN MAALOUF, *ORIGINES*

## I. Introducción

Este texto es afín a la obra de Boaventura de Sousa Santos. En él exploro algunos temas particulares a la par de un acercamiento con la opción descolonial. En esta tesitura, es importante destacar que el tema central de este documento es la descolonialidad de los derechos humanos, cuya postura que me interesa está orientada a partir de una clave epistemológica que permite repensar a los derechos humanos para eliminar la carga dogmática y fundacional de Occidente. Sin embargo, la posición que asume el presente texto está en concordancia con la (pluri)diversidad de las realidades sociales: que desde la horizontalidad del conocimiento se pueda comprender que el mundo occidental es una racionalidad más dentro del plano de lo posible, y con ello extender el campo de existencia de saberes que habitan otras culturas dentro y fuera de aquello hegemónicamente reconocido.

Asimismo, la posición que se defiende en este documento parte de mi investigación de doctorado –de la cual por cuestiones de formato únicamente haré referencias generales–. De tal suerte que se pensó en cuatro partes, cada una de las cuales contiene una metáfora que está relacionada íntimamente con la lectura de “La casa de Asterión”, de Jorge Luis Borges; por ello, como advertencia para la o el lector sugiero su previa lectura con el fin de tener una

lectura completa de este texto. Además, deberá comprenderse que el presente escrito asume una posición exploratoria y de abierto debate antes que un aparato vertical y cerrado; que de la verdad hablen los dogmas.<sup>1</sup>

## II. Asterión

Hace no mucho tiempo, en una de las materias que imparto, uno de los jóvenes me solicitó respuesta a una grávida cuestión: ¿cuál es la naturaleza de los derechos humanos?, y aclaró: ¿pertenecen al campo de estudio del iusnaturalismo o al iuspositivismo? Esta clase de preguntas nos lleva de inmediato hacia los campos clásicos de los tratamientos jurídicos en los que el pensamiento moderno acuña su fuerza a partir de su fundamento racional y les atribuye debilidad a aquellos de orden metafísico sujetos por la tradición. La sonora respuesta desde el endurecimiento clásico podría afirmar que el derecho es válido en tanto que es una creación racional derivada del contrato social, y que por consecuencia sus contenidos están condicionados racionalmente a su identidad/realidad. Es decir, es posible pensar que existen derechos humanos previos al Estado, porque racionalmente éste les otorga reconocimiento y, por tanto, se vuelven parte de sí desde que son admitidos en su interioridad. Otra posición señalaría que los derechos humanos se hacen traslúcidos en el pensamiento moderno sólo bajo la suposición de que son sustancias de derechos y que previamente fueron entidades derivadas de la fundación metafísica de Dios o la razón –del hombre– cuya extensión horizontal priva en el hombre por el hilo que les une con su creador. Sin embargo, a pesar de cuantas explicaciones racionales se puedan dar desde la academia clásica del siglo XX, éstas son infinitas como los pesebres, abrevaderos, patios y aljibes de la casa de Asterión.<sup>2</sup> La academia que enseña e investiga el derecho moderno, tanto como el minotauro del cuento de Borges, se pierde en sus bóvedas, pesebres y abrevaderos; olvida que está en un laberinto y apenas se reconoce por mera intuición desde un conocimiento que replica en cada cámara su eterna replicación con conceptos, categorías y clasificaciones.

Por tanto, una pregunta simple como la del párrafo anterior tiende a complejizarse de acuerdo con la naturaleza de cada respuesta. Y por ello, el campo tópico desde el que se plantea

<sup>1</sup> “Desde la época en la que la razón se convirtió en el instrumento del dominio de la naturaleza humana y extrahumana por el hombre –esto es, desde los más tempranos comienzos–, su intención propia, la de descubrir la verdad, se ha visto frustrada. Lo cual debe atribuirse a su conversión de la naturaleza en mero objeto, y al hecho de haber fracasado en el empeño de descubrir la huella de sí misma en tal objetivación, en los conceptos de materia y de cosa no menos que en los de los dioses y del espíritu.” Véase “Razón objetiva y subjetiva en el tratamiento de Horkheimer”, en Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, trad. de Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002, p. 184.

<sup>2</sup> Jorge Luis Borges, *El Aleph*, Madrid, Alianza, 2007, pp. 77 y ss.

el ejercicio dialéctico, supuesto entre pregunta y respuesta, ocasionalmente no valida los contenidos ni dimensiones del *sentido* que evoca cada posición. Para contestar una pregunta simple es necesario asumir el lugar, la fuente de la que nace la pregunta, antes que partir de su respuesta. Previo a realizar una interrogante sobre el qué de algo quizá valga pensar en la pregunta desde el campo de quién realiza el cuestionamiento y, más aún, desde dónde se pretende hacer valer la respuesta. El atavismo de la universalidad objetiva y neutra de los qué, desde otro campo de fuerza, entendimiento y racionalidad, se disuelve ante la infinitud de los quiénes.

Regresemos a la pregunta capital de esta introducción: la naturaleza de los derechos humanos. Pero antes de que aportemos una respuesta dogmática y universal es necesario plantearse que respecto de las respuestas posibles éstas pueden variar cuando se realizan desde diferentes campos del saber; es decir, si la pregunta es lanzada desde las normas válidas por el orden normativo, el sistema jurídico, la ciencia (o ciencias) del derecho o incluso desde la filosofía del derecho, tendremos tantas respuestas diferentes cuyos enunciados en grado y naturaleza (de)formarían los límites del objeto de estudio; por tanto, el instrumento desde la fuerza de su demostración deforma al objeto para que entre en sus categorías. De ahí que en un mismo tiempo y espacio las diversas explicaciones de *una misma idea* harían evidente la necesidad de aclarar los conceptos mediante tesis analíticas, sin dar cuenta que éstas también parten de posiciones reduccionistas y modelos que replican una forma de pensar; es decir, de fuerzas de conocimiento que determinan lo válido, correcto o bueno. Por ello cabe hacer una reflexión respecto de la validez de las preguntas y la fuerza sobre la que se sostienen las respuestas.

Partamos inductivamente. Cuando pensamos en la labor de la ciencia del derecho, principalmente la encomienda conferida a la teoría del derecho –la determinación de la naturaleza, esencia y estructura de las normas jurídicas y una posible definición del derecho–, es posible advertir la multitud de postulados teóricos, métodos, discusiones y posiciones epistémicas que abordan de manera desmesurada una infinidad de argumentos que disputan la descripción de los rasgos esenciales o la naturaleza del derecho. Empero, el derecho como un tema de *universal* condición asume diversas formas y contenidos sometidos al tiempo y al espacio, por lo que la objetividad, neutralidad y universalidad del pensamiento racional moderno ha propuesto al problema límites sobre la afirmación formal del objeto, de la indagación del saber y también de su fuente.

Para ejemplificar este escenario basta pensar en la construcción teórica de H. Kelsen, pues la influencia de los estudios (neo)kantianos fue inherente de su tiempo, lo que hace evidente que partir de un modelo epistémico (formal de la realidad) le ayudó a sostener el estudio del ser del deber ser desde la pureza metódica, que a la postre, al acudir a Vaihnger y a la filosofía del *como sí* –coherente con la base neokantiana–, le dotó de coherencia a los fundamentos de

validez de las normas como una norma hipotética, pensada formalmente hablando, pero no empíricamente demostrada. De ello es posible pensar que la *teoría pura del derecho* es una teoría moderna cuya relevancia y consecuente validez dentro del derecho moderno se volvió impecable desde los medios de la ciencia positiva de los siglos XIX y XX, cuyas limitantes críticas lo son tanto de su resultado como de su fundamento. De igual manera, otros teóricos sociales –dentro o fuera del derecho– encuentran en la raíz de sus fundamentos epistémicos las respuestas que darán solución a preguntas que, aún en su concepción, no han sido formuladas. Así, la validez del conocimiento sujeta a las preguntas, al sujeto y al objeto por igual a una fuente que determina el buen pensar. En este breve ejemplo, tal y como hubiera ocurrido con una respuesta totalitaria sobre la pregunta del estudiante respecto de la naturaleza de los derechos humanos, la contestación se encuentra en el quién afectado por espacio-tiempo y no en un qué universal; ese quién no es un sujeto sino una fuerza del pensar.

Con base en lo anterior, la pregunta del alumno adquiere matices más profundos que una simple categoría binaria entre el derecho positivo y el natural, pues a partir de la noción de la fuerza del pensar es necesario desprender una pregunta determinante para este documento –y el estudiante de derecho–: ¿la validación universal del objeto es la consecuencia de un solo proceso racional? A esta cuestión valdría la pena realizar otra pregunta: ¿existen otros saberes? De ser así, ¿es posible –o deseable– gradar a los saberes jerárquicamente? Ante ello, ya sobre la traza de la naturaleza de los derechos humanos, ¿qué consecuencias tendría realizarlo? Y finalmente, ¿vale la pena preguntarse la naturaleza de los derechos humanos desde un tono hegemónico y totalitario? Las respuestas están implícitas en la defensa a ultranza del alumno de derecho que aprende, reproduce y defiende categorías, sentido y formas de vida que están lejos de ser propias y cuyo manto y *logos* histórico provienen de raíces que no comparte y que no están a su alcance; por tanto, la idea de la naturaleza de los derechos humanos ha sido hasta este momento parte del pretexto de la trama de este trabajo, empero, el debate que se pretende anuncia la respuesta a estas preguntas desde el título que da sentido a este artículo: los derechos humanos como descolonización y como luchas sociales.

Es conveniente comprender que la apuesta de este documento se centra en el giro descolonial del que autores como Boaventura de Sousa Santos, Enrique Dussel, Santiago Castro y otros tantos coinciden en que el conocimiento occidental de cuño moderno se afirmó como único parámetro de saber, limitando a otras formas de entendimiento que no se ajustaban a la fuerza del pensar como simple ignorancia. De ahí la importancia de la rehabilitación de otras formas de conocimiento y la descolonialidad de las categorías cimientes en el orden social. En tal entendido, el saber moderno polariza la afirmación del conocimiento a partir de una construcción metodológica. Su confianza en la ciencia sujeta a la demostración del saber a la replicación de la fuerza que se valida desde axiomas y fundamentos de un *logos* histórico singular. El yo como centro del universo.

Para la noción moderna, la separación de la especulación, creencia y saber asume la orientación de la verdad, pues el conocimiento se grada de acuerdo con la profundidad de las reglas formales que expliquen al objeto, su esencia y sus principios o causas. Sin embargo, el método objetivo, cientista y racional propuesto por el forje occidental somete al objeto a la rigurosidad de un sistema, una forma de vida y un *logos* histórico que lo *encubre* con el saber propuesto. Quizá los mundos formales de la materia puedan explicarse a partir de leyes desde la universalidad, tanto como lo hace la física mecánica respecto de la cuántica, sin demeritar los avances de la *ciencia*.

El saber moderno se concentró en la demostración empírica del mundo, su cuantificación y ordenación artificial de la razón; separó la sustancia de la conciencia y el mundo objetivo mediante reglas y procesos asumidos por el sujeto cartesiano. Sin embargo, su más profunda limitación está en aquello que no puede someter a sus procesos de inferencia racional: el deber ser. Los contenidos del deber ser son tan variables como *in situ* la fuerza que declara su validez, de ahí que sea claro que para una persona de ciudad que habita en un país occidental el extractivismo –y su defensa jurídica– sea una práctica tolerada e incluso necesaria para continuar produciendo teléfonos celulares, *chips* y todo su estándar de vida que va aparejado con su visión de mundo. Pero al mismo tiempo, para otra que habita en la Amazonia el extractivismo tiene una connotación de crimen y violencia no sólo hacia sus derechos –si es que es pronunciable esa palabra y reproducible en su propio *sentido*– sino también de manera más profunda, encarnada en su piel y vida, pues muere junto con sus hermanos –otros seres animados y no animados/empíricos y no empíricos–, hogar –dios/tierra– y madre –elementos/comunidad/espíritus–. Toda su forma de vida y organización social más básica se ve amenazada por una empresa que se dedica a la minería, y a pesar de que –en el mejor de los casos– no fuere vulnerada físicamente, este acto bárbaro destruiría su forma de vida, saber y ser, obligándole a vivir en la humillación, violencia y opresión. En tal caso, la sentencia de un juez no le proporciona a ésta ningún consuelo y mucho menos reivindicación luego de la destrucción. Lo que a la primera le da la justificación de vivir en un mundo racional y ordenado para la segunda es un acto lleno de *barbarie ultrajante*, terror y muerte. La ciencia puede organizar conocimientos, pero la vida y la dignidad no pertenecen a categorías estáticas o dependientes de un solo punto de vista universal.

Aquí el punto de exclamación, para los saberes jurídicos la sistematización y organización del conocimiento se forja en definiciones, conceptos e ideas, teorías, métodos y postulados que determinan lo que es la naturaleza del derecho. Sin embargo, ¿es relevante para el ciudadano o el habitante de la Amazonia entender las diferentes posturas de la naturaleza de sus derechos? Un académico formado en la tradición positivista dirá que la ciencia del derecho se concentra en el significado objetivo de la norma, por lo que a pesar de la crueldad de ella la disección semántica y analítica de ésta, su concepto, naturaleza y organización es lo relevante

para la ciencia del derecho. Otro especialista de esta misma formación, desde la filosofía del derecho, quizá respondería que lo es en tanto que la significación de este fenómeno jurídico, luego de la estimativa,<sup>3</sup> debe ser reputada como injusta, pues atenta en contra de condiciones de vida y medios atribuidos a la dignidad del hombre ya que el derecho, a pesar de ser un orden coercitivo en favor del bien común, no debe poner en riesgo la dignidad. En ambos puntos la ubicación de su naturaleza es determinante para la estructura del sistema jurídico, con el fin de dotar su existencia y posibilidad de eficiencia o eficacia normativa en favor de la esfera jurídica del sujeto de derechos.

No obstante, la disputa por la afirmación de la naturaleza de los derechos humanos aquí se hace necesaria pues, ya sea moderna, tradicional u otra, deberá asumir una posición quizá no compatible con la misma fuerza de la razón que permite su afirmación, pero que es un punto de partida para su identidad dentro de un sistema jurídico –local, federal o internacional–. Por tanto, de ninguna manera niego que sea necesario fundamentar la naturaleza de los derechos humanos, porque como

[e]n efecto, algunos autores continúan sosteniendo la necesidad de dar las razones por las que promueven y defienden tales derechos, otros afirman la necesidad de un fundamento desde la ontología y antropología filosófica, con un doble fin: dar una justificación teórica a los derechos humanos, y conocer mejor su contenido; otros más consideran necesario un fundamento sólido de los derechos humanos con miras a que no sean absorbidos por el relativismo y la posmodernidad, y a que no los ahogue lo superfluo del consumismo; y algunos consideran que el tema del fundamento siempre debe ser discutido, pues sacarlo del campo de visión rebajaría decisivamente la eficacia jurídico-política de los derechos humanos.<sup>4</sup>

Por tanto, la inquisición sobre su naturaleza no es estéril, pero quizá deba ser replanteada con el fin de comprender aquello que se ha desperdiciado fuera de los marcos categoriales del saber moderno. De tal suerte que el análisis ultraformalista de la naturaleza de los derechos humanos pasa a ser una cuestión secundaria cuando se hace imperante la conservación de una forma de vida, su estado dado y la correspondiente dignidad. Claro, no es una cuestión tan simple, pues en esta orientación vale la pena pensar si es posible investigar la naturaleza de los derechos con la misma urgencia que su defensa. Lo que creo que resulta pernicioso es partir de la afirmación de la naturaleza como condicionante de la defensa, lo que nos llevaría a poner la carreta delante de los caballos.

<sup>3</sup> Véase “Estimativa jurídica”, en Luis Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, 19ª ed., México, Porrúa, 2008, pp. 548 y ss.

<sup>4</sup> Alejandro Martínez Rosillo, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, Itaca, 2013, pp. 17-18.

Definitivamente, en el enunciado anterior se mezclan dos órdenes de lenguaje, dos mundos de abstracción cuyos referentes se explican mediante proposiciones distintas (descriptiva/prescriptiva: por un lado la ciencia nomotética, y en el otro los de carácter antropológico, sociológico e histórico que legitiman objetualmente las formas de vida en un plano material. No es un error metodológico. Lo que intento expresar es que una realidad vulnerada, sin teoría que la haga manifiesta en la coherencia de su causa, es un ocultamiento racional, una vida silenciada; mientras que una realidad deformada a partir de los contenidos de la fuerza de una teoría se vuelve –usando la metáfora kantiana– un concepto ciego y, más que ciego, amputado y muerto.

Por ello, como punto de partida, considero que el análisis formal de algunas teorías puede corresponder a una forma de vida y tradición singular –Occidente– cuya exploración con fines particulares limita el *sentido* a su concepción *universal*<sup>5</sup> –*de facto* particular–, sin que éstos *per se* existan como objeto –universalizable– de análisis, pero que ponen en riesgo la distinción entre la identidad del conocimiento y el instrumento que le conoce.

Ni en la ciencia positiva se antepone el microscopio a la célula; hacerlo deformaría cognitivamente al objeto en sí. Por ende, la afirmación ontológica de la descripción de los derechos humanos debe partir del (re)conocimiento de formaciones modernas o milenarias, de prácticas –incluso no comunes– normativas o (a)normativas y hasta invisibles para los sistemas racionales occidental, asiático, africano<sup>6</sup> o del que se trate que asuman formas de vida, su *estado* y conservación, y la dignidad de su contenido por medio de la contención del sufri-

---

<sup>5</sup> Para un ejemplo sobre la noción de encubrimiento de la categoría sobre el fenómeno social se parte de la delimitación del grado de la racionalidad, la pretensión de validez general en los criterios de moralidad y la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. “Cuando se habla de universalidad de los derechos se están diciendo al menos tres cosas diferentes, aunque vinculadas en su raíz. Si nos situamos en el plano racional, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres y con pretensión de validez general de los criterios de moralidad, contenidos en los derechos. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial, por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. Es evidente que la primera noción es el núcleo central de la que teóricamente arrancan las raíces de las demás pero [...] tanto por los intereses y problemas implicados como por las perspectivas de aproximación que suponen, cada una de ellas exige esta delimitación conceptual. Podemos decir que la primera supone situarse en el ámbito de la razón, la segunda en el de la historia y la tercera en el de la cultura y en el cosmopolitanismo.” De esta cita es posible destacar las siguientes preguntas como cuestiones paralelas que se harán transparentes más adelante en este artículo: ¿los nómadas no tienen derechos humanos? ¿El criterio de racionalidad y abstracción no es en sí la reducción moral de lo que se funda con la fuerza de la razón? ¿El concepto de sociedades políticas está circunscrito al liberalismo o puede haber otras manifestaciones que persistan dentro del Estado pero que no le reconozcan ni compartan derechos o tengan otros? Véase Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, 1999, pp. 299-300.

<sup>6</sup> No me refiero particularmente al régimen internacional de derechos humanos sino más bien a todas las concepciones internas de las culturas que son y han sido vulneradas en sus formas de vida, dignidad, etcétera.

miento injusto.<sup>7</sup> Insisto, anteponer la naturaleza de los derechos humanos a su existencia corresponde a un encubrimiento que deforma sus contenidos materiales o una hipóstasis que otorga sustancia a algo que no la tiene.

A pesar de lo anterior, el entendimiento de los derechos humanos en los tratamientos del siglo pasado aún contiene residuos de un ciframiento que pretende hacer extensivo lo particular con carácter universal. Para muestra, el Preámbulo de la Declaración *Universal* de los Derechos Humanos en donde se suscriben *algunos* países miembros de la humanidad:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

De lo anterior es posible enunciar una serie de cuestionamientos que no se resolverán en este documento, tópicos clásicos de crítica y enjuiciamiento, y de defensa y discusión que forman parte de diferentes campos de debate de los que sería infinito designar. Afirmaciones que pueden leerse como interrogantes e interrogantes vueltas afirmaciones, dependiendo de lo opinable y debatible de cada posición y fundamento dialéctico de validación. Para nombrar algunos campos de crítica, podrían hacerse las siguientes preguntas:

- a) ¿Qué significa (re)conocimiento? ¿El sistema internacional planteado por los miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) tienen la facultad epistémica para conocer y validar contenidos materiales de las diversas formas de vida, es decir que constituye una autoridad en el saber universal? ¿Constituye la ONU una (meta) ética imperial?

---

<sup>7</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, trad. de Carlos Martín Ramírez, Madrid, Trotta, 2014, pp. 13-24.

- b) ¿Qué entienden los miembros de la ONU por dignidad intrínseca? ¿Los campos de la dignidad se someten inductivamente?
- c) ¿Es una declaración universal sobre derechos humanos de toda la familia humana (todos) hecha por los pueblos de las Naciones Unidas (algunos)? ¿Los que no firman estas declaraciones no tienen derechos humanos?
- d) ¿La conciencia de la humanidad es universal? De ser así, ¿los hechos de barbarie ultrajante también lo son? Esta situación se complica más cuando preguntamos si de existir una *única* (meta) ética, ¿debemos someternos a ella?
- e) ¿El hombre, la humanidad y la persona humana (en términos del preámbulo) son los límites de la extensión de los derechos humanos? ¿Su comunidad –que infiere fauna y medio ambiente–, los no presentes, los bienes comunes –no sólo de la humanidad– y los otros no mencionados no tienen derechos humanos? ¿No forman parte del patrimonio universal aquellos que no reconozcan la categoría del yo moderno?
- f) ¿Los contenidos de la dignidad, libertad, igualdad y progreso son universales? Y, sobre todo, ¿son deseablemente universales?

Cada inciso muestra la fortaleza o debilidad de un argumento. Cabe señalar que hacer un cuestionamiento analítico de cada una de las palabras de este preámbulo es una mera inferencia sobre la real problemática que habita en los renglones precedentes, pues la carga semántica del *sentido* no depende del objeto en cuestión sino del contexto que le interpreta. De ahí que las prácticas sociales y formas de vida pertenezcan a un *sentido*<sup>8</sup> más profundo que el lenguaje y no a una simple teoría.

Principalmente, es sencillo inferir el problema de una posición de amplitud universal que se valida desde lo ínfimo y particular, pues su fuerza se sostiene en un pensamiento de reducción y simplificación –en el entendido del pensamiento complejo de Morín– que asume a los pueblos de las Naciones Unidas como el universo y que el centro del *yo* cartesiano es el medio y medida de la dignidad y el eje toral de la interpretación del mundo moderno. Pero aun cuando es importante como un referente en el campo de este trabajo, no es el motivo central.

En efecto, la reflexión de estos cuestionamientos en la tradición del siglo pasado necesitó de instrumentos hegemónicos –teorías– y luchas (contra)hegemónicas –praxis<sup>9</sup> que de manera continuada y sostenida *universalizaron* las luchas por los derechos humanos tanto como las

<sup>8</sup> Para este párrafo entiendo *sentido* en términos de Ludwig Wittgenstein sobre los juegos de lenguaje, mientras que para el uso de la última parte de este párrafo, el entendimiento de Gilles Deleuze acerca del plano de consistencia y la expresión del ser.

<sup>9</sup> No todas las teorías han sido hegemónicas ni los movimientos contrahegemónicos; son infinitos.

limitantes de su propia acción, por lo que conviene pensar que no todo el campo de lo criticable termina en crítica ni ésta deja de ser criticable. De ahí que la apertura de la lucha por los derechos humanos sea un campo de debate en la vida cotidiana, los tribunales y en los niveles discursivos que operan en la construcción del debate académico y la creación de los nuevos operadores jurídicos. Es un campo que no le pertenece por derecho a las Naciones Unidas ni a las academias universales, sino a los que luchan cotidianamente por ellos. En este punto es importante comprender que su naturaleza puede identificarse teóricamente con un modelo determinado, pero que quizá en cuanto a los actores sociales que determinan su ejercicio ésta puede o no coincidir.

Por desgracia, respecto del legado de los derechos humanos la unidad simbólica de las categorías usadas para su construcción en el siglo XX obedece a una naturaleza isomórfica que desfigura la realidad. La fuerza del pensamiento moderno luego de la Segunda Guerra Mundial –y mucho antes– influyó en los estudios filosóficos, sociales y teóricos de diversos órdenes para hacer valer contenidos cuya validez fuera contundente ante la afirmación universal de estos derechos. Su postura monolítica comenzó a dar cuenta de la existencia de otros derechos, pensamientos y realidades. Sin embargo, a la postre la fuerza del pensar ha reducido a la diferencia a las formas válidas de su interioridad. Esta reflexión no es nueva, como Jean Paul Sartre nos recuerda al calce del colonialismo:

La élite europea se dedicó a fabricar una élite entre los indígenas; se seleccionaron jóvenes, se les marcó en la frente, con hierro candente, los principios de la cultura occidental, se les introdujeron en la boca mordazas sonoras, grandes palabras pastosas que se adherían a los dientes, tras una breve estancia en la metrópoli volvían a su país falsificados. Esas mentiras vivientes no tenían ya nada que decir a sus hermanos; un eco; desde París, Londres, Ámsterdam, nosotros lanzábamos palabras: “¡Partenón! ¡Fraternidad!” y en alguna parte, en África, en Asia otros labios se abrían: “¡...tenón! ¡...nidad! Era la Edad de Oro.<sup>10</sup>

Por ello, a partir de las rutas del colonialismo e imperialismo las luchas sociales, por dar contenidos a estos derechos, se sometieron a la dependencia simbólica de la pretendida universalidad, cuya validación perteneció a fuerzas racionales externas de algunas causas que deformaron las necesidades de justicia de muchas sociedades. Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, la reestructura política y económica del mundo se hizo inminente, por lo que el colonialismo mutó en figuras democratizables y contenidos universales, al igual que el anhelo del progreso y la inclusión del *tercer mundo* en la economía global de orden (post)colonial. En este ejercicio la idea de los derechos se afirmó como una realidad

<sup>10</sup> Véase “Prefacio”, en Frantz Fanon, *Los condenados de la tierra*, trad. de Julieta Campos, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 5.

objetivable por medio de la distribución de la riqueza y el avance de las sociedades del tercer mundo hacia el progreso económico de la nueva ruta liberal. De tal suerte, por gracia del derecho internacional<sup>11</sup> a los antiguos colonizados se les dio existencia como iguales,<sup>12</sup> como entidades estatales racionales, lo que sólo confirmó la dependencia de los oprimidos hacia los modelos del desarrollo.

Con esta intención, el discurso respecto de la organización soberana de los Estados se centró en diversos proyectos económicos como el Bretton Woods y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade), que a la par necesitaron de instrumentos de calibre global tales como el Fondo Monetario Internacional (International Monetary Fund) o el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (International Bank for Reconstruction and Development) –que luego se transformaría en el Banco Mundial–. Es decir, se construyó una razón objetiva<sup>13</sup> de expansión (post)colonial a la que consecuentemente se impuso una racionalidad subjetiva con nuevos fines para las sociedades marginadas y presenciales: la unificación simbólica de una (meta) ética global que privilegiara los planes globales de la humanidad a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

De esta manera, las grandes potencias imperiales, se encargaron de convertir los treinta artículos de la Declaración Universal, en un extenso cementerio de buenas intenciones. Cuando muchos ciudadanos de esos países desarrollados, alcanzaron aceptables niveles de vida, con amplios sistemas de seguridad social y salarios dignos, las grandes mayorías humanas del mal llamado “tercer mundo”, quedaban relegados a sobrevivir en la más absoluta pobreza, sin servicios básicos de sanidad y educación, y en condicionales laborales, las más de las veces humillantes. Dicho en palabras del director general de la UNESCO a la fecha de la firma, don Jaime Torres Bodet: “Mientras la mayor parte del género humano viva en el hambre y la injusticia, para morir en la miseria y la ignorancia, el documento que ha sido adoptado en París continuará presentándose ante nosotros como un objetivo aún lejano”.<sup>14</sup>

Por ende, la disputa sobre las definiciones, conceptos e ideas, como también sobre los instrumentos que categorizan la naturaleza y configuración de los derechos humanos, hace visible, en contra sentido, la necesidad de (re)evaluar el posicionamiento ontológico que le da vida a las categorías e ideas sobre los derechos humanos sin perder de vista que la humanidad es

<sup>11</sup> El gentil civilizador que nos refiere Koskenniemi.

<sup>12</sup> Véase la Conferencia de Bandung.

<sup>13</sup> Véase “Razón objetiva y subjetiva en el tratamiento de Horkheimer”, en Max Horkheimer, *op. cit.*

<sup>14</sup> Yldefonso Finol, *La falacia imperialista de los derechos humanos*, Caracas, Biblioteca de los Consejos Comunales por el Ministerio de la Cultura/Fundación Editorial El perro y la rana, 2006, p. 15.

rica en sus múltiples dimensiones y que sólo en la *diferencia* es posible la vida. Considero que en este siglo XXI, como real adjudicación de los derechos humanos, los actores sociales deben realizar un ejercicio reflexivo crítico sobre cada posicionamiento que sugiere el uso hegemónico o contrahegemónico de las formas que adopta su defensa, anhelo o lucha, y así repensar el contenido y limitación sobre las formas de los derechos humanos. Descolonizar su fundamento como campo de emancipación y conocimiento interno de cada sociedad es un ejercicio reflexivo hacia dentro y hacia fuera; y no sólo una posición histórica que afirme nuestro andar hacia una transformación ya concebida en un pasado remoto –falsos esencialismos– sino más allá, como un acto de refundación que (de)form(e) a nuestra realidad, que abra el campo de lo posible antes que repetir el sentido de la profecía<sup>15</sup> o contemplar la verdad. Por ello esta perspectiva debe ser comprendida a la par de la sociología de las emergencias y la refundación del Estado de Boaventura de Sousa Santos.<sup>16</sup>

### III. Nueve años y nueve hombres

La modernidad es un tema demasiado complicado que no agotaré en estas líneas; obviamente el derecho moderno y los derechos humanos están (sobre)saturados de esta concepción cultural. Sería un error intentar definir sus rasgos principales, pues siempre se dejan de lado otras esencialidades; sin embargo, me interesa destacar un hito seminal en el pensamiento moderno: la construcción del *yo* cartesiano. Para este texto es significativo dar cuenta de que en el tránsito del Renacimiento hacia la Ilustración la construcción de un sujeto separado del todo tuvo repercusiones muy serias en el entendimiento del tiempo y la historia –dilatación del presente y contracción del pasado–, y sobre todo en su distancia con la comunidad y la naturaleza. Las consecuencias de esta inversión de mundo son más que evidentes cuando pensamos en otras alternativas que descentran al ego como categoría fundacional. Obviamente, existen otros tratados en extensión y relevancia que pueden profundizar con mayor presión en la disputa sobre la modernidad; sin embargo, lo que pretendo rescatar no son las consecuencias del *yo* sino simplemente la fuerza que validó a esta categoría en el trance moderno.

---

<sup>15</sup> Tupac Katari.

<sup>16</sup> Véanse Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge, 1995; Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Desclée de Brouwer (col. Palimpsesto. Derechos humanos y desarrollo), 2000; y Boaventura de Sousa Santos, *Una epistemología del Sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, México, Clacso/Siglo XXI, 2009.

En esta línea, Boaventura de Sousa Santos entiende a la modernidad como un proyecto cultural que configuró, al interior de las estructuras sociales, una compleja red entre fuerzas de regulación y emancipación<sup>17</sup> que, dependientes de otro proceso histórico dual –el capitalismo–, limitaron las posibilidades de orientación social a partir del diseño de una forma de conocimiento particular. De acuerdo con él la ciencia y el derecho fueron dos principales herramientas para determinar el paso moderno y su conservación.

De ello quiero rescatar un elemento para este artículo: que el conocimiento moderno, al partir de la totalidad –saber o ignorancia– enraizada en la ciencia, tendió a sostener una estrategia constrictiva sobre otros saberes, formas de poder y realidades. A lo anterior agregó que la fuerza con que opera la epistemología de la ceguera descansa en los contenidos y formas que describen y afirman el conocimiento desde los fundamentos filosóficos del proyecto moderno; el *cogito*, la inducción como conocimiento universal y la construcción del saber como buen pensar son elementos que dogmáticamente afirman su postura en detrimento de cualquier otra orientación u horizonte. De ahí que las formaciones históricas y sociológicas dependan de una fuerza del pensar que se replica a sí misma en las categorías, problemas y soluciones validadas como premisas pertenecientes a su campo.

Es este orden de ideas el proyecto moderno, como nos dice De Sousa Santos, se convirtió en un localismo globalizado<sup>18</sup> que determinó una orientación epistemológica a partir del conocimiento-regulación. Al cabo, la fuerza del conocimiento-emancipación cedió y reprodujo la contención de la vida por medio de más regulación. A su paso, la orientación del derecho se alineó al sometimiento de la regulación y los fines del Estado, que a su vez contribuyeron a la dominación del mercado en los aparatos políticos y jurídicos, intercambiando las formas de organización social por las formas y necesidades de la organización económica.

Es importante aprender de este proceso para aprehender una nueva visión reflexiva y constantemente crítica de las diversas formas de las expresiones de los derechos humanos. Cabe precisar que el derecho moderno, al ser una fuerza reguladora, tuvo un discurso relevante en la construcción moderna, pero al mismo tiempo es una categoría operativa más que pertenece a un código interpretativo fundador. Como dije anteriormente, los límites de la modernidad

<sup>17</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, op. cit., pp. 59-94.

<sup>18</sup> Véanse Boaventura de Sousa Santos y César A. Rodríguez Garavito, “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica”, y Boaventura de Sousa Santos, “Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas”, ambos en Boaventura de Sousa Santos y César A. Rodríguez Garavito (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, México, Antrhopos/UAM Cuajimalpa, 2007, pp. 7-60.

se circunscriben a la potencia del yo universal que de manera inductiva –sensaciones y categorías– deduce el sentido común a partir de una reproducción infinita de la construcción de sus propias facultades y solvencia de interpretación del mundo.<sup>19</sup> Con base en las reglas postradas del pensamiento racional, el proceso histórico del Renacimiento a la Ilustración y al siglo XX configuró abstractamente una meseta de representaciones conceptuales –como el saber, el conocer, la verdad, el derecho, la humanidad y la naturaleza– válidas para el *sentido* que fue determinado por el campo de su influencia. Es decir, la modernidad intentó construirse como un territorio de *sentido* habitado a partir de la repetición infinita de sus postulados, que a su vez le otorgan validez a cada categoría expresada en su representación. De ahí que encontremos como la fuente del Estado o de los derechos a Dios o la razón, y como fines al hombre racional. Una tautología que a partir de su centro construye una espiral que através todo el territorio europeo y colonial, fijando con ello una visión de mundo vertical, excluyente y circular. Un laberinto con pesebres, abrevaderos, patios y aljibes infinitos; un laberinto de *sentido* que, como el minotauro, la modernidad y el derecho moderno, se ha vuelto irreflexivo y separado de su propio fin.

Por tanto, la dicotomía derecho/Estado fue entramada como una unidad que se imbrica entre sí desde el estigma moderno. La ciencia y la filosofía de los siglos XIX y XX arrojaron un sinfín de tratamientos sobre la naturaleza de ambos con el objetivo de establecer como fundamento racional la fuente del poder y el ejercicio de los derechos en el centro del Estado, por lo que su validación y codependencia se sujetan desde la corrección del saber. De esta manera se impondrían históricamente, en su interioridad y exterioridad, como producto universal en la continuidad del proceso *civilizatorio* moderno. Sin importar que fuera una metrópolis eurocéntrica o una colonia americana, el discurso del derecho moderno –Estado– se centró en la fuente del pensamiento como un medio axiomático que imprimió la corrección e incorrección de las categorías que se reflejan ante ellas, incluso como lo hace hoy en día.

Vale la pena destacar que fuera de la concepción moderna existieron otras formas de construir sentido. Desde su fundación, la modernidad a partir de un proceso histórico ha sido un

<sup>19</sup> El planteamiento del yo trascendental no lo abordó a partir de la crítica de la filosofía de la liberación ni desde el planteamiento de las epistemologías del Sur. Para esta connotación lo entiendo como una representación fundada a partir de la validez de la meseta del conocimiento, como una representación en la práctica y necesidad del campo de la vida. Si bien es una construcción filosófica, también lo es porque cubre una necesidad social. En este caso, dicha representación recargada con un fundamento occidental se implanta incluso dentro de la fuerza del pensar europeo, que a la postre construirá desde su forje una contención a las diferentes posibilidades de vida como un eje de representación cuyas reglas limitarán lo cognoscible a partir de una imagen dogmática del pensamiento. Este argumento constituye una interpretación de la obra de Gilles Deleuze sobre la que descansa mi tesis doctoral. También puede verse una parte del argumento en el siguiente artículo de mi autoría: “El derecho moderno: una imagen entre el espejo y el objeto”, en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 7, núm. 12, México, 2011, pp. 147-165, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/12/cnt/cnt8.pdf>>, página consultada el 8 de junio de 2014.

proyecto de constante dominio y expansión, una razón colonizadora que reproduce las raíces del saber y el poder. Sin embargo, es sólo una ruta histórica –no lineal– la que le ha dotado de validez. Así, este proceso histórico corresponde a una *lebenswelt* –imagen de mundo– particular cuya formación, si bien es cierto que se entrecruza con diferentes visiones de mundo y fundamentos culturales, también adquiere una matriz no siempre horizontal ni heterogénea. Por otro lado, cada *lebenswelt* configura mesetas de validación de saberes, formas de vida y contextos históricos particulares, de tal suerte que la modernidad construyó una extensión de *sentido* de esta *lebenswelt*, al apropiarse de otras formas de vida y descartar sus saberes, realidades y los inherentes ejercicios de poder por medio del *epistemicidio* y el ocultamiento.

La obvia replicación del colonialismo en la administración de América, Asia, África y Oceanía aún se hace evidente cuando revisamos los proyectos políticos, económicos y jurídicos que copian a calca –y con tropicalizaciones *ad hoc*– las soluciones institucionales de problemas endémicos y locales –por ejemplo, la propiedad– que pertenecen a realidades paralelas y diferentes. Por lo tanto, la colonización de la vida mediante el poder y el saber se sostuvo debido a una fuerte regulación que, lejos de apelar al orden social, fue implementada por el colonizador en la noción de la ley como sinónimo de violencia y dominación.

A pesar de lo anterior, luego de la época colonial en nuestras maltrechas sociedades aún existen muchas formas que actualmente resisten en diferentes espacios y tiempos: los zapatistas; las personas indígenas en el continente americano; los movimientos emergentes de la comunidad lésbica, gay, bisexual, transexual, transgénero, travestista e intersexual; el foro social mundial; las y los marginados que habitan en las favelas de Brasil, y las personas que viven en situación de calle en la ciudad de México, entre otros. La *subalternidad* es infinita y más profunda que cualquier categoría que pretenda llenar su representación. Por ello los actores sociales, al momento de clamar por sus derechos, deben hacerlo con instrumentos que incluso no son capaces de pronunciar; o peor aún, en el momento en que se apropian del concepto éste únicamente infiere una parte del reclamo y no logra representar su disconformidad, urgencia o petición en términos de su realidad. De esta forma, la cuestión del derecho, su naturaleza y su entendimiento son relevantes en este párrafo, pues los fundamentos hegemónicos del estudio del derecho o los derechos humanos evocan una versión de lo que clama el subalterno;<sup>20</sup> sin embargo, éste en sí es quien debe acuñar la palabra y afirmar su existencia para no replicar la fuerza que le detenta su propia inferioridad.

<sup>20</sup> Gayatri Chakravorty Spivak, “Can the subaltern speak?”, en Bill Ashcroft *et al.* (eds.), *The Post-Colonial Studies Reader*, 2ª ed., Nueva York, Routledge, 2004, pp. 28-37.

No debemos perder de vista que la producción social construye medios de representación –conceptos– que habitan sus formas de vida cambiantes y mutables en diferencia, y que isomórficamente sostienen a su propia realidad, la cual se replica en prácticas y conceptos que se utilizarán como proposiciones válidas en la vida práctica formando cadenas de *sentido*. En resumen, la producción cultural forma un movimiento en espiral que lleva a crear lógicas de repetición de saberes que se mezclan y separan, cuyos fundamentos se debilitan y cobran fuerza dependiendo del punto en que se encuentren. Por ello existen formas de vida, alternativas y categorías que tienen diferentes acepciones a los fundamentos impuestos por la colonialización del pensar, del derecho moderno o de la modernidad. Desafortunadamente, dentro de la modernidad estos pluriversos se encuentran atados a un mismo universo en donde la única fuerza del pensar proviene de su interior y se replica en la ciencia y el derecho. De antemano, la corrección del buen pensar escoge los fundamentos torales para la explicación de los fenómenos y la solución de los problemas al someter la diferencia a la uniformidad de su fuerza.

No obstante, en la praxis hay más derechos y comprensiones del Estado que las afirmaciones dispuestas por el pensamiento moderno, sus fuentes y categorías, pues existe más mundo que Europa y más yo que los límites fundados en el *cogito*; sin embargo, como en los dominios de Asterión, habitan fuera de su laberinto y de vez en cuando su presencia es innegable pero silenciada u ocultada por categorías, ideas, conceptos y también derechos. Por tanto, es posible que en algunos casos las comunidades e individuos que defienden su integridad, entorno y formas de vida puedan instrumentalizar sus luchas mediante conceptos que limitan sus expresiones originarias y las conducen hacia representaciones que asumen formas o realidades paralelas que conllevan una subordinación simbólica. Para comprender esta captura y subordinación es necesario plantear unas cuantas letras sobre la construcción moderna y la amplitud de su interiorización por el centro y la periferia.

La razón moderna, su fuerza del pensamiento y las categorías esbozadas desde su propia repetición tendieron un imperio de la buena razón. No es casualidad que la evolución filosófica del racionalismo hacia el giro lingüístico evitara los contenidos metafísicos, ni que dentro de la sistematización cientista el derecho –principalmente las visiones adoptadas por el positivismo científico– fuera validado como práctica correcta y universal.<sup>21</sup> El desarrollo

---

<sup>21</sup> La historia de la filosofía del Renacimiento hacia la modernidad puede servir mucho al giro descolonial y, antes de ser desechado por falsos esencialismos, debe ser estudiado desde muchas fuentes, incluso desde la imagen dogmática del pensamiento. Como dice Ramón Grosfoguel, “A nivel político, lo que ocurre es que las teorías críticas producidas desde la geopolítica del conocimiento y la corpo-política del conocimiento de aquellos que viven la violencia y apropiación en la zona del no-ser son menos conocidas y consideradas inferiores a las teorías críticas producidas por la izquierda occidentalizada en la zona del ser. El problema no es solamente uno de colonización epistémica sino también de

de la razón moderna no pudo realizarse sino a partir de la concentración del yo; asimismo, su evolución histórica ha fomentado la reflexión científica y filosófica de un sinfín de avances tecnológicos que hacen posible nuestra vida como las conocemos. Sin embargo, en su propio forje, además de los beneficios que ha aportado, la denuncia que se realiza se afirma en el sometimiento totalitario de una realidad, incluso dentro de las diferencias de la propia Europa.

Hay que destacar que la unidad europea es una construcción difícil de sostener por la divergencia de posiciones que habitan su proyecto histórico, de tal suerte que existieron diversas rutas para su creación y que en su proceso tejieron una concepción de homogeneidad cultural, dejando fuera otras realidades; por lo que también, a la luz de la diferencia, vale la pena replantear la idea de la razón eurocéntrica, pues su saber proviene de Oriente, Asia, América, África y la otra Europa –la silenciada o destruida–. Sin embargo, las fuentes de la validez del pensamiento moderno limitaron esa experiencia al unir los diferentes puntos de fuga. Se sometió transversalmente cualquier realidad mediante la fuerza del pensamiento, hecho que hasta nuestros días se ha convertido en un principio de operación en la regulación y el reducto emancipatorio de las manifestaciones que se dibujan en la vida cotidiana.

---

incomprensión política. El desafío político es: ¿cómo construir coaliciones y alianzas políticas entre los sujetos oprimidos como ‘otros’ en la zona del ser y los sujetos oprimidos en la zona del no-ser contra el ‘yo’ occidental/capitalista/masculino/heterosexual/militar en la zona del ser? La incomunicación e incomprensión de los oprimidos en la zona del ser sobre la situación vivida en la zona del no-ser conlleva un ‘impasse’ para realizar alianzas políticas. ¿Cómo una política de solidaridad puede desarrollarse de manera que pueda ir en ambas direcciones y no conlleve un acto unilateral paternalista colonial racista de la izquierda occidentalizada sobre los pueblos en la zona del no-ser? Si la gente oprimida de la zona del ser produce teoría crítica que ellos consideran ser la única válida y exclusiva para entender, criticar y transformar el mundo, haciendo invisible e inferior otros modos de teorización crítica que se producen a partir de la experiencia de la zona del no-ser, entonces no hay condiciones para la posibilidad de alianzas políticas de igual a igual. El futuro descansa en construir proyectos políticos que sean epistémicamente pluriversales y no universales, donde haya espacio para la diversidad epistémicamente crítica. Para ello, los oprimidos en la zona del ser tendrían que tomarse en serio las teorías críticas y los conocimientos producidos desde la zona del no-ser y, por lo tanto, ser capaces de construir alianzas políticas como iguales contra el ‘yo’ imperial en la zona del ser. Esto implica una descolonización de la subjetividad del ‘otro’ en la zona del ser. Sin embargo, la descolonización en la zona del ser no es equivalente a la descolonización en la zona del no-ser. Es aquí donde Boaventura de Sousa Santos propone otro concepto clave: Traducción (De Sousa Santos, 2010). La traducción es fundamental para establecer puentes entre diversos movimientos sociales. Sin traducción no es posible entender ni respetar las diferencias. No se trata de que haya commensurabilidad absoluta en los procesos de traducción. Existen muchas cosas intraducibles por ser inconmensurables. Sin embargo, esto no descarta espacios de traducción, negociación y respeto que permitan actuar políticamente juntos desde la diferencia de situaciones y proyectos políticos. Pero la traducción no es solamente un trabajo político sino también intelectual. La traducción se complementa con la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias. Como dice De Sousa Santos (2010), al enriquecerse el número y multiplicidad de experiencias disponibles, es fundamental tener métodos de inteligibilidad, coherencia y articulación. De manera que la traducción constituye en la obra de De Sousa Santos un mecanismo metodológico fundamental para dar cuenta de inteligibilidad y coherencia frente al incremento de experiencias posibles y visibles que la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias producen.” Véase Ramón Grosfoguel, “La descolonización del conocimiento: diálogo crítico entre la visión descolonial de Frantz Fanon y la sociología descolonial de Boaventura de Sousa Santos”, disponible en <[http://www.elcorreo.eu.org/IMG/article\\_PDF/La-descolonizacion-del-conocimiento-Dilogo-crtico-entre-Frantz-Fanon-y-Boaventura-de\\_a22213.pdf](http://www.elcorreo.eu.org/IMG/article_PDF/La-descolonizacion-del-conocimiento-Dilogo-crtico-entre-Frantz-Fanon-y-Boaventura-de_a22213.pdf)>, página consultada el 8 de junio de 2014.

En este caso, independientemente de sus discrepancias, la validación del *yo* de herencia racionalista se sumó a la afirmación del idealismo objetivo, subjetivo y el trascendentalismo –y casi cualquier medio filosófico eurocéntrico de los siglos XVIII y XXI– que delinearon buena parte de los movimientos y fuentes de las principales teorías, ciencias y filosofías del derecho moderno. Sus instituciones como el *ius gentium*, el *cive* y la constitución son contemplados desde la filosofía, organizados por la ciencia, y aplicados en las prácticas cotidianas con base en la ruta y proyección de la imagen que les sostiene, sin más *sentido* que jugar a encontrarse a sí mismos dentro del propio laberinto en espera de cumplir su cometido; un objeto que se mira en el espejo sin más diferencia que la repetición infinita de ese mismo ser.

Para continuar, es necesario preguntarnos qué sería de Europa sin las tensiones que unificaron a Grecia y Roma sin Cristo y el protestantismo, sin la medida del tiempo judeo-cristiano y sin el colonialismo o la Segunda Guerra Mundial. Cuáles serían los contenidos de los derechos si su historia se cifrara debajo de una línea llena de opresión, violencia y, más aún, inexistencia. Las fuentes del territorio, el saber y el poder contribuyeron a formar la unidad simbólica de aquello que entendemos abstractamente como modernidad: un imperio interpretativo que nace de una imagen dogmática del pensamiento. No obstante, es importante hacer notar que su propia diversidad fue ocultada después del ideal moderno, y que incluso la dialéctica amo/esclavo se situó al interior de sus categorías dentro del campo de la propia Europa. Nómadas, mujeres, niños, homosexuales, lesbianas, naturaleza, etc., fueron ahormados bajo la proyección general de su principal fundamento mitológico: el progreso. El *yo* arrastrado por la fuerza del progreso le atribuyó un lugar privilegiado al colonizador por encima de los bárbaros, por lo que es natural pensar que la unión entre la filosofía liberal ilustrada y el sistema económico de corte capitalista fue producto natural de la misma matriz cuya conservación a ultranza le fue encargada a los límites simbólicos del derecho.

Toda esta explicación es fundamental para comprender que no es posible la modernidad sin colonialidad<sup>22</sup> ni Europa sin la experiencia desperdiciada.<sup>23</sup> Pascal, Spinoza y De las Casas<sup>24</sup> son algunos hitos dentro de la creación europea que, a pesar de sus esfuerzos, no fueron suficientes para la asimilación de otros saberes; únicamente miraron hacia dentro sin conocer

<sup>22</sup> Francisco Fernández, “Entrevista a Ramón Grosfoguel: ‘No hay modernidad sin colonialidad y sin la dominación-explotación del resto del mundo’”, en *Tercera Información*, 1 de junio de 2014, disponible en <<http://www.tercerainformacion.es/spip.php?article68961>>, página consultada el 8 de junio de 2014.

<sup>23</sup> Referencia a la obra de Boaventura de Sousa Santos.

<sup>24</sup> La mención de De las Casas en este rubro es una ubicación netamente epistémica que no tiene que ver con la disputa de su afirmación como primer filósofo o humanista americano. El *in situ* le ocurre por los fundamentos epistémicos que utiliza aún en contra del código interpretativo. Para una consulta más amplia, véase Mario Ruiz Sotelo, *Crítica de la razón imperial*, México, Siglo XXI, 2010.

más allá de su propio solipsismo, aunque sin duda se plantearon preguntas dentro del agotamiento epistémico de la recursividad categorial. Por tanto, las luchas que se sostuvieron en la Europa imperial<sup>25</sup> afirmaron procesos cognitivos que a su paso fueron violentados por la fuerza del pensamiento, introyectando su validez, con el fin de separar al mundo en el progreso de las metrópolis y el reducto colonial. De Sousa Santos comenta:

El pensamiento occidental moderno es un pensamiento abismal. Éste consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles, las invisibles constituyen el fundamento de las visibles. Las distinciones invisibles son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos, el universo de “este lado de la línea” y el universo del “otro lado de la línea”. La división es tal que “el otro lado de la línea” desaparece como realidad, se convierte en no existente, y de hecho es producido como no existente. No existente significa no existir en ninguna forma relevante o comprensible de ser. Lo que es producido como no existente es radicalmente excluido porque se encuentra más allá del universo de lo que la concepción aceptada de inclusión considera es su otro. Fundamentalmente lo que más caracteriza al pensamiento abismal es pues la imposibilidad de la copresencia de los dos lados de la línea. Este lado de la línea prevalece en la medida en que angosta el campo de la realidad relevante. Más allá de esto, sólo está la no existencia, la invisibilidad, la ausencia no dialéctica.<sup>26</sup>

Desde la exterioridad del pensamiento moderno y usando la inercia de su propia racionalidad, se puede deducir que la existencia de la modernidad ocurrió por medio del colonialismo, el sufrimiento y el genocidio, hitos que desde la dialéctica productiva terminaron en el arrogante producto de la dignificación del hombre, de un humanismo postcolonial y de la defensa universal de los derechos humanos, los cuales en su conjunto ideológico se encuentran diseñados para la regulación social y no como un medio de emancipación; hay que ver cómo se ha pervertido su fin cuando se usan los derechos humanos en contra de ellos mismos y de los ciudadanos –y los no ciudadanos–, basta pensar en un ejemplo aleatorio de conflicto entre movilidad y expresión o protesta pacífica y libertad de tránsito. No obstante, a pesar de genocidios, ocultamientos y colaboraciones institucionales –silenciamientos–, la enfática y brutal organización represora gana elementos y acrecienta su violencia simbólica aun cuando no pueda negar las realidades sociales que se presentan día a día en el ejercicio de protestas, insurgencias y resistencias. Tal vez encubrirlas con sus conceptos; pero acallarlas, jamás. Como en el cuento de Borges, el minotauro embiste a los que osan entrar en su laberinto; sin embargo, espera por su redentor.

<sup>25</sup> Me refiero al *imperio de sentido*.

<sup>26</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, Prometeo/Clacso, 2010, pp. 11-12.

#### IV. La espada de bronce

La modernidad asume la distinción de dos mundos: uno del ser y otro del no ser. Para el profesor de Coimbra es posible establecer una metáfora que aclare el entendimiento de esta separación, comprendiendo al Norte como la fuente de la colonialidad, el sufrimiento, la violencia, la humillación y la injusticia; y al Sur como los receptores de estas manifestaciones, de tal suerte que esta distinción no es geográfica pues también existen nortes en el Sur y sures en el Norte.

Así, siguiendo la línea del *no ser* de Frantz Fanon, el Sur –los países colonizados– habita fuera de las metrópolis; son los oprimidos, marginados, violentados, en abstracto. El argumento de De Sousa Santos hace evidente las fuentes del saber cuando el Norte se afirma ante el Sur y lo vuelve invisible, condenándolo al colonialismo y a la ignorancia y negando su saber desde el epistemicidio.<sup>27</sup> La fundación del derecho y el Estado moderno en las metrópolis tuvo un carácter más íntimo del aparato social, pues incluso en los diversos periodos del capitalismo<sup>28</sup> redujeron los fines sociales a un principio de regulación a partir del orden social. Sin embargo, en las fuentes de la colonialidad, del otro lado de la línea, en lugar de encontrar regulación y emancipación<sup>29</sup> se afirmaron la apropiación y la violencia.<sup>30</sup>

La modernidad occidental, más allá de significar el abandono del estado de naturaleza y el paso a la sociedad civil, significa la coexistencia de ambos, en sociedad civil y estado de naturaleza, separados por una línea abismal donde el ojo hegemónico, localizado en la sociedad civil, cesa de mirar y, de hecho declara como no existente el estado de naturaleza.

El presente que va siendo creado al otro lado de la línea se hace invisible al ser reconceptualizado como el pasado irreversible de este lado de la línea. El contacto hegemónico se convierte simultáneamente en no contemporaneidad. Esto disfraza el pasado para hacer espacio a un único y homogéneo futuro. Por lo tanto,

<sup>27</sup> “Contra el epistemicidio, el nuevo paradigma se propone revalorizar los conocimientos y las prácticas no hegemónicas que, a la postre, son la inmensa mayoría de las políticas de vida y de conocimiento en el interior del sistema mundial. Como medida transitoria, propone que aprendamos con el Sur, siendo en este caso el Sur una metáfora para designar a los oprimidos por las diferentes formas de poder, sobre todo por las que constituyen los espacios-tiempo [...], tanto en las sociedades periféricas como en las sociedades centrales. Esta opción por el contrario, es fundamental conocer el Sur para conocer el Sur en sus propios términos, pero también para conocer el Norte. Es en los márgenes donde se hace el centro y en el esclavo donde se hace el señor.” Véase Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. de Consuelo Bernal et al., Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 1998, p. 432.

<sup>28</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, op. cit., pp. 156-186.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, op. cit., pp. 20 y ss.

el hecho de que los principios legales vigentes en la sociedad civil, en este lado de la línea, no se apliquen al otro lado de la línea no compromete de modo alguno su universalidad.

La misma cartografía abismal es constitutiva del conocimiento moderno. De nuevo, la zona colonial es, *par excellence*, el reino de las creencias y comportamientos incomprensibles, los cuales de ningún modo pueden ser considerados conocimientos, sean verdaderos o falsos. El otro lado de la línea alberga sólo prácticas mágicas o idólatras incomprensibles. La extrañeza completa de dichas prácticas llevó a la negación de la naturaleza humana de los agentes de las mismas.<sup>31</sup>

De lo anterior advierto que en su afán de universalidad la diferencia de las culturas fue subsumida por el *imperio de sentido* dentro de una categoría particular: el estado de naturaleza,<sup>32</sup> ello en sí es la condena tajante sobre los fundamentos de los derechos humanos, pues la naturaleza de éstos, bajo tal encubrimiento, sólo tiene sentido a partir de una forma de vida. Para este argumento es fundamental tomar en consideración que el estado de naturaleza, sobre todo en Locke, adquiere una posición teológica, de lo que cabría cuestionar si el Estado moderno universaliza al dios cristiano como fundamento del orden social; y si él mismo, como filósofo de la libertad, logró emanciparse de la legión de Adán. Por eso la afirmación del Estado en las culturas colonizadas, a pesar de que los contenidos de los derechos sean cumplidos, válidos o no, es parte de la razón que posee la fuerza que les otorga validez y –más allá– existencia. De ahí que la discusión sobre la naturaleza de los derechos humanos fundada en el positivismo y el iusnaturalismo irreductiblemente nos conduce a la colonialidad de su respuesta.

Es importante pensar en esto, pues la configuración del Estado moderno es la fuente de validez del derecho, y si los países colonizados<sup>33</sup> adoptaron esta forma de organización social no fue –en algunos casos– por su propio entendimiento sino por la apropiación y violencia<sup>34</sup> cuya legitimidad se encuentra postrada en la fuerza. De ahí que la posición universal del contractualismo y las fuentes de la filosofía política sostenida por la fuerza de la modernidad intenten dar voz a la diferencia desde el grave tono del liberalismo igualitario, el cosmopolitismo y el multiculturalismo –hegemonía–, los cuales son medios de discusión sobre los contenidos de las necesidades, dentro y fuera de su marco de *sentido*. El reconocimiento de la alteridad de estos estudios es exterior a las racionalidades que demandan los derechos. Por tanto, mientras se mantengan como un ejercicio vertical de disciplinamiento no pueden soste-

<sup>31</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber; reinventar el poder*, trad. de José Luis Exeni Rodríguez et al., Montevideo, Trilce, 2010, p. 34.

<sup>32</sup> Véase John Locke, *Segundo tratado de gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 10 y ss.

<sup>33</sup> Para entender el sentido de este párrafo, véase Frantz Fanon, *op. cit.*, p. 18.

<sup>34</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber; reinventar el poder; op. cit.*, pp. 11-44.

ner luchas políticas sino radicalismos improductivos; en consecuencia, es necesario entender las epistemologías del Sur como un proceso de lucha subalterna y de refundación del Estado.

En gran parte, el ejercicio de los derechos otorgados por el Norte al Sur implica *per se* la invisibilización e inexistencia de las luchas contrahegemónicas en el *topos* desde el que se hagan valer, pues los contenidos son deformados por las instituciones, el lenguaje y la racionalidad del sistema normativo. Ello debilita las luchas sociales, la resistencia política y el reconocimiento de la alteridad, por lo que las organizaciones populares, pueblos, juntas de vecinos y grupos indígenas son condenados como sistemas completos de sujetos escindidos<sup>35</sup> cuyas proyecciones al momento de hacer valer sus pretensiones se vuelcan en un medio interpretativo, ajeno o mutado: el sistema jurídico.

Es preciso recordar que en todas las sociedades, incluso en las consideradas “democráticas”, aún existe abuso del poder, los derechos básicos de las personas no son protegidos o no pueden ser garantizados y en otros casos más graves, continúan siendo violados incluso por los mismos agentes del Estado. Todavía hoy persisten situaciones en las que los actos emanados del poder no siempre corresponden a los designios de la voluntad popular, situaciones de miseria, explotación o exclusión. En este panorama cabe preguntarse ¿de qué recurso pueden hacer uso las personas y grupos en estos y otros casos similares? Y por otra parte, debemos decidir si ¿tienen derechos las personas, los grupos y los pueblos a juzgar por su propia cuenta los actos de la autoridad pública e incluso, declararlos injustos o ilegítimos?<sup>36</sup>

Lo anterior sería tanto como empotrar la *sumak kawsay suma qamaña* del quichua ecuatoriano, al *bienestar común* de una sociedad europea proveniente de la tradición del liberalismo democrático, o viceversa. Por eso los movimientos sociales tienen un valor altamente epistemológico de tono político, pues hacen presente la noción de otro *sentido* que no está dentro de la concepción interna del sistema jurídico nacional o internacional o que, a pesar de ello, demanda su protección real y no meramente discursiva. Las luchas sociales atienden a la más divergente de las causas que, afectadas en espacio, cultura, urgencia y tiempo, imprimen

<sup>35</sup> “[A] la inestabilidad que presupone para el discurso colonial cualquier argumento de oposición, se suma la inestabilidad del propio discurso opositor, porque en el entramado de la libertad a la manera existencialista concebida como libertad de opciones se encuentran los dispositivos que, por un lado, domestican ‘el impulso’ particularista en razón del proyecto pero, por otro, desestabilizan el proyecto al reclamar un lugar para la contingencia. Y en ese proceso permanente de desestabilización de asunciones sobre la cultura, la historia y la sociedad se produce un sujeto histórico que al principio de la narrativa de Fanon es un sujeto escindido y recortado, y hacia el final de la misma es un sujeto permanentemente abierto a la trama contextual de su propia vida y de su tiempo (como lo está el colonizado frente al problema del reconocimiento). En otras palabras, el sujeto que queda no puede encontrar hogar en ninguna determinación.” Véase Alejandro J. de Oto, *Frantz Fanon: Política y poética del sujeto poscolonial*, México, El Colegio de México, 2003, p. 164.

<sup>36</sup> Aline Rivera, *La resistencia a la opresión. Un derecho fundamental*, San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos/Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2009, p. 104.

contenidos que se encuentran fuera de la interioridad de la fuerza que les otorga validez. Sin embargo, partir de una teoría crítica radical cuya postura se funde en totalidades implicaría asumir de nueva cuenta una posición colonial y hegemónica. Descolonizar no debe asumirse en una tensión dialéctica de oposición sino en una postura horizontal abierta de traducción.<sup>37</sup> Por tanto, la epistemología del Sur intenta generar una trayectoria de reconocimiento de saberes; de no hacerlo así, ¿qué lugar tendrían Asia, África, Oriente Medio y Lejano, Oceanía y el resto de las culturas que han sido dominadas y devastadas en nombre del progreso moderno? Por tal motivo los saberes deben asumirse como saberes relativos e incompletos para conformar una ecología de conocimientos que puedan convivir entre otros fundamentos y racionalidades;<sup>38</sup> como dice Joaquín Herrera: “la verdad la ponen los que luchan por los derechos”.<sup>39</sup> Sin embargo, una totalidad epistémica como trasfondo de la lucha social no merece ser luchada en nombre de la sociedad. Que no se malinterpreten estas letras: las luchas políticas por los derechos humanos tienen más contenido epistemológico y político que una norma vacía e inaplicable, pero su entendimiento esencialista que se quiera afirmar como una totalidad deberá entenderse como un proceso de recolonización. De esta forma, las teorías que pretendan dar fundamento a los derechos humanos no deben perder de vista la reflexividad crítica de sus postulados ni los movimientos sociales, las cortes y los campos de debate político.

Las luchas sociales son *sentido* encarnado en sujetos, comunidades e historia, las cuales pueden tener contenidos liberatorios siempre y cuando descolonicen sus pretensiones y sostengan una condición contrahegemónica. Las luchas sociales como proceso de descolonización deben ser capaces de establecer una fundamentación al interior de sus movimientos y al exterior de otras racionalidades, por lo que su condición subalterna puede coincidir o no con los contenidos normativos del Estado pero, lejos de cuestionarlo, debe afirmar su condición para que el subalterno pueda hablar,<sup>40</sup> como vocación y posibilidad y primero como acción política que reivindique su alteridad a partir del reconocimiento de la diferencia y no netamente de la igualdad.<sup>41</sup> Por ello, el abandono de la dependencia simbólica de la ley del principal –Estado– que mira al subalterno –luchas sociales– y el de los fundamentalismos son pasos

<sup>37</sup> Cuando me refiero al término *traducción* lo hago en el sentido de Boaventura de Sousa Santos. Véase Boaventura de Sousa Santos, *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, op. cit., pp. 160-209.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 213-363.

<sup>39</sup> Véase Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, Valencia, Atrapasueños (col. Ensayando, núm. 1), 2008, p. 20.

<sup>40</sup> Juego de palabras al respecto de Gayatri Chakravorty Spivak.

<sup>41</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos y César A. Rodríguez Garavito (eds.), op. cit., pp. 31-58.

inherentes para la defensa de los derechos humanos. De ahí que refugiarnos en la validez iusnatural que dan las religiones traería mayores complicaciones para su defensa, por lo que

las concepciones y prácticas dominantes de los derechos humanos son monoculturales, y esto constituye uno de los mayores obstáculos para la construcción de una lucha de abajo[-]arriba, real y universal, por los derechos humanos. La religión, por el contrario, sólo existe como inmensa variedad de religiones, como diversidad entre las principales religiones y como diversidad dentro de cada religión.<sup>42</sup>

Con base en este esquema, la dependencia gramatical de los derechos y su fuente –incluso desde las religiones y el carácter total de éstas– es un problema incrustado en la imposibilidad cultural de su expresión que, aportando en el criterio, se fomenta por la fuente epistémica que les otorga validez. Por tanto, los movimientos sociales deben brindar en sus luchas fundamentos contrahegemónicos que ofrezcan nuevas premisas en el campo del reconocimiento y la creación de los derechos. Es preocupante que, a pesar de la generación de instrumentos que traduzcan los derechos subalternos en derechos humanos, la dependencia simbólica siga perteneciendo a un campo epistémico particular; su teorización y análisis se procesa, tanto como este artículo, con elementos de control de las fuerzas de buen pensar, hecho que incrementa la regulación para el subalterno y elimina la oportunidad de hacerle propio ese derecho.

En ocasión del comentario insisto en que el *sentido* habita en las prácticas sociales, en las formas de vida y sus componentes integrales. La dignidad en sí es vida desnuda de palabras, sin encubrimientos del lenguaje que le impongan referentes cartesianos o expresiones fundamentalistas. Por eso es importante invertir la noción del derecho moderno, pues el derecho contrahegemónico debe corresponder a la dignidad que se vive –o anhela– en la diferencia; de ahí que los movimientos cimientes, insurgentes y que resisten a la opresión y la barbárica irracionalidad de la violencia encarnen los derechos humanos en sí, en los problemas cotidianos y no en la homogeneidad de las categorías abstractas, claro, sin perder de vista que hay otros derechos que ya son victorias sociales.

Es menester dar cuenta de que las luchas contrahegemónicas se autoconservan más allá de los derechos, e incluso del derecho estatal, por la fuerza que valida las premisas; pero que vistas desde abajo deben dar apertura a los contenidos del Estado a partir de las luchas sociales que claman por su dignidad sin perder de vista su continua reflexión para no afirmar condiciones hegemónicas.<sup>43</sup> Los derechos han de contener esos anhelos de dignidad y, más aún, ser susceptibles de mutar, cambiar y encontrar diversas fuentes que les permitan reconstruir

<sup>42</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, op. cit., p. 85.

<sup>43</sup> Un ejemplo de este uso contrahegemónico del derecho es el caso de Bolivia y Ecuador en la creación de sus constituciones.

otras realidades. Los derechos humanos como descolonización deben asumir una posición que desde las prácticas sociales tenga la posibilidad de crear y recrear nuevos fundamentos de vida, dignidad y realidades que partan de la marginalidad, la subalternidad o el desperdicio de la experiencia con el fin de reconstruir el orden social cuya primera dimensión es conservar las condiciones de la vida digna.

Por ello la conservación de los derechos como formas de lucha es una conservación *per se* de la vida; de ahí que retomando la metáfora de Locke, el *Estado* debe garantizar la conservación y seguridad de esas formas. Las luchas sociales encarnan tanto la dignidad como la dignificación de la vida; y los medios de conservación que se le han arrebatado a los ciudadanos –mujeres y hombres–, naturaleza y entornos que habita la horizontalidad del *sentido*. En consecuencia, la fuerza contrahegemónica del *Estado* deberá cifrarse en su refundación, más allá del lenguaje y del humanismo colonial, guardando distancia de las totalidades dogmáticas. Asimismo, deberá construir un nuevo horizonte en el que el *yo* conviva con el *ello* y en donde se privilegie la precondition de todo ejercicio político antes que el progreso o la nación; es decir, la posibilidad de la vida que es en sí la vida digna posible. Los derechos humanos contrahegemónicos tienen una posibilidad emancipatoria a efecto de rehabilitar la razón subjetiva desde diferentes latitudes, que desde su propia dimensión nos permiten legitimar la refundación del Estado y las relaciones entre la humanidad y la naturaleza a partir de las luchas por la vida digna. De esta suerte que los derechos humanos entendidos como descolonización deben habilitar el campo de reconocimiento de aquellos actores sociopolíticos que puedan intervenir en la producción de nuevas instituciones jurídicas. En conclusión, vale la pena pensar los derechos humanos y su naturaleza desde el encono descolonizador y los movimientos sociales, pues sus luchas –en un tono subalterno y contrahegemónico– son el primer paso para una refundación de otro Estado, uno subalterno en donde no habite vestigio de sangre, que conserve la vida digna y que no sea un instrumento más para la colonización y el agotamiento de las alternativas.

## v. Epílogo

*Que nunca el instrumento domine al hombre. Que cese para siempre el sometimiento del hombre por el hombre. Es decir, de mí por otro. Que se me permita descubrir y querer.*<sup>44</sup>

... y quizá deberíamos comenzar a repensar el humanismo sin una dialéctica que se postre sobre la vida y la naturaleza, pues hay más de una naturaleza y vida que se afirman sobre la

<sup>44</sup> Frantz Fanon, *Piel negra, máscaras blancas*, trad. de Ana Useros Martín, Madrid, Akal, 2009, p. 190.

diferencia de la humanidad. La urgencia del presente y la conservación del futuro son una lucha que lo demanda.

## VI. Bibliografía

- Borges, Jorge Luis, *El Aleph*, Madrid, Alianza, 2007.
- Castro-Gómez, Santiago, *La poscolonialidad explicada a los niños*, Popayán, Universidad del Cauca/Instituto Pensar-Universidad Javeriana, 2005.
- , y Ramón Grosfoguel, (comps.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, 21ª ed., Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad Central/Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos/Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- De Oto, Alejandro J., *Frantz Fanon: Política y poética del sujeto poscolonial*, México, El Colegio de México, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Desclée de Brouwer (col. Palimpsesto. Derechos humanos y desarrollo), 2000.
- , *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. de Consuelo Bernal et al., Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 1998.
- , *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, trad. de José Luis Exeni Rodríguez et al., Montevideo, Trilce, 2010.
- , *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, Prometeo/Clacso, 2010.
- , *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad/Programa Democracia y Transformación Global, 2010.
- , *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, trad. de Carlos Martín Ramírez, Madrid, Trotta, 2014.
- , *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge, 1995.
- , *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, México, Clacso/Siglo XXI, 2009.
- , y César A. Rodríguez Garavito (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, México, Antrhpos/UAM Cuajimalpa, 2007.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

- Dussel, Enrique, 1492. *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del “mito de la modernidad”*, La Paz, UMSA/Plural Editores, 1994.
- Fanon, Frantz, *Los condenados de la tierra*, trad. de Julieta Campos, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- , *Piel negra, máscaras blancas*, trad. de Ana Useros Martín, Madrid, Akal, 2009.
- Fernández, Francisco, “Entrevista a Ramón Grosfoguel: ‘No hay modernidad sin colonialidad y sin la dominación-explotación del resto del mundo’”, en *Tercera Información*, 1 de junio de 2014, disponible en <<http://www.tercerainformacion.es/spip.php?article68961>>, página consultada el 8 de junio de 2014.
- Finol, Yldefonso, *La falacia imperialista de los derechos humanos*, Caracas, Biblioteca de los Consejos Comunales por el Ministerio de la Cultura/Fundación Editorial El perro y la rana, 2006.
- Gándara Carballido, Manuel E., “Reseña: La reinención de los derechos humanos”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, núm. 4, 2010, pp. 183-185, disponible en <<http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/Redhes4-09.pdf>>, página consultada el 8 de junio de 2014.
- Grosfoguel, Ramón, “La descolonización del conocimiento: diálogo crítico entre la visión descolonial de Frantz Fanon y la sociología descolonial de Boaventura de Sousa Santos”, disponible en <[http://www.elcorreo.eu.org/IMG/article\\_PDF/La-descolonizacion-del-conocimiento-Dilogo-critico-entre-Frantz-Fanon-y-Boaventura-de\\_a22213.pdf](http://www.elcorreo.eu.org/IMG/article_PDF/La-descolonizacion-del-conocimiento-Dilogo-critico-entre-Frantz-Fanon-y-Boaventura-de_a22213.pdf)>, página consultada el 8 de junio de 2014.
- Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Valencia, Atrapasueños (col. Ensayando, núm. 1), 2008.
- , (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer (col. Palimpsesto. Derechos humanos y desarrollo, núm. 9), 2000.
- Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, trad. de Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002.
- , y Theodor W. Adorno, *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. de Juan José Sánchez, Madrid, Trotta, 2005.
- Locke, John, *Segundo tratado de gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2006.
- Martínez Andrade, Luis, “Ramón Grosfoguel: ‘Hay que tomarse en serio el pensamiento crítico de los colonizados en toda su complejidad’”, en *Metapolítica*, núm. 83, octubre-diciembre de 2013, pp. 38-47, disponible en <<http://es.scribd.com/doc/197344309/Metapolitica-83-Grosfoguel-Redux-Mark>>, página consultada el 8 de junio de 2014.
- Martínez Rosillo, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, Itaca, 2013.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, 1999.

- Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 19ª ed., México, Porrúa, 2008.
- Rivera, Aline, *La resistencia a la opresión. Un derecho fundamental*, San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos/Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2009.
- Ruiz Sotelo, Mario, *Crítica de la razón imperial*, México, Siglo XXI, 2010.
- Sandoval Trigo, Germán Medardo, “El derecho moderno: una imagen entre el espejo y el objeto”, en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 7, núm. 12, México, 2011, pp. 147-165, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/12/cnt/cnt8.pdf>>, página consultada el 8 de junio de 2014.
- Shayegn, Daryush, *La mirada mutilada. Esquizofrenia cultural: países tradicionales frente a la modernidad*, trad. de Rosé Berdaguer, Barcelona, Península (col. Ideas), 1990.
- Spivak, Gayatri Chakravorty, “Can the subaltern speak?”, en Bill Ashcroft *et al.* (eds.), *The Post-Colonial Studies Reader*, 2ª ed., Nueva York, Routledge, 2004, pp. 28-37.

# INVESTIGACIÓN

## El derecho a la verdad de los pueblos indígenas

Carlos Luis Escoffié Duarte\*

\* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán e investigador del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la misma universidad. (Todas las opiniones vertidas son responsabilidad del autor y no de la institución.)



## Resumen

El derecho a la verdad ha sido reconocido como uno de carácter individual y colectivo. En ambas dimensiones, los Estados tienen el deber de garantizar, entre otros, la verdad histórica de las graves violaciones a derechos humanos. Por lo tanto, el derecho a la verdad puede y tiene que ser armonizado con los otros derechos de los pueblos indígenas para obtener resultados sinérgicos de mayor beneficio para ellos. Debido a que el territorio es la base de la cosmovisión de muchos pueblos indígenas, las transgresiones a éste afectan de manera directa a su identidad. Los procesos de justicia transicional no deben abordar la restitución de tierras de los pueblos indígenas desde una perspectiva limitada a la propiedad privada, sino que esto ha de entenderse como parte de la ruptura democrática y espiritual generada por el régimen. En cuanto a los derechos de participación política y a la libertad de expresión, el acceso a los testimonios de las personas indígenas debe ser garantizado en igualdad de condiciones durante la recuperación de la memoria histórica. Asimismo, la participación de los pueblos indígenas en los asuntos de la vida pública representa un ejercicio del derecho a la verdad, pues implica una confrontación de su situación social actual con lo que han vivido durante los últimos siglos.

*Palabras clave: derecho a la verdad, justicia transicional, reparación, memoria colectiva, indígenas, pueblos indígenas, derechos humanos, igualdad.*

## Abstract

The right to the truth has been recognized as a right of individual and collective character. In both dimensions, states have a duty to ensure, among others, the historical truth of the serious human rights violations. Therefore, the right to truth can and must be harmonized with the other rights of indigenous peoples to obtain synergistic results most beneficial to them. Because the territory is the basis of the worldview of many indigenous peoples, its transgressions directly affect their identity. Transitional justice processes should not address the restitution of lands of indigenous peoples from a limited perspective on private property, but this should be understood as part of the democratic and spiritual breakdown generated by the regime. As for the rights of political participation and freedom of expression, access to the testimonies of indigenous peoples should be guaranteed equal during the recovery of historical memory. The participation of indigenous peoples in affairs of public life represents an exercise of the right to truth, because it involves a confrontation of their current social situation with what they have lived during the last centuries.

*Keywords: right to the truth, transitional justice, indigenous people, reparation, collective memory, indigenous peoples, human rights, equality.*

## **Sumario**

I. Introducción; II. El derecho a la verdad en armonía con el derecho de los pueblos indígenas a la identidad; III. El derecho a la verdad en armonía con los derechos de los pueblos indígenas a la participación política y a recibir información; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

## 1. Introducción

La justicia transicional, entendida como los procesos y decisiones políticas y judiciales emprendidos para alcanzar la estabilidad al final de un régimen, tiene como objetivo asumir la búsqueda del esclarecimiento y la estabilidad una vez que concluyen los regímenes autoritarios o conflictos armados, y comúnmente lo hace a la luz de los principios de verdad, justicia y reparación.<sup>1</sup> Sin embargo, ninguno de los tres es alcanzado de manera automática; su éxito o fracaso dependen de muchos factores. Experiencias disímiles a lo largo y ancho del globo nos ofrecen más dudas que certezas acerca de cuál es la *fórmula* para lograr estas metas sin que en el camino se sacrifique alguna en beneficio de las otras.<sup>2</sup> Particularmente, el derecho a la verdad se vislumbra como una necesidad aparentemente indescifrable en cuanto a su contenido y alcance. Abordar, por ejemplo, el deber del esclarecimiento de una verdad histórica posible<sup>3</sup> nos lleva inevitablemente a cuestionarnos sobre los mecanismos para definirla, re-

<sup>1</sup> Véase Rama Mani, “La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la ‘justicia reparadora’ en el posconflicto”, en Martha Minow *et al.* (eds.), *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2011, pp. 153-208.

<sup>2</sup> Véase Jon Elster, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006.

<sup>3</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, núm. 163, párr. 195; Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 27 de noviembre de 2008, serie C, núm. 192, párr. 102; Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 3 de abril de 2009, serie C, núm. 196, párr. 117; Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 22 de septiembre de 2009, serie C, núm. 202, párr. 119; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párr. 454; Corte IDH, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009, serie C, núm. 211, párr. 149; Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 192; y Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, párr. 194, entre otros. Asimismo, en México este derecho se encuentra reconocido en la Ley General de Víctimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013; última reforma publicada el 3 de mayo de 2013, artículos 24 y 26.

conocerla y convertirla en un instrumento transformador que potencialice el ejercicio de los demás derechos humanos. El derecho a la verdad histórica no puede ser considerado como un capricho sino como un medio de reparación y construcción social; de otra forma, se estaría haciendo un uso retórico de él.

Al respecto, tiene especial importancia remitirnos a los Principios básicos para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Directrices de Joinet).<sup>4</sup> Si bien éstos no constituyen normas jurídicas en sentido estricto sino principios rectores,<sup>5</sup> han de ser tenidos en cuenta por lo menos como normas de *soft law* debido a que gran parte de su contenido –sobre todo el relevante para esta obra– fue adoptado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005, durante su 61º periodo de sesiones, a través del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.<sup>6</sup>

Las Directrices de Joinet reconocen, entre otros, el *derecho inalienable a la verdad* por medio del cual se establece que “[c]ada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes”.<sup>7</sup> Asimismo, reconocen el *deber de recordar*, según el cual “[e]l conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello,

<sup>4</sup> El 2 de octubre de 1997 Louis Joinet, entonces relator especial sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), presentó en cumplimiento de la Resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías un trascendental estudio acerca de la impunidad titulado *La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos*. En él incluyó dos anexos de gran importancia: “I. Cuadro sinóptico del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, y “II. Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Véase Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, disponible en <[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/menu\\_lat/documents/INFORMEJOINET.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/menu_lat/documents/INFORMEJOINET.pdf)>, página consultada el 9 de junio de 2014.

<sup>5</sup> Así lo establece en su epílogo el informe final del 2 de octubre de 1997: *ibidem*, párr. 49. En ese mismo sentido, véase también Impunidad, Resolución 2004/72 aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21 de abril de 2004, párr. 49.

<sup>6</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, disponible en <<http://www.idhc.org/esp/documents/PpiosImpunidad.pdf>>, página consultada el 22 de febrero de 2014.

<sup>7</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, *doc. cit.*, anexo II, principio 1.

se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado”.<sup>8</sup> Conforme a este deber, las medidas adoptadas deben tener por objeto preservar del olvido la memoria colectiva para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.<sup>9</sup>

El carácter colectivo del derecho a la verdad también ha sido reconocido expresamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Desde 1998 ese organismo ha defendido su protección a través del análisis de los artículos 8º –garantías judiciales–, 25 –protección judicial– y 13 –libertad de expresión y pensamiento– de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en relación con los artículos 1.1 y 2º de ésta.<sup>10</sup> Al respecto, dicho organismo ha declarado que el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo que conlleva el derecho de la sociedad a “tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos”;<sup>11</sup> y un carácter particular como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo que sucedió con su ser querido, lo cual permite una forma de reparación. En tal sentido, la CIDH ha afirmado que éste es un derecho que tiene la sociedad y que surge como principio emergente del derecho internacional bajo la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos, en específico de los artículos 1.1, 8º, 25 y 13 de la CADH.<sup>12</sup>

Es posible hablar de un *derecho a la verdad histórica* como parte del derecho a la verdad en general, del cual se ha reconocido su carácter colectivo<sup>13</sup> debido a que las graves violaciones a derechos humanos implican un quiebre dramático en la narrativa de una sociedad. Así como ocurre en la esfera individual, tras la ignominia los pueblos se enfrentan a procesos de duelo, entendiéndolos como intentos de adaptación ante situaciones nuevas y potencialmente peligrosas para su identidad.<sup>14</sup> El dolor en épocas de tempestad reformula los caminos y expec-

<sup>8</sup> *Ibidem*, anexo II, principio 2.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe núm. 25/98. Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705. Chile*, 7 de abril de 1998.

<sup>11</sup> Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párr. 197.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> El derecho a la verdad, Resolución 2005/66 aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 20 de abril de 2005; Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas, Resolución 65/196 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 21 de diciembre de 2010; El derecho a la verdad, Resolución AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 6 de junio de 2006; El derecho a la verdad, Resolución AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07) aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 5 de junio de 2007; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *doc. cit.*; y Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia del expediente 2488-2002-HC/TC. Caso Genaro Villegas Namuche, Lima, 18 de marzo de 2004, entre otros.

<sup>14</sup> Jorge L. Tizón y Michele G. Sforza, *Días de duelo. Encontrando salidas*, Barcelona, Alba, 2008, p. 20.

tativas a futuro; por lo tanto, los *crímenes del pasado*<sup>15</sup> son un asunto del presente. Cuando hablamos de memoria colectiva nos referimos a un proceso social de reconstrucción de un pasado sostenido por significados que se hallan en la cultura.<sup>16</sup> Por eso decimos que la restauración de la memoria y la planeación e implementación de los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad en su perspectiva colectiva carecen de *fórmulas*, pues las decisiones para los procesos de transición –verdad, justicia y reparación– deben ser abordadas desde las especificidades de cada pueblo.

América Latina está conformada por dos concepciones distintas del mundo que paradójicamente constituyen su esencia: la indígena y la no indígena u *occidental*. Si la historia de un pueblo, incluyendo la de los crímenes cometidos en su contra, forma parte de su patrimonio y de su identidad, ambas cosmovisiones deben estar presentes a la hora de reparar esa verdad histórica para evitar que el proceso de transición se convierta en un nuevo medio de exclusión en contra de los pueblos originarios, que recurrentemente no son tomados en cuenta. Ejemplo claro de ello es la Guerra Sucia que flageló a México durante más de 20 años. A pesar de que gran parte del terrorismo de Estado fue dirigido a la población rural e indígena –particularmente en el estado de Guerrero–, la escasa y tímida reivindicación de la memoria se ha limitado al aspecto urbano. Cada 2 de octubre las y los mexicanos recuerdan aquella fatídica noche de Tlatelolco de 1968 en la ciudad de México, pero la gran mayoría ignora las distintas operaciones militares que desalojaron poblaciones indígenas durante esa época.

Estas consideraciones han motivado el presente artículo cuyo cometido es abordar el derecho a la verdad desde la perspectiva de los pueblos indígenas debido a la estrecha relación entre la historia de un pueblo y su cultura –y, por lo tanto, el ejercicio de sus derechos–. Como propuesta para comenzar a trazar la línea de discusión sobre el derecho a la verdad en armonía con los derechos de los pueblos indígenas propongo hablar del derecho a la verdad desde la cosmovisión y los derechos de éstos, no sin antes advertir que el presente trabajo no pretende reproducir el viejo y cuestionado discurso de que todos los pueblos indígenas del continente son iguales y comparten la misma idiosincrasia, y por consiguiente les aplican todos los estándares existentes por igual. El derecho internacional de los derechos humanos es una construcción

<sup>15</sup> Encuentro difícil de asimilar el término *crímenes del pasado* –comúnmente utilizado– debido a que pudiera ser una forma de invisibilizar más a las víctimas. Parece que éste marca una distinción entre, por ejemplo, las personas desaparecidas en *el pasado* y las desaparecidas en *el presente*; e incluso en algunos casos este concepto podría ser utilizado por quienes no fueron víctimas directas para referirse a aquellas causas a las que, en virtud de los años, se les ha perdido toda la esperanza. Por más que pasen las décadas, las víctimas y sus familiares son víctimas de nuestra actualidad; la persistencia del olvido histórico es una agravante cometida por las autoridades y la sociedad en el tiempo presente.

<sup>16</sup> Jorge Mendoza García, “Las formas del recuerdo. La memoria narrativa”, en *Athenea Digital*, núm. 6, otoño de 2004, p. 3.

occidental y ajena a la percepción que tienen los pueblos indígenas de sí mismos, pero no por ello deja de poseer una vocación incluyente y transformadora. Los estándares son –valga la redundancia– el marco general respecto del cual los Estados occidentales deben comprender y modular su actuación frente a los pueblos indígenas, pero siempre han de complementarse con las especificidades de cada pueblo. Partiendo de esta advertencia, desarrollaré algunas ideas desde dos ejes centrales: *a)* el derecho a la verdad en armonía con el derecho de los pueblos indígenas a la identidad, y *b)* el derecho a la verdad en armonía con los derechos de los pueblos indígenas a la participación política y a recibir información.

## II. El derecho a la verdad en armonía con el derecho de los pueblos indígenas a la identidad

*Pensad en nosotros, no nos borréis de vuestra memorial, no nos olvidéis. Vosotros veréis vuestra casa, vuestro país. Prosperad.*

POPOL VUH

Como ha sido reconocido en el plano internacional, los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y a no ser sometidos a ningún acto de genocidio ni de violencia, incluido el traslado forzado de niños de un grupo a otro.<sup>17</sup> Asimismo, tienen derecho a no sufrir la asimilación obligada ni la destrucción de su cultura,<sup>18</sup> por lo que los Estados deben garantizar el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos, sus valores culturales o su identidad étnica.<sup>19</sup> Puesto que las políticas que favorecen la integración y la participación de todas y todos “garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”,<sup>20</sup> la violencia cometida por el Estado o distintos sectores de la sociedad debe ser mirada e integrada a la historia oficial para reivindicar la posición de los pueblos indígenas como parte indispensable de la vida de sus países. En este sentido, podemos coincidir con lo señalado en las Directrices de Joinet respecto de que la historia de la opresión de un pueblo

<sup>17</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007, artículo 7.2.

<sup>18</sup> *Ibidem*, artículo 8.1.

<sup>19</sup> *Ibidem*, artículo 8.2, inciso *a*.

<sup>20</sup> Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001, artículo 2°.

forma parte de su patrimonio<sup>21</sup> y en consecuencia de su identidad cultural, entendiendo ésta como “el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad”.<sup>22</sup> La historia de los ataques a su cultura, tierra, territorio e identidad, así como la forma en que ésta es recordada y reformulada desde el presente son parte de la identidad cultural y de la auto-determinación de los pueblos indígenas. El tener memoria sobre los episodios de transgresión a sus derechos es un deber del Estado y de la población no indígena.

La reconstrucción colectiva de la verdad constituye un discurso y, por tanto, una manifestación de poder. Al mismo tiempo, después de la transición política representa una acción liberadora en contra de la opresión sufrida que normalmente se ha ejercido con un proyecto social basado en la vejación de la memoria acerca de las graves violaciones a derechos humanos que se han perpetrado. El olvido ha sido un recurso empleado frecuentemente en la historia por parte de determinados grupos que han buscado mantenerse y legitimarse al momento de adquirir algún poder.<sup>23</sup> Se da cuando “[l]os grupos que desean imponerse sobre otros recurren a omisiones de ciertos acontecimientos que ocurrieron en el pasado e imponen una versión única sobre el pretérito, es decir, practican un cierto olvido para mostrarse como aquellos que provienen de un pasado más o menos dignificante”.<sup>24</sup> Ese olvido institucional queda descrito de manera insuperable por Marcia Scantlebury al referirse al golpe de Estado en Chile en contra del gobierno de Salvador Allende y el inicio de la dictadura de Augusto Pinochet:

[L]a negación y el borramiento acompañaron a la dictadura desde que bombardeó La Moneda y, al reconstruir este edificio, eliminó la entrada al Palacio de Gobierno por la calle Monradé: si no había puerta, los que atravesaron ese umbral detenidos o muertos nunca existieron. También cuando cambió la dirección del centro de torturas ubicado en la calle Londres 38: si ese número se convertía en el 40, desaparecía el escenario de tormentos y muerte. Y más cruel aún, en el caso de los detenidos desaparecidos: al desaparecer el cuerpo, no existiría constancia del crimen.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Véase n. 16.

<sup>22</sup> Declaración de Friburgo sobre los Derechos Culturales, presentada por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales, la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO, 7 y 8 de mayo de 2007, artículo 2º, inciso b.

<sup>23</sup> Jorge Mendoza García, “Reconstruyendo la Guerra Sucia en México: del olvido social a la memoria colectiva”, en *Revista Electrónica de Psicología Política*, año 5, núm. 15, diciembre de 2007, p. 6.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Marcia Scantlebury, “Aprender de lo vivido”, en Ximena Erazo *et al.* (eds.), *Derechos humanos, pedagogía de la memoria y políticas culturales*, Santiago, LOM Ediciones/Fundación Henry Dunant, 2011, p. 23.

La comunicación regulada a través del diálogo histórico –lo que se impone que sucedió y lo que se impone que no sucedió– garantiza el adoctrinamiento y la adquisición de comportamientos necesarios para que el poder ejercido sobreviva, de ahí la calidad subversiva del derecho a la verdad. Recordar es retar a las actuales estructuras impuestas en el pasado mediante la fuerza.

La memoria, tan exigente como indemostrable, tiene algo de subversivo: es inoportuna, altera la continuidad de lo establecido. Parece confundir los tiempos: el pasado (toda memoria evoca un pretérito) irrumpe en el presente y lo ilumina con luces no siempre previsibles. El presente, mientras tanto, es tal porque la memoria señala que hubo algo antes con lo cual este presente es comparable. El presente, entonces, no como consecuencia necesaria del pasado, aunque el pasado vive en el presente otorgándole algún sentido [...] Entenderla [a la memoria] como acto subversivo es el resultado de cotejarla con un presente que se ofrece complaciente con lo dado. La subversión de la memoria actúa como crítica, inconformidad o estímulo; recuerdo de lo ya acontecido, la memoria consigue poner en duda la virtud del presente cuando su mérito proviene del solo hecho de ser presente.<sup>26</sup>

El olvido institucional también viola el derecho a la igualdad y no discriminación porque impone un silencio que debe ser entendido como la cancelación de toda vía para que el grupo perseguido exponga públicamente su versión de los hechos. Implica condenar a las víctimas a que no sean reconocidas como tales y a ahogarse en el silencio del tiempo. Para evitar esto debemos enfocarnos en el carácter simbólico y transformador de la memoria en el sentido de que no basta la mera recapitulación de testimonios sino que es necesario interpretarlos y ubicar las voces particulares como parte de un todo más complejo y profundo que la simple suma de sus partes. Por tanto, se debe atender a los símbolos y significados de una sociedad.

Sin embargo, cuando una sociedad está dividida por dos cosmovisiones distintas –como ya hemos mencionado–, la labor resulta aún mayor. Ya sea que se trate de guerras civiles como la de Guatemala o de dictaduras como la de Pinochet en Chile, tanto los pueblos indígenas como el resto de la sociedad sufren la destrucción de su ideario, aunque con particularidades dignas de ser consideradas en la reconstrucción de la memoria. De la misma manera en que el asalto y bombardeo al palacio de La Moneda significó no sólo la violencia en sí sino un ataque directo a los valores e instituciones que iban a obstruirse durante el nuevo régimen –la democracia, la paz y la libertad política–, el despojo sistemático sufrido por los mapuches en Chile tuvo un significado análogo: la pérdida de territorio durante la dictadura era una amenaza para la institucionalidad indígena y su identidad como pueblo.

<sup>26</sup> Héctor Schmucler, “Memoria, subversión y política”, en María del Carmen de la Peza (coord.), *Memoria(s) y política. Experiencia, poéticas y construcciones de la nación*, Buenos Aires, Prometeo (col. Historia Extramuros), 2009, p. 29.

No es retórica cuando hablamos de la *historia de la opresión* como parte de un patrimonio. La existencia de cada pueblo se fundamenta en aquello que los caracteriza, y en el caso de los pueblos indígenas del continente americano ésta debe ser entendida a partir de la tierra y territorios que les dan existencia como colectividad. Puesto que la base espiritual y material de las comunidades indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales,<sup>27</sup> su exclusión y opresión tienen origen en la irrupción de agentes externos que la han alterado y curtido a partir de la transgresión de sus territorios. Desde la invasión española durante la Conquista hasta los genocidios o los proyectos transnacionales, la historia de la opresión de los pueblos indígenas debe concebirse con base en sus territorios y, por lo tanto, sus identidades.

Debido a que las minorías indígenas tienen derecho a la salvaguarda de sus rasgos culturales, que forman parte del patrimonio de la humanidad,<sup>28</sup> reconocer y hacer saber de las violaciones a sus derechos representa una medida de prevención con el fin de que dichas atrocidades no vuelvan a ser cometidas en el futuro.<sup>29</sup> Para profundizar en este punto debemos abordar el concepto de la dignidad inherente de la persona humana, el cual ha sido el fundamento de los derechos humanos que ha gozado de mayor consenso,<sup>30</sup> aunque no el único.<sup>31</sup> De él se

<sup>27</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 131; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 154.

<sup>28</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO durante su 19ª reunión, Nairobi, 26 de noviembre de 1976, párr. 4, inciso f.

<sup>29</sup> Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 22 de febrero de 2002, serie C, núm. 91, párr. 77; Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, párr. 259; Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de marzo de 2005, serie C, núm. 120, párr. 169; Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 136, párr. 78; Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, Sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C, núm. 138, párr. 95; Corte IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 6 de abril de 2006, serie C, núm. 147, párr. 196; Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, párr. 245; y Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, serie C, núm. 152, párr. 193, entre otros.

<sup>30</sup> Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, en Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, IIDH (serie Estudios de Derechos Humanos, t. I), 1994, p. 15. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por ejemplo, establece en su primer considerando que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Además, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a través de su sitio oficial <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>>, define los derechos humanos como aquellos “inherentes a todos los seres humanos”; mientras que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos los define en su sitio oficial <[http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos)> como “el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada”.

<sup>31</sup> Para una postura diferente, véanse Michael Ignatieff, *Los derechos humanos como política o idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003, 192 pp.; y Robert Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, trad. de E. R. Sodero, en *Doxa. Cuadernos*

desprende el derecho a la identidad, entendida como el “conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.<sup>32</sup> Sin embargo, ésta es también una experiencia colectiva y una de sus manifestaciones es la cultural. Su reconocimiento como derecho es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas.<sup>33</sup> En el caso de miembros de éstos, la pérdida bajo coerción de ésta repercute en su dignidad humana. El reconocimiento de esa relación intrínseca han llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a reconocer que la pérdida de prácticas tradicionales y los perjuicios derivados de la falta de territorio “afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y [las] niñas [indígenas] quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos”.<sup>34</sup>

Para tener un carácter reparador, los procesos de justicia transicional deben incluir la restitución de los territorios arrebatados a los pueblos indígenas durante el régimen; y al mismo tiempo, para tener un carácter transformador, han de entender dicho despojo como parte de un engranaje sistemático que ha perdurado durante cinco siglos y considerarlo durante el régimen como consecuencia de las violaciones previas. El despojo de los territorios indígenas no debe ser homologado con los cometidos en contra de la población civil por cuestiones políticas o económicas, ya que ello reduce su valor a simple propiedad privada, sino que debe entenderse como parte de la ruptura democrática y espiritual generada por el régimen.

La experiencia de Colombia en materia de justicia transicional resulta paradigmática en cuanto a la incorporación de una perspectiva indígena en las políticas estatales para alcanzar la verdad, la justicia y la reparación. El Decreto-ley 4633 de 2011<sup>35</sup> reconoce a los pueblos y comunidades indígenas a manera de sujetos colectivos y a sus integrantes de forma indivi-

---

*de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 237-248, disponible en <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13133/1/DOXA\\_30\\_33.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13133/1/DOXA_30_33.pdf)>, página consultada el 26 de febrero de 2014, entre otros.

<sup>32</sup> Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, doc. cit., párr. 122; y Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2011, serie C, núm. 232, párr. 113.

<sup>33</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párr. 213.

<sup>34</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 263.

<sup>35</sup> Decreto-ley 4633, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

dual como víctimas por cualquier hecho violatorio del derecho internacional humanitario o de los derechos humanos que haya ocurrido a partir del 10 de enero de 1985 y que “guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno”.<sup>36</sup> A partir de este instrumento, el Estado colombiano asume su deber de garantizar la reconstrucción y la visibilización de la historia del conflicto armado desde la mirada indígena.<sup>37</sup> Pero los alcances de este reconocimiento no se limitan al aspecto de restauración en cuanto al conflicto armado sino que el Decreto-ley 4633 también contempla el derecho a la reparación integral por violaciones históricas cometidas anteriormente –sin límite retroactivo– a través de medidas de restitución simbólica “consistentes en la eliminación de todas las formas de discriminación estructural, de no repetición de los hechos victimizantes, de la aceptación pública de los hechos, del perdón público y del restablecimiento de la dignidad de las víctimas y de los pueblos y comunidades indígenas que promuevan la reparación histórica”,<sup>38</sup> lo cual coincidiría con la perspectiva transformadora ya mencionada.

El derecho de los pueblos indígenas a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias<sup>39</sup> también debe ser entendido como el derecho a participar en la construcción de la historia oficial del Estado en donde habitan; ello forma parte de su derecho a la libre determinación por medio del cual buscan libremente su desarrollo social y cultural.<sup>40</sup> Para garantizar el progreso económico y social de los pueblos indígenas se deben admitir y asumir como responsabilidad estatal las violaciones estructurales que históricamente han generado las inaceptables condiciones de vida en que actualmente se encuentran la gran mayoría de las y los indígenas en el continente americano. Aceptar esta responsabilidad, si bien no implica una panacea, conlleva efectos transformadores que reivindican la esencia indígena y su valía como pueblo.

En este orden de ideas, se ha reconocido el deber de los Estados de respetar los rasgos sociales de los pueblos indígenas,<sup>41</sup> al asegurar que los programas y los servicios de educación destinados a ellos deberán abarcar su historia y, por lo tanto, ser desarrollados y aplicados con

<sup>36</sup> *Ibidem*, artículo 3°.

<sup>37</sup> “La reparación integral a la que tienen derecho los pueblos indígenas”, en *Hechos de paz*, núm. 65, Bogotá, PNUD, noviembre-diciembre de 2012, p. 25, disponible en <<http://www.pnud.org.co/hechosdepaz/echos/pdf/65.pdf>>, página consultada el 23 de febrero de 2014.

<sup>38</sup> Decreto-ley 4633, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, artículo 3°, párrafo segundo.

<sup>39</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 13.1.

<sup>40</sup> *Ibidem*, artículo 3°.

<sup>41</sup> Organización Internacional del Trabajo, Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la OIT durante su 76ª reunión, Ginebra, 27 de junio de 1989, artículo 2.2.

su cooperación para que respondan a sus necesidades particulares.<sup>42</sup> En este sentido, las tesis negacionistas respecto de las graves violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas constituyen un atentado a su identidad y, en consecuencia, a la dignidad de sus miembros, toda vez que sus derechos intrínsecos derivan, entre otros, de su historia.<sup>43</sup>

Para lograr estos objetivos, los Estados pueden valerse de los medios comúnmente desarrollados por la doctrina internacional de la justicia transicional, implementándolos siempre desde la perspectiva cultural de los pueblos indígenas. Una experiencia de ello es la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá, creada en 2007 para restablecer la verdad histórica de la asimilación forzada de niños indígenas a partir de escuelas residenciales en las décadas de los ochenta y noventa.<sup>44</sup> Estos mecanismos resultan idóneos para contrarrestar las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas las cuales, de acuerdo con lo reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, “son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas”.<sup>45</sup> El derecho al control tienen que los pueblos indígenas respecto de los acontecimientos que les afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos (el cual les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo a partir de sus aspiraciones y necesidades)<sup>46</sup> debe ser entendido desde una perspectiva amplia que también abarque la historia de sus más profundas heridas.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, artículo 27.1.

<sup>43</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Preámbulo.

<sup>44</sup> Al respecto, véase el sitio oficial de la Truth and Reconciliation Commission of Canada (Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá), disponible en <<http://www.trc.ca/>>, página consultada el 26 de febrero de 2014.

<sup>45</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Preámbulo.

<sup>46</sup> *Idem*.

### III. El derecho a la verdad en armonía con los derechos de los pueblos indígenas a la participación política y a recibir información

*Es como el eco que funde con nuevo nombre, en la altura del espíritu,  
las voces que se dicen y las voces que se callan.*

ERMILO ABREU GÓMEZ, *Canek*

Como ya se ha mencionado, el derecho a la verdad posee un carácter individual –del cual son titulares las víctimas y sus familiares– y un carácter colectivo –del que es titular la sociedad en general–. Sin embargo, la población de cada país siempre es diversa e incluye a distintos grupos sociales con sus especificidades culturales, raciales y espirituales. En el caso de los países americanos, a esto se suman los diferentes grados de acceso a los medios idóneos para el ejercicio de los derechos. Si bien existen varias prácticas difundidas en el mundo por las cuales se ha buscado hacer valer el derecho a la verdad en su carácter individual y colectivo –como las comisiones de la verdad–, éstas no siempre han sido diseñadas desde una perspectiva que abarque a las naciones indígenas.

Debido a que la cultura de las comunidades indígenas corresponde a una forma particular de vida y de ser, ver y actuar en el mundo,<sup>47</sup> no basta un reconocimiento oficial de los Estados respecto de las graves violaciones cometidas en su contra, pues éste debe realizarse a la luz de su cultura y cosmovisión con la finalidad de que no sea únicamente fáctico sino que abarque los elementos culturales, sociales y espirituales que fueron transgredidos. Al momento de que las comisiones de la verdad ejerzan su labor deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general, las cuales conforman su identidad cultural,<sup>48</sup> para así satisfacer su derecho a saber lo ocurrido. Los Estados deben garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción,<sup>49</sup> por lo que durante los

<sup>47</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, doc. cit., párr. 11; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, doc. cit., párr. 135.

<sup>48</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, doc. cit., párr. 60; y Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, doc. cit., párr. 162, entre otros.

<sup>49</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, doc. cit., párr. 51; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, doc. cit., párrs. 59 y 60;

procesos de justicia transicional también deben asegurar que los pueblos indígenas participen en iguales circunstancias que el resto de la población en la reconstrucción de la memoria histórica. Asimismo, cuando los derechos de las comunidades indígenas son violados éstas tienen derecho a participar directa, efectiva y plenamente en los procesos<sup>50</sup> de justicia, ya sea o no dentro de un contexto de justicia transicional. Tales consideraciones adquieren mayor fuerza en países que constitucionalmente reconocen a la población indígena como su base cultural –en el caso de México–,<sup>51</sup> como entidades territoriales autónomas –es el caso de Colombia–<sup>52</sup> y en aquellos donde ésta es contemplada como naciones al interior del Estado –como ocurre en Ecuador<sup>53</sup> y Bolivia.<sup>54</sup>

En esta tesitura, la inclusión de la perspectiva indígena en el ejercicio del derecho a la verdad también abarca la protección a la libertad de expresión de este sector de la población. La incorporación del punto de vista indígena en el debate público no sólo es un imperativo jurídico derivado del principio de no discriminación y de la obligación de inclusión, sino que además conlleva minimizar las restricciones a la información y equilibrar en la mayor medida posible la participación de las distintas corrientes en las discusiones públicas con el fin de impulsar el pluralismo informativo y asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.<sup>55</sup>

La no inclusión de la visión indígena y de su testimonio en los procesos de reconstrucción de la verdad histórica constituye una revictimización de los pueblos originarios, particularmente en su derecho a la libertad de expresión. Esta circunstancia forma parte de un contexto hemisférico en el cual la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión continúa siendo la excepción, pues grupos históricamente menos favorecidos –como los pueblos indígenas– continúan luchando para que se tomen en cuenta sus opiniones y puedan acceder a la informa-

---

y Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, doc. cit., párr. 162, entre otros.

<sup>50</sup> Declaración de la Cumbre de los Pueblos Indígenas de las Américas, adoptada en Ottawa el 31 de marzo de 2001, artículo 5°.

<sup>51</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917; última reforma publicada el 10 de febrero de 2014, artículo 2°.

<sup>52</sup> Constitución Política de Colombia, publicada en la *Gaceta Constitucional*, núm. 116, 20 de julio de 1991, artículos 1° y 246.

<sup>53</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicada en el *Registro Oficial* el 20 de octubre de 2008, artículo 1°.

<sup>54</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 9 de febrero de 2009, artículo 1°.

<sup>55</sup> Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de enero de 2009, serie C, núm. 194, párr. 106; y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09, Washington, D. C., CIDH/OEA, 2010, p. 83.

ción que les concierne.<sup>56</sup> Actualmente en nuestro continente existe una profunda ausencia de medidas para abordar la insuficiente cobertura de temas relevantes para estos grupos por parte de medios de comunicación y otras organizaciones,<sup>57</sup> lo cual potencializa el riesgo de que los procesos de transición generen visiones incompletas de los hechos históricos y una parcial interpretación colectiva de éstos debido a que se excluyeron voces indispensables.

Tampoco podemos ignorar que conocer la percepción indígena sobre los crímenes que padeció un país también es un derecho de la población no indígena. Diversas instancias internacionales han admitido la libertad de pensamiento y de expresión como un derecho con dos dimensiones: una individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una colectiva o social, que radica en el derecho de la sociedad a procurar y recibir los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada.<sup>58</sup> Así, resulta evidente que el aspecto colectivo del derecho a la libertad de expresión e información —es decir, el derecho de toda persona a recibir la mayor cantidad de opiniones o de informaciones diversas para lograr el acceso al debate público en condiciones de igualdad—<sup>59</sup> posee una indudable relación estructural con la democracia.<sup>60</sup> Podemos afirmar

<sup>56</sup> Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década, adoptada por el relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, la relatora especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión, y la relatora especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Washington, D. C., 3 de febrero de 2010, artículo 5°.

<sup>57</sup> *Ibidem*, artículo 5°, inciso c, fracción ii.

<sup>58</sup> Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177, párr. 53; Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párr. 76; Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141, párr. 163; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, párrs. 109-111; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, párr. 146; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111, párrs. 77-80; Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, párrs. 64-67; y Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párrs. 30-33, entre otros. Véanse también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Capítulo v. Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Informe anual 1994*, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe núm. 130/99. Caso 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México*, 19 de noviembre de 1999; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe núm. 50/99. Caso 11.739. Héctor Félix Miranda. México*, 13 de abril de 1999; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe núm. 11/96. Caso 11.230. Chile*, 3 de mayo de 1996.

<sup>59</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09, Washington, D. C., CIDH/OEA, 25 de febrero de 2009, párr. 15.

<sup>60</sup> Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, *doc. cit.*, párr. 85; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, *doc. cit.*, párrs. 112 y 113;

entonces que un país con población indígena debe dar cabida a sus voces y a las de otros grupos minoritarios en el debate colectivo para garantizar su sistema democrático.

Sin embargo, lo anterior debe ser entendido como parte del derecho de los pueblos indígenas a la participación política, por lo que no se limita únicamente a su intervención en las comisiones de la verdad sino que se halla presente aún en ausencia de éstas o de un proceso de transición propiamente dicho, en virtud de la violación sistemática a los derechos de los pueblos originarios que ha sido perpetrada a lo largo de los siglos. Por supuesto que estas consideraciones traen dudas de difícil respuesta: ¿cuál es el alcance temporal de este *derecho inalienable a la verdad* y del *deber de recordar* de las Directrices de Joinet frente a los pueblos indígenas?, ¿debe incluirse la transgresión española de hace cinco siglos o única y exclusivamente las violaciones contemporáneas de las cuales los miembros de estos pueblos hayan sido víctimas directas?; incluso algunos especialistas han cuestionado si se corre el riesgo de generar tesis que desgasten el tejido social al proponer un resentimiento en contra de la población no indígena.

No obstante, reconocer el derecho a la verdad en cuanto a la violencia y la discriminación sistemática en contra de los pueblos indígenas a lo largo de los últimos siglos es una necesidad imperante en la actualidad, lo cual ha sido manifestado de manera expresa por la Asamblea General de las Naciones Unidas al establecer que, en el caso de graves violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, la justicia transicional debe abordar también los agravios por la pérdida de su soberanía, sus tierras, sus territorios y sus recursos provocados tanto en su relación con los actuales Estados como en su experiencia colectiva de la colonización.<sup>61</sup>

Asimismo, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001 se llevó a cabo la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, de la cual se elaboró un informe en donde las partes subrayaron “la importancia

---

Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, *doc. cit.*, párrs. 82 y 83; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, *doc. cit.*, párr. 152; Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, *doc. cit.*, párr. 69; Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, párr. 113; Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, *doc. cit.*, párr. 105; Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de enero de 2009, serie C, núm. 195, párr. 116; Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, núm. 207, párr. 47; y Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *doc. cit.*, párr. 70, entre otros.

<sup>61</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/HRC/24/50, 30 de julio de 2013, párr. 79.

y la necesidad de enseñar los hechos y la verdad de la historia de la humanidad, desde la antigüedad hasta el pasado reciente, así como de enseñar los hechos y la verdad de la historia, las causas, la naturaleza y las consecuencias del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia”.<sup>62</sup> A partir de ello se propone la viabilidad de que las tragedias sufridas por los pueblos indígenas en cualquier momento de su historia sean dadas a conocer a través de un trabajo colectivo de memoria.

Podemos afirmar que los efectos de estas violaciones en contra de los pueblos originarios han permanecido por centurias, por lo que son susceptibles de reparación mientras continúen obstaculizando el pleno ejercicio de los derechos por parte de ellos en igualdad de circunstancias respecto del resto de la población. En cualquier momento es posible la revisión histórica de los últimos siglos y es un derecho que puede ser exigido por los pueblos indígenas si partimos de que América Latina aún no cierra el ciclo de transición del régimen instaurado en la Conquista, pues no se ha restablecido el reconocimiento y el libre ejercicio institucional, jurídico y espiritual de estos pueblos debido a que en la actualidad persisten los obstáculos para tales fines. La participación política de los pueblos indígenas –aún no enmarcada en un proceso de transición– siempre tiene un componente del derecho a la verdad, ya que cuestiona y amenaza al presente de olvido que ha naturalizado su marginación; ellos tienen derecho a la igualdad en la historia oficial del Estado en donde cohabitan con otras naciones.

#### IV. Conclusiones

La memoria es un proceso indispensable tanto para la identidad individual como para la colectiva. Cuando hablamos de graves violaciones a derechos humanos, cometidas ya sea durante una dictadura o un conflicto armado, el derecho a la verdad ha de ser ejercido y defendido por las víctimas, sus familiares y la sociedad en general para evitar que la identidad desaparezca junto con las profundas pérdidas que los hechos devastadores dejaron a su paso.

En la actualidad los pueblos y comunidades indígenas comparten el continente americano con las personas no indígenas, quienes continuamos alimentando consciente e inconscientemente los distintos patrones sistemáticos que han excluido a los primeros desde que la avaricia del hombre blanco le hizo creer que podía adueñarse de otros seres humanos. Dicha

<sup>62</sup> Declaración de Durban, aprobada durante la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, párr. 98, disponible en <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes\\_instrumentos\\_internacionales\\_Declaracion\\_Programa\\_Accion\\_Durban.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Programa_Accion_Durban.pdf)>, página consultada el 10 de junio de 2014.

circunstancia nos alerta del peligro que existe de perpetuar esta desigualdad social incluso en procesos tan loables y legítimos como son los de memoria para exigir el respeto, protección y garantía del derecho a la verdad. Ya sea que el ejercicio de ese derecho atienda a graves violaciones de las que un pueblo indígena haya sido víctima por el simple hecho de serlo o en casos donde los pueblos originarios padecieron el suplicio de las vulneraciones junto con el resto de la sociedad, siempre la visión indígena debe estar presente en las acciones de reparación colectiva. La ausencia de dicha perspectiva generaría serios cuestionamientos hacia las medidas de resarcimiento, pues éstas no serían representativas de la sociedad a la que están dirigidas, incumpliendo así con el principio de inclusión.

El testimonio de los pueblos indígenas también aporta información relevante que ayuda a completar el rompecabezas de la historia colectiva. Un país que ha sido liberado del yugo y el tormento y se encuentra en un largo trayecto hacia la paz y la estabilidad democrática no se puede dar el lujo de perder puntos de vista ni mucho menos puede ignorar el deber de reparar las heridas abiertas; si esto es desatendido, las secuelas se convertirán en nuevos fenómenos de turbulencia que amenazarán el futuro. Una sociedad sólo puede salir adelante incluyendo a sus pueblos indígenas por el simple hecho de que forman parte esencial de ella. En los casos de sociedades en transición a la democracia esto adquiere una importancia aún mayor, ya que es imposible imaginar el provenir democrático e inclusivo que pudiera tener si desde la misma transición son ignorados y excluidos actores tan relevantes como son los pueblos indígenas.

Desde un principio advertimos que este trabajo no pretendió nunca otorgar *fórmulas* o verdades intangibles sobre la materia. Me será suficiente considerar que su redacción ha valido la pena si ha logrado generar algunas dudas antes que seguridades. El debate debe ser abordado con mayor profundidad. Una propuesta para futuros esfuerzos sería adoptar una metodología de análisis de experiencias en distintos pueblos. Considero que es imposible estudiar los procesos de justicia transicional y/o de protección y ejercicio del derecho a la verdad si no es a través de experiencias. Esto es así porque querer establecer leyes o cánones en ambos tópicos sería irresponsable en virtud de que cada pueblo tiene un proceso único que presenta distintas especificidades que influirán en la toma de decisiones. Incluso lo que puede parecer obvio e irrenunciable para alcanzar los principios de verdad, justicia y reparación pudiera no serlo en ciertos contextos. Además, hablar de la perspectiva indígena en esa labor agrega complicaciones aún mayores: lo que funciona para garantizar la verdad, la justicia y la reparación en la sociedad no indígena de un país podría no funcionar con el mismo éxito en su población indígena. Se trata de una discusión compleja, pero que indudablemente debe afrontarse; sólo así tendremos la capacidad de garantizar que nunca más habrá una América Latina sin nuestros pueblos indígenas.

## v. Bibliografía

- Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, trad. de E. R. Sodero, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 237-248, disponible en <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13133/1/DOXA\\_30\\_33.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13133/1/DOXA_30_33.pdf)>, página consultada el 26 de febrero de 2014.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, disponible en <[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/menu\\_lat/documents/INFORMEJOINET.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/menu_lat/documents/INFORMEJOINET.pdf)>, página consultada el 9 de junio de 2014.
- , *Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, disponible en <<http://www.idhc.org/esp/documents/PpiosImpunidad.pdf>>, página consultada el 22 de febrero de 2014.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe núm. 11/96, Caso 11.230, Chile*, 3 de mayo de 1996.
- , *Informe núm. 25/98. Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705. Chile*, 7 de abril de 1998.
- , *Informe núm. 50/99. Caso 11.739. Héctor Félix Miranda. México*, 13 de abril de 1999.
- , *Informe núm. 130/99. Caso 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México*, 19 de noviembre de 1999.
- , “Capítulo v. Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Informe anual 1994*, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”, disponible en <[http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos)>, página consultada el 26 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el *Registro Oficial* el 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de Colombia, publicada en la *Gaceta Constitucional*, núm. 116, 20 de julio de 1991.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917; última reforma publicada el 10 de febrero de 2014.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 9 de febrero de 2009.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/HRC/24/50, 30 de julio de 2013.

Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109.

———, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 22 de septiembre de 2009, serie C, núm. 202.

———, *Caso Baldeón García vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 6 de abril de 2006, serie C, núm. 147.

———, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70.

———, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 22 de febrero de 2002, serie C, núm. 91.

———, *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, Sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C, núm. 138.

———, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.

———, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146.

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

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

———, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2011, serie C, núm. 232.

———, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, núm. 163, párr. 195.

———, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009, serie C, núm. 211.

———, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de marzo de 2005, serie C, núm. 120.

———, *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 192.

———, *Caso Gómez Palomino vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 136.

- , *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205.
- , *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107.
- , *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74.
- , *Caso Kawas Fernández vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 3 de abril de 2009, serie C, núm. 196.
- , *Caso Kimel vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177.
- , *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.
- , *Caso López Álvarez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141.
- , *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250.
- , *Caso Perozo y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de enero de 2009, serie C, núm. 195.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245.
- , *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111.
- , *Caso Ríos y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de enero de 2009, serie C, núm. 194.
- , *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, serie C, núm. 152.
- , *Caso Tristán Donoso vs. Panamá (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193.
- , *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, núm. 207.
- , *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 27 de noviembre de 2008, serie C, núm. 192.
- , *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149.
- , *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5.

Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década, adoptada por el relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, la relatora especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión, y la relatora especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Washington, D. C., 3 de febrero de 2010.

Declaración de Durban, aprobada durante la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, párr. 98, disponible en <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes\\_instrumentos\\_internacionales\\_Declaracion\\_Programa\\_Accion\\_Durban.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Programa_Accion_Durban.pdf)>, página consultada el 10 de junio de 2014.

Declaración de Friburgo sobre los Derechos Culturales, presentada por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales, la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO, 7 y 8 de mayo de 2007.

Declaración de la Cumbre de los Pueblos Indígenas de las Américas, adoptada en Ottawa el 31 de marzo de 2001.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007.

Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

Decreto-ley 4633, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

El derecho a la verdad, Resolución 2005/66 aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 20 de abril de 2005.

El derecho a la verdad, Resolución AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 6 de junio de 2006.

El derecho a la verdad, Resolución AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07) aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 5 de junio de 2007.

Elster, Jon, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006.

Ignatieff, Michael, *Los derechos humanos como política o idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003, 192 pp.

Impunidad, Resolución 2004/72 aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21 de abril de 2004.

“La reparación integral a la que tienen derecho los pueblos indígenas”, en *Hechos de paz*, núm. 65, Bogotá, PNUD, noviembre-diciembre de 2012, pp. 24-26, disponible en <<http://www.pnud.org.co/hechosdepaz/echos/pdf/65.pdf>>, página consultada el 23 de febrero de 2014.

Ley General de Víctimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013; última reforma publicada el 3 de mayo de 2013.

Mani, Rama, “La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la ‘justicia reparadora’ en el posconflicto”, en Minow, Martha, *et al.* (eds.), *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2011, pp. 153-208.

Mendoza García, Jorge, “Las formas del recuerdo. La memoria narrativa”, en *Athenea Digital*, núm. 6, otoño de 2004, 16 pp.

———, “Reconstruyendo la Guerra Sucia en México: del olvido social a la memoria colectiva”, en *Revista Electrónica de Psicología Política*, año 5, núm. 15, diciembre de 2007, 23 pp.

Nikken, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, en Cerdas Cruz, Rodolfo, y Rafael Nieto Loaiza (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos 1*, San José, IIDH (serie Estudios de Derechos Humanos, t. 1), 1994, pp. 15-37.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”, disponible en <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>>, página consultada el 26 de febrero de 2014.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO durante su 19ª reunión, Nairobi, 26 de noviembre de 1976.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la OIT durante su 76ª reunión, Ginebra, 27 de junio de 1989.

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

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09, Washington, D. C., CIDH/OEA, 2010.

———, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09, Washington, D. C., CIDH/OEA, 25 de febrero de 2009.

- Scantlebury, Marcia, “Aprender de lo vivido”, en Erazo, Ximena, *et al.* (eds.), *Derechos humanos, pedagogía de la memoria y políticas culturales*, Santiago, LOM Ediciones/Fundación Henry Dunant, 2011.
- Schmucler, Héctor, “Memoria, subversión y política”, en De la Peza, María del Carmen (coord.), *Memoria(s) y política. Experiencia, poéticas y construcciones de la nación*, Buenos Aires, Prometeo (col. Historia Extramuros), 2009.
- Tizón, Jorge L., y Michele G. Sforza, *Días de duelo. Encontrando salidas*, Barcelona, Alba, 2008, 304 pp.
- Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia del expediente 2488-2002-HC/TC. Caso Genaro Villegas Namuche, Lima, 18 de marzo de 2004.
- Truth and Reconciliation Commission of Canada, disponible en <<http://www.trc.ca/>>, página consultada el 26 de febrero de 2014.

# INVESTIGACIÓN

## La restricción al derecho de acceso a la información a partir del establecimiento discrecional y excesivo de sus plazos de reserva

César Villanueva Esquivel\*

\* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).



## Resumen

El principio de máxima publicidad rige el derecho de acceso a la información y consiste en que toda la información en poder de las autoridades se considera pública y accesible aunque puede estar sujeta a un sistema restringido de excepciones por razones de interés público, seguridad nacional y el respeto a los derechos de terceros. Sin embargo, la legislación federal y la de algunas entidades federativas en esta materia violan este principio al permitir que los sujetos obligados puedan determinar de forma unilateral plazos discrecionales y excesivos de reserva de la información, lo cual genera inseguridad jurídica en cuanto al ejercicio de este derecho y de las facultades del Estado para restringirlo.

*Palabras clave: derecho de acceso a la información, máxima publicidad, reserva de información, plazos de reserva, afirmativa ficta, negativa ficta.*

## Abstract

The principle of maximum disclosure rules the right of access to information and means that all of information held by authorities is considered public and accessible, but may be subject to a limited system of exceptions for reasons of public interest, national security and respect the rights of others. However, federal law and in some states in this regard violate this principle by allowing that regulated entities can determine unilaterally discretionary and excessive delays booking information, which creates legal uncertainty as to the exercise of this right and State's power to restrict it.

*Keywords: right of access to information, maximum disclosure, classified information, periods of classified information, positive sense, negative sense.*

## Sumario

I. Definiciones previas; II. La evolución jurídica del derecho de acceso a la información en el escenario internacional y nacional; III. Principio de máxima publicidad y reserva temporal; IV. Regulaciones de plazos de reserva y mecanismos para su establecimiento en el sistema jurídico mexicano; V. La restricción al derecho de acceso a la información a partir del establecimiento discrecional y excesivo de sus plazos de reserva; VI. Consideraciones finales; VII. Bibliografía.

## 1. Definiciones previas

El derecho a la información es un derecho humano estipulado en instrumentos internacionales que parte de la libertad de expresión en sentido amplio y consiste en que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión, el cual incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el poder investigar y recibir informaciones y opiniones, y la capacidad de difundirlas sin limitaciones de fronteras y por cualquier medio de expresión. Así, el derecho de acceso a la información incluye el derecho a buscar, difundir y recibir información, tanto para quienes expresan sus ideas como para quienes las reciben.

Éste es un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que consiste en la prerrogativa que tienen las personas para acceder, por medio de procedimientos sencillos y expeditos, a todo tipo de informaciones que se encuentren en poder de entidades públicas y de personas físicas, morales y sindicatos que reciban o ejerzan recursos públicos o que realicen actos de autoridad, con las excepciones que el interés público, la seguridad nacional y los derechos de terceros determinen.

Tal derecho se rige por un conjunto de principios constitucionales que disponen las máximas a partir de las cuales se deben conducir los sujetos obligados a garantizarlo, las cuales son máxima publicidad, actuación de buena fe, mantenimiento de archivos actualizados, ausencia de acreditación de interés jurídico por parte de los solicitantes, gratuidad, procedimientos expeditos, especialización de organismos garantes y difusión de información pública de oficio. Asimismo, este derecho tiene una estrecha relación con el derecho fundamental a la protección de datos personales en cuanto al tratamiento de los derechos de terceros.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917; última reforma publicada el 10 de febrero de 2014. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 16 consti-

## II. La evolución jurídica del derecho de acceso a la información en el escenario internacional y nacional

El derecho a la información se desprende de la libertad de expresión en sentido amplio, protegida desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>2</sup> al señalar que todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, salvo su obligación de responder al abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley. Con ello se protegía al emisor de la información respecto de terceros que pudieran impedirle la expresión de sus pensamientos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 retomó esta protección y la amplió hacia los receptores de la información al señalar en su artículo 19 que el derecho a la libertad de opinión incluye “el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas por cualquier medio de expresión, sin limitaciones de fronteras”.<sup>3</sup> Con la evolución de las tecnologías de la información durante la segunda mitad del siglo XX fueron ampliadas las formas y espacios de comunicación a partir de los cuales las personas podían emitir y recibir información, por lo que el derecho de acceso a la información surgió como un producto de esas tendencias de la modernidad de las décadas de los sesenta y setenta en el escenario del desarrollo democrático de los países alrededor del mundo.<sup>4</sup>

En México, el derecho de acceso a la información pública fue regulado en el plano constitucional desde la reforma política de 1977, aunque de forma superficial, toda vez que no se establecieron los lineamientos ni las modalidades a partir de las cuales operaría su garantía al señalar solamente que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.<sup>5</sup>

---

tucional, “toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición”. Esto convierte al individuo en el titular de un derecho subjetivo, personalísimo e imprescriptible respecto de sus datos personales el cual, al relacionarse con el de acceso a la información, restringe el principio de máxima publicidad al permitir la clasificación de información considerada como confidencial relativa a la vida privada y los datos personales de las personas. Los principios que rigen el derecho fundamental de protección de datos personales son licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad.

<sup>2</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, artículo 11: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley”.

<sup>3</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, artículo 19.

<sup>4</sup> Issa Luna Pla, *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Doctrina Jurídica, núm. 605), 2009, p. 1.

<sup>5</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 6°.

En los años noventa la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desarrolló el contenido de este derecho mediante la emisión de criterios jurisprudenciales limitados a tres aspectos: primero, al considerarlo como una garantía electoral de los partidos políticos de carácter social a partir de la cual podían tener acceso a espacios en los medios de comunicación;<sup>6</sup> en segundo lugar, como un requisito de veracidad de la actuación de las autoridades públicas al entregar información;<sup>7</sup> y finalmente, como una garantía individual limitada por los intereses nacional y de la sociedad, y por el respeto a los derechos de terceros.<sup>8</sup>

Mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002 fue expedida la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), la cual estableció los principios que rigen este derecho, los procedimientos para hacerlo efectivo, los sujetos obligados a garantizarlo, las obligaciones y modalidades en que deben cumplirlo, el régimen de sanciones ante su incumplimiento y las características del organismo garante.<sup>9</sup> Posteriormente, a raíz de la publicación de la LFTAIPG los congresos de las entidades federativas aprobaron leyes de transparencia y acceso a la información en el ámbito de sus respectivas competencias en donde ampliaron los principios, procedimientos, recursos, sujetos obligados, deberes, sanciones y naturaleza jurídica de los organismos garantes.<sup>10</sup> Sin embargo, en la práctica la protección de tal derecho tenía distintos alcances y criterios de aplicación en las diversas entidades federativas y en los municipios, lo que hacía que fuera heterogénea en el orden jurídico nacional.

El 20 de julio de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto donde se reformaba el artículo 6º constitucional para establecer los principios, obligaciones, modalidades y el régimen de sanciones mínimos del derecho de acceso a la información en el sistema jurídico mexicano; así como la naturaleza jurídica de los organismos sustanciadores de los

<sup>6</sup> Segunda Sala, “Información. Derecho a la, establecido por el artículo 6º de la Constitución federal”, tesis aislada 2a. I/92 en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. X, agosto de 1992, p. 44.

<sup>7</sup> Pleno, “Garantías individuales (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6º también constitucional”, tesis aislada P. LXXXIX/96 en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. III, junio de 1996, p. 513.

<sup>8</sup> Tesis aislada P. XLV/2000: “Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente al artículo 6º constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y a obligación del Estado a informar verazmente”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, abril de 2000, p. 72.

<sup>9</sup> Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002; última reforma publicada el 8 de junio de 2012.

<sup>10</sup> Cabe aclarar que antes de la aprobación de la LFTAIPG, ya habían aprobado sus respectivas leyes en la materia Jalisco en diciembre de 2001 y Sinaloa en abril de 2002.

procedimientos de acceso y de revisión, señalando que dichos aspectos deben ser respetados por la federación, las entidades federativas y el Distrito Federal.<sup>11</sup>

Por su parte, el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de transparencia, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014, incluyó expresamente en el artículo 6º constitucional a todos los sujetos obligados a garantizar el derecho de acceso a la información, que son todas las autoridades, entidades, órganos y organismos pertenecientes a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; así como los órganos autónomos, los partidos políticos, los fideicomisos y fondos públicos, y las personas físicas, morales y sindicatos que reciban y ejerzan recursos públicos o que realicen actos de autoridad.

La evolución jurídica del derecho de acceso a la información en el escenario nacional ha tenido un carácter progresivo cuyo fin es combatir los estados de opacidad que habían caracterizado la dinámica de actuación de las autoridades dentro del sistema jurídico mexicano desde las primeras décadas del siglo XX. Con las iniciativas de distintas autoridades públicas, organizaciones de la sociedad civil y organismos nacionales e internacionales este derecho ahora se encuentra regulado expresamente en la CPEUM en cuanto a sus principios y sujetos obligados, y al organismo con autonomía constitucional encargado de asegurar su cumplimiento.

En el plano internacional y en el sistema regional interamericano de derechos humanos el Estado mexicano ha ratificado diversos tratados internacionales que garantizan el derecho a la información, los cuales se mencionan a continuación:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.<sup>12</sup>

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

---

<sup>11</sup> Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007.

<sup>12</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 19.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
  3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
    - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
    - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.<sup>13</sup>
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):**
    1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
    2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
      - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
      - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
    3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.<sup>14</sup>
  - **Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión:**
    2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>13</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, artículo 19.

<sup>14</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 13, numerales 1-3.

Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.<sup>15</sup>

Las máximas contenidas en estos instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano constituyen reglamentaciones jurídicas permanentes y obligatorias que permiten dar un mínimo de certeza de que en el sistema jurídico interno se cuenta con estándares básicos en materia de libertad de expresión y derecho a la información que puedan restringir la posibilidad de que existan retrocesos en aspectos claves en el aseguramiento de este derecho, como los sujetos y los objetos de su protección, las modalidades de su ejercicio, las limitaciones permitidas y las posibles responsabilidades ante su violación.

La SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, delimitó los alcances que tienen las normas sobre derechos humanos en el plano constitucional nacional al determinar que existe un reconocimiento en conjunto de ellos cuyas fuentes se encuentren en la CPEUM y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano forma parte, por lo que los derechos humanos, con independencia de su origen, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional a partir del cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de las autoridades que integran el sistema jurídico mexicano. Sin embargo, cuando la CPEUM establezca una restricción expresa en el ejercicio de los derechos humanos la norma constitucional deberá prevalecer.

Asimismo, la SCJN aclaró que los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales siempre que favorezcan en mayor medida a las personas, aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte del litigio, pues constituyen una extensión de los tratados internacionales al determinarse el contenido de los derechos humanos previstos en ellos.

---

<sup>15</sup> Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108º periodo ordinario de sesiones, 2 a 20 de octubre de 2000, artículos 2º y 4º.

Por tanto, las normas establecidas en los tratados internacionales ratificados por el Estado, las sentencias emitidas por los tribunales internacionales en las que el Estado mexicano forme parte y los criterios jurisprudenciales aprobados por la Corte IDH son fuentes del derecho que obligatoriamente debe observar el Poder Judicial de la Federación, sin que esto limite a las demás autoridades del Estado mexicano para que acaten de buena fe los principios decretados en las normas internacionales y en su interpretación, y los considerados en las resoluciones que emitan los tribunales internacionales.

La Corte IDH ha resuelto tres casos importantes relacionados con la garantía del derecho de acceso a la información y los principios que deben regir sus limitaciones, específicamente en lo relativo a las causas de reservas de información: *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, y *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*.<sup>16</sup>

En el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*,<sup>17</sup> la Corte IDH consideró que cuando existan violaciones a derechos humanos las autoridades estatales no pueden ampararse en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información ni en razones de interés público o de seguridad nacional para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de llevar a cabo investigaciones o proce-

<sup>16</sup> Cabe destacar también como precedente el caso *Robert W. Gauthier vs. Canadá* que fue sustanciado ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el cual tuvo como origen el acceso reservado que tenían los miembros de una asociación profesional de periodistas a las instalaciones del Parlamento Federal de Canadá. En su resolución del 7 de abril de 1999 el Comité estableció que los ciudadanos, en particular por conducto de los medios de información, deberían tener amplio acceso a la información y la posibilidad de difundir información y opiniones sobre las actividades realizadas por los órganos del Estado conformados mediante elección popular. Además, consideró que la negación del derecho a presenciar las sesiones del Parlamento situaba a los periodistas no afiliados en desventaja respecto de los miembros de la asociación, lo que derivaba en una restricción a su derecho de acceso a la información. El Comité determinó que no se demostró que el sistema de acreditación fuera un obstáculo necesario y proporcional de los derechos —como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19, numeral 2— que estuviera encaminado a garantizar el funcionamiento eficaz del Parlamento federal y la seguridad de sus miembros, por lo que la limitación del acceso a los periodistas a las instalaciones de la prensa del Parlamento por el hecho de no ser miembros de la asociación constituía una violación a dicho artículo del instrumento señalado. Daniel O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., México, OACNUDH/TSJDF, 2012, pp. 733-734.

<sup>17</sup> Los hechos que dieron origen al caso ocurrieron el 11 de septiembre de 1990 en la ciudad de Guatemala, cuando Myrna Mack Chang fue privada arbitrariamente de la vida como consecuencia de una operación de inteligencia militar que obedeció a un plan previo y cuidadosamente elaborado por el alto mando del Estado Mayor Presidencial. El Estado de Guatemala encubrió a los autores materiales e intelectuales del asesinato, entorpeció la investigación judicial y, en la medida de lo posible, dejó el asesinato inmerso en la impunidad, pues no utilizó todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirviera de fundamento para el esclarecimiento completo de los hechos y el procesamiento, juicio y sanción de todos los responsables dentro de un plazo razonable. Además, esta situación se agravó por la existencia y tolerancia de mecanismos de hecho y de derecho que obstaculizaron una adecuada administración de justicia por parte del Estado de Guatemala. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101, párr. 4.

sos pendientes de resolución.<sup>18</sup> Además, planteó que las medidas encaminadas a controlar los trabajos de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, pues las condiciones de reserva bajo las cuales se conducen podrían derivar en la comisión de violaciones a los derechos humanos y de ilícitos penales.<sup>19</sup>

En cuanto al caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*,<sup>20</sup> la Corte IDH señaló que el derecho de acceso a la información admite restricciones —entre ellas la reserva de información—, las cuales deben cubrir los siguientes requisitos: primero, estar previamente fijadas en una ley como el medio óptimo que permita asegurar que no queden al arbitrio del poder público, y que dichas leyes sean dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido creadas; segundo, que respondan a un objetivo permitido por la CADH, es decir, que sean necesarias para garantizar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público y la salud y moral públicas; y tercero, que sean necesarias en una sociedad democrática, lo cual depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, esto significa que entre varias opciones que existan para alcanzar ese objetivo se debe escoger la que acote en menor medida el derecho protegido.<sup>21</sup>

Lo anterior se debe a que en una sociedad democrática resulta indispensable que las autoridades públicas rijan su actuación con base en el principio de máxima divulgación, el cual consiste en la presunción de que toda la información en su posesión es accesible aunque puede estar sujeta a un sistema confinado de excepciones, por lo que corresponde al Estado demostrar que su limitación cumple con los requisitos anteriormente señalados.<sup>22</sup>

El establecimiento de restricciones al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado por parte de las autoridades sin que haya el debido respeto a los límites convencionales puede dar lugar a un escenario en el cual las autoridades estatales actúen de forma

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, párr. 180.

<sup>19</sup> *Ibidem*, párr. 284.

<sup>20</sup> Los hechos que dieron origen al caso habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa por parte del Estado de Chile para brindar a Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola toda la información que habían solicitado al Comité de Inversiones Extranjeras respecto de la empresa forestal Trillium y el proyecto Río Condor, un plan de deforestación que se realizaría en la décima segunda región de Chile y que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de ese país. Tal negativa fue dada sin que el Estado argumentara una justificación válida de conformidad con la legislación chilena. Además, a estas personas supuestamente no les fue otorgado un recurso judicial efectivo para que impugnar una violación a su derecho de acceso a la información, no les fueron garantizados sus derechos de acceso a la información y a la protección judicial ni contaron con los mecanismos necesarios para que se les respetara su derecho de acceso a la información pública. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párr. 2.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrs. 88-91.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrs. 92-93.

discrecional y arbitraria en la clasificación de la información considerada como reservada o confidencial, lo que a su vez produciría inseguridad jurídica en cuanto al ejercicio de ese derecho y de las facultades del Estado para circunscribirlo.<sup>23</sup>

Por ello, de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2º de la CADH, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos protegidos en ella, lo cual implica tanto la eliminación de las disposiciones y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. En particular, ello implica que la legislación que regule las reducciones al acceso a la información bajo el control del Estado cumpla con los parámetros convencionales y sólo pueda realizar acotaciones por las razones permitidas en la CADH, lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.<sup>24</sup>

En el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*,<sup>25</sup> la Corte IDH expresó que cuando las investigaciones judiciales se traten de hechos punibles la decisión de considerar a la información como reservada o confidencial y de negar su acceso nunca podrá depender sólo de un órgano estatal a cuyos integrantes se les atribuya la comisión del hecho ilícito ni puede quedar a su discreción la resolución final sobre la existencia de la información requerida.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrs. 94-95 y 98.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párr. 101.

<sup>25</sup> Los hechos que dieron origen al caso iniciaron en abril de 1964 cuando un golpe militar derrocó al gobierno constitucional del presidente João Goulart. A raíz de ello el establecimiento del régimen militar estuvo caracterizado por la consolidación de un aparato represor que asumió las características de un poder paralelo al del Estado, pues ocurrió una ofensiva directa en contra de los grupos armados de oposición entre 1969 y 1974. En este escenario surgió la Guerrilha do Araguaia como un movimiento de resistencia en contra del régimen militar que operaba mediante la construcción de un ejército popular de liberación y que estaba compuesto por algunos miembros del nuevo Partido Comunista de Brasil. Entre abril de 1972 y enero de 1975 un contingente de entre tres mil y 10 mil efectivos del Ejército, la Marina, la fuerza aérea y de las policías federal y militar emprendió campañas continuas de información y represión en contra de los integrantes de la Guerrilha do Araguaia. A finales de 1974 no había más guerrilleros en Araguaia y se tiene información de que sus cuerpos fueron desenterrados y quemados o arrojados a los ríos de la región. De acuerdo con la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, hubo alrededor de 354 muertos y desaparecidos políticos. El 28 de agosto de 1979, después de su aprobación por parte del Congreso Nacional, fue autorizada la Ley núm. 6.683/79 que le concedió amnistía a quienes cometieron crímenes políticos o relacionados con éstos en el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, por lo que en virtud de esa ley de amnistía hasta el momento el Estado de Brasil no ha investigado, procesado ni sancionado penalmente a los responsables de las violaciones a derechos humanos cometidas durante el régimen militar, incluidas las de este caso. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párrs. 85-86, 88-90 y 134-135.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párrs. 200 y 202.

Por lo tanto, los poderes públicos deben actuar de buena fe y realizar las medidas necesarias para respaldar la efectividad y protección del derecho de acceso a la información, sobre todo cuando se trata de conocer la verdad de lo sucedido respecto de casos de violaciones graves a derechos humanos como desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales; de lo contrario, se generaría inseguridad jurídica en cuanto al ejercicio de ese derecho.<sup>27</sup>

Las víctimas de violaciones graves a derechos humanos, sus familiares y toda la sociedad en general tienen derecho a conocer la verdad sobre las atrocidades cometidas en el pasado, por lo que en ningún caso las autoridades del Estado deben negar a aquellas que investiguen violaciones a derechos humanos la información que pudiese ayudar a esclarecerlas. De no ser así, se atentaría contra el orden público y la seguridad nacional cuyos fundamentos son el respeto a los derechos humanos y el sometimiento de los servidores públicos a la ley; se comprometería la posibilidad de resolver los crímenes cometidos y con ello el derecho de las víctimas y sus familiares para acceder a la justicia; y se quebrantaría la *igualdad de armas* –principio medular del debido proceso–, ya que si la autoridad que niega el acceso a la información es la misma acusada por la acción u omisión relacionada con las agresiones cometidas, la víctima quedaría imposibilitada para demostrar sus argumentos.<sup>28</sup>

La privación continua de la verdad sobre el destino de una persona desaparecida constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para sus familiares cercanos, pues mantenerlos en la ignorancia al impedirles el acceso a información relevante y veraz sobre su condición equivale a ponerlos en una situación equiparada con la tortura.<sup>29</sup>

Conocer la verdad sobre los crímenes es fundamental en tres dimensiones: primero, para que las víctimas directas sepan todo sobre los crímenes de los que fueron objeto y las razones que los motivaron, y para desmentir toda acusación falsa que haya podido realizarse en su contra durante la comisión del delito; segundo, para que los familiares de éstas sepan qué les ocurrió y cuál es su paradero; y tercero, para que la sociedad entera entienda las circunstancias y razones que generaron esas violaciones, lo cual garantiza que no se repitan y preserve la memoria colectiva de los crímenes ocurridos.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem*, párr. 211.

<sup>28</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2ª ed., Washington, D. C., CIDH/OEA, 2012, pp. 33-36.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>30</sup> Giulia Tamayo, “Los derechos de las víctimas de la Guerra Civil española y el franquismo en el contexto de la experiencia mundial y las obligaciones internacionales sobre verdad, justicia y reparación”, en *Entelequia. Revista interdisciplinaria*, núm. 7, septiembre de 2008, pp. 263-264.

La opacidad en la actuación de las autoridades estatales tolerada con plazos discrecionales y excesivos de reserva de información por razones de interés público y de seguridad nacional permite que las violaciones graves a derechos humanos se mantengan ocultas del conocimiento general sin que el Estado cuente con razones legítimas para ello, pues su revelación y difusión no atentaría contra el interés público o la seguridad nacional sino que, al contrario, contribuiría a la garantía del derecho a la verdad, la consolidación de la transparencia y la vigorización de la rendición de cuentas.

### III. Principio de máxima publicidad y reserva temporal

La máxima publicidad constituye uno de los principios fundamentales del derecho de acceso a la información, pues se refiere a la transparencia<sup>31</sup> con la que deben desempeñarse las autoridades públicas en el ejercicio de sus actividades ordinarias –como lo son sus actos y resoluciones– y a los fundamentos y procedimientos que utilicen para emitirlos; ello implica que toda la información que se encuentre en su poder se considera pública y accesible a los particulares, pero sometida a un régimen preciso y limitado de excepciones definido específicamente en una ley.

Para conseguir la efectividad de este principio es necesario que las autoridades respeten el principio de buena fe, el cual consiste en que al aplicar e interpretar el derecho de acceso a la información éstas se desenvuelvan de tal manera que cumplan con los fines de tal derecho que incluyen asegurar su estricta aplicación y efectividad, dar prioridad a la máxima divulgación en los actos que realicen, brindar los medios de asistencia institucionales que requieran los solicitantes, promover la cultura de la transparencia, participar en los procesos de transparencia de la gestión pública y proceder con diligencia y profesionalidad.

Con ello se garantiza el derecho de acceso a la información de los ciudadanos en sus dimensiones individual y colectiva. En el plano individual, maximiza el campo de autonomía

<sup>31</sup> La transparencia se refiere a las cualidades que tiene un flujo de información: accesibilidad, oportunidad, relevancia, verificabilidad, inclusión, inteligibilidad e integralidad, todas ellas desde la perspectiva de un tercero externo quien es el receptor de dicha información. La accesibilidad responde a *cómo* se puede tener conocimiento de ésta, la oportunidad a *cuándo*, la relevancia a *cuál y cuánta*, y la inclusión a *quiénes* (de acuerdo con el principio de que ninguno de los usuarios relevantes debe estar excluido del proceso de acceso). La verificabilidad supone considerar los mecanismos para comprobar que la información disponible corresponde a hechos efectivamente realizados y normalmente implica la existencia de un soporte documental que permita corroborar los hechos. La inteligibilidad significa que la información debe presentarse de manera clara y aprovechable para los usuarios, mientras que la integralidad conlleva que la información sea completa. Sergio López-Ayllón, “Transparencia y acceso a la información en los programas sociales. Una propuesta de política pública”, en *Seminario internacional Candados y derechos: protección de programas sociales y construcción de ciudadanía*, México, PNUD, 2007, p. 7.

personal, pues posibilita el ejercicio de la libertad de expresión al brindar información en un escenario con diversidad de datos, voces y opiniones o –en su caso– una repuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido pueda limitarse su acceso. En la dimensión colectiva, permite a la persona que recibe la información difundirla en la sociedad, de modo que pueda ser conocida y valorada por sus miembros al constituirse incluso como una herramienta de control respecto de los actos de gobierno. Además, en un plano institucional permite maximizar el uso social de la información dentro de la organización gubernamental de forma horizontal para replantear el proceso de selección, diseño, implementación, gestión y evaluación de las políticas públicas.<sup>32</sup>

El principio de máxima publicidad sólo es aplicable a la información pública gubernamental e impone una vía de actuación a todos los sujetos obligados en la aplicación e interpretación del derecho de acceso a la información, por lo que en caso de duda razonable siempre deberán privilegiar la divulgación de aquella o, en su defecto, generar versiones públicas de los documentos reservados.

La excepción al principio de máxima de publicidad es la reserva de información por causas de interés público, de seguridad nacional y las relativas al cumplimiento del derecho de protección de datos personales de terceros, las cuales adquieren relevancia para un Estado en tanto que puede sustraer del conocimiento público –y sólo temporalmente– información cuya reserva obedezca a un espacio racional de protección de intereses superiores de una comunidad que en caso de ser publicada pudiera causarles un daño.<sup>33</sup> Para verificar esto las autoridades deben realizar la prueba de daño, que consiste en acreditar de manera fundada y motivada que la información encuadre en alguno de los casos de excepción previsto en la ley; que su publicación pueda, en efecto, poner en riesgo el interés protegido por la ley al producir un daño presente, probable y específico en el caso concreto; y que el daño que pueda causarse con su difusión sea mayor que el interés público de conocerla.

Las razones de interés público se oponen a las de interés privado, por lo que no puede ser justificable reservar temporalmente el acceso a determinada información pública sólo para tutelar un interés particular, aun cuando éste sea legítimo. Las causas de reserva deben responder

<sup>32</sup> Sergio López-Ayllón, “La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales?”, en Pedro Salazar Ugarte (coord.), *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, Ifai/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Doctrina Jurídica, núm. 426), 2008, pp. 5-7.

<sup>33</sup> Jorge Bustillos Roqueñí, “Máxima publicidad y la reserva de información como excepción”, en Miguel Carbonell (coord.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, México, Ifai/Info-DF/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Estudios Jurídicos, núm. 121), 2007, p. 46.

a una afectación real y objetiva que vaya más allá de las personas directamente involucradas y que se relacione con razones colectivas o generales,<sup>34</sup> por lo cual con la prueba de interés público se reducen de modo notable los márgenes de manejo discrecional de la información.

Las pruebas de daño y de interés público son los referentes que las autoridades públicas deben acreditar al realizar la clasificación de la información, en donde tienen que señalar un plazo razonable, necesario y proporcional durante el que deberá estar reservada la información del conocimiento público, el cual los ciudadanos podrán conocer con el fin de considerarlo y en su caso combatirlo ante las instancias competentes. Sin embargo, las causas de reserva deben ser la excepción a la regla de máxima publicidad y ser interpretadas de forma restringida al tratarse de la limitación de un derecho fundamental. La persona que solicita el acceso a información reservada deberá recibir una respuesta fundada y motivada del sujeto obligado sobre la negativa de acceso que le permita conocer los motivos precisos por los cuales éste no es posible y que garantice que la decisión no fue discrecional o arbitraria.

Las excepciones al principio de máxima publicidad deben ser restringidas, precisas y claras, por lo que solamente los casos previstos de manera expresa en la legislación secundaria expedida por el órgano legislativo competente pueden determinar qué se debe entender por información reservada, qué tipo de información puede ser objeto de reserva y cuáles son los supuestos a partir de los cuales procede dicha clasificación. Esta reserva opera en cuanto al contenido de los documentos públicos y no de su existencia, por lo que las autoridades deben cuidar y mantener debidamente los datos durante su periodo de vigencia con el fin de que no sean alterados, destruidos u ocultados y puedan eventualmente ser difundidos.

Para que opere la desclasificación es necesario que expire el plazo de la reserva determinado por la autoridad o que dejen de existir las condiciones particulares que la motivaron, con lo que podrá otorgarse la información al solicitante sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes al respecto. En caso de conflictos de normas la ley de acceso a la información deberá subsistir; y ante la falta de regulación el derecho de acceso habrá de prevalecer. Con ello cualquier disposición o criterio que prohíba o restrinja el derecho de acceso a la información deberá ser inaplicable.

En este sentido, las versiones públicas de documentos clasificados o reservados permiten que los sujetos obligados cumplan con el principio de máxima publicidad, pues a partir de ellas se dan a conocer fragmentos de información que son de interés público, logrando así una

---

<sup>34</sup> Miguel Carbonell, “La reforma constitucional en materia de acceso a la información: una aproximación general”, en Miguel Carbonell (coord.), *op. cit.*, p. 6.

desclasificación parcial y progresiva de esos documentos sin que sea necesario esperar a que concluya el plazo de reserva que éstos tienen.

Ahora bien, por ningún motivo resulta procedente la reserva de información por evento, ya que es contrario a este derecho que existan casos de excepciones que permitan a los sujetos obligados no señalar un plazo específico al clasificar información como reservada, ya que tienen la obligación establecerlo para que los particulares conozcan el tiempo por el cual, en principio, la información permanecerá reservada.<sup>35</sup>

En México, este principio y su correlativa excepción de reserva están regulados en el artículo 6º constitucional de la siguiente manera:

- A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:
  - I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

En el nivel federal, los artículos 13 y 14 de la LFTAIPG, en cumplimiento del mandato que les otorga el artículo 6º constitucional, desarrollan las causas de clasificación de reserva de información de forma específica:

- a) *Seguridad nacional*. La que comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional.
- b) *Relaciones diplomáticas*. Aquella que menoscabe la conducción de las negociaciones o las relaciones internacionales, incluida la información que otros Estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado mexicano.
- c) *Estabilidad económica*. La que dañe la estabilidad financiera, económica o monetaria del país.

<sup>35</sup> Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, Pleno, “Criterio 11/10. Al clasificar información con carácter de reservada es necesario, en todos los casos, fijar un plazo de reserva, por lo que la clasificación de información *por evento* no resulta procedente”, 2010.

- d) *Seguridad personal*. Aquella que ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona.
- e) *Procedimientos sin resolución*. La que cause un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de leyes, prevención o persecución de delitos, impartición de justicia, recaudación de las contribuciones, operaciones de control migratorio y estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos, mientras las resoluciones no causen estado.  
Asimismo, la información relacionada con averiguaciones previas, expedientes judiciales o procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto que no hayan causado estado; y procedimientos de responsabilidades de los servidores públicos mientras no se haya dictado resolución administrativa o jurisdiccional definitiva.
- f) *Información confidencial, reservada, comercial o gubernamental confidencial*.
- g) *Secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal*.
- h) *Información deliberativa*. Aquella que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos hasta que no sea adoptada una decisión definitiva que deberá estar documentada.

Las causas de reserva se refieren a situaciones de interés público preponderante que son esenciales para el funcionamiento del Estado como son la protección de la seguridad nacional, la permanencia de las relaciones diplomáticas, la solidez de la estabilidad económica, la integridad de la seguridad de las personas, el seguimiento adecuado de los procedimientos, el aseguramiento de la información confidencial, la custodia de los secretos previstos en ley y el respeto a las deliberaciones públicas.

Esta clasificación es parte de la tendencia que han tenido las leyes de acceso a la información aprobadas en las últimas décadas y que han obligado al gobierno a detallar mediante resoluciones fundadas y motivadas las razones por las cuales cierta información debe estar restringida del conocimiento de la ciudadanía con el fin de preservar dichos valores trascendentales.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> John M. Ackerman e Irma E. Sandoval Ballesteros, “Freedom of Information Laws in Comparative Perspective”, en *Administrative Law Review*, vol. 58, núm. 1, p. 85.

#### IV. Regulaciones de plazos de reserva y mecanismos para su establecimiento en el sistema jurídico mexicano

El artículo 6º constitucional no plantea expresamente un plazo máximo por el que puede estar reservada la información. La LFTAIPG establece un límite de 12 años, pero al no ser una ley general no tiene una jerarquía normativa vinculante respecto de las regulaciones de las entidades federativas.<sup>37</sup> En la actualidad, todas ellas y el Distrito Federal cuentan con leyes de acceso a la información pública gubernamental y cada una contiene distintas ordenaciones al respecto.

A continuación se presenta un cuadro comparativo de las legislaciones federal, de las entidades federativas y del Distrito Federal en relación con cuatro aspectos: los periodos regulares de reserva, los periodos de ampliación de ésta, si requieren autorización de otra institución para poder realizar esa ampliación y si se considera la figura de afirmativa o negativa ficta<sup>38</sup> ante el silencio de la autoridad responsable de emitir una respuesta fundada y motivada sobre la solicitud de información:

**Cuadro 1.** Comparativo de leyes de acceso a la información pública gubernamental<sup>39</sup>

Entidad federativa	Fecha de publicación de la ley o de su última reforma	Plazo regular de reserva de información	Periodo de ampliación de reserva de información	Autorización de otra institución para ampliar el periodo de reserva	Afirmativa o negativa ficta
Aguascalientes	23 de septiembre de 2013, última reforma	10 años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Baja California	4 de octubre de 2013, última reforma	Cinco años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	No la requiere	Afirmativa ficta
Baja California Sur	12 de marzo de 2010, publicación	12 años	No lo contempla	No la requiere	Afirmativa ficta

<sup>37</sup> Es importante destacar que el artículo segundo transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014, dispone que el Congreso de la Unión deberá expedir la ley general del artículo 6º de la Constitución en un plazo de un año contado a partir de la fecha de su publicación.

<sup>38</sup> La figura de la afirmativa ficta es una ficción jurídica que se actualiza cuando las entidades públicas no emiten una respuesta fundada y motivada en un plazo determinado respecto de la solicitud de información realizada por los particulares, y en virtud de la cual ésta se considera concedida, por lo que las autoridades están obligadas a entregar la información en los términos solicitados. En cambio, la figura de la negativa ficta es una ficción jurídica que opera ante la falta de respuesta de las entidades públicas de emitir una resolución fundada y motivada en un plazo determinado respecto de la solicitud de información realizada por los particulares, y en virtud de la cual ésta se presume negada, por lo que los solicitantes deben acudir a los procedimientos de revisión correspondientes para controvertir esa decisión.

<sup>39</sup> Legislaciones consultadas al 23 de mayo de 2014.

**Cuadro 1.** Comparativo de leyes de acceso a la información pública gubernamental (*continuación*)

Entidad federativa	Fecha de publicación de la ley o de su última reforma	Plazo regular de reserva de información	Periodo de ampliación de reserva de información	Autorización de otra institución para ampliar el periodo de reserva	Afirmativa o negativa ficta
Campeche	21 de enero de 2013, última reforma	10 años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	Sí, del organismo garante	Ninguna
Chiapas	16 de noviembre de 2011, última reforma	Seis años	Seis años más	Sí, de la instancia correspondiente	Ninguna
Chihuahua	25 de diciembre de 2013, última reforma	Seis años	Seis años más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Coahuila	14 de octubre de 2012, última reforma	Ocho años	Ocho años más	No la requiere	Negativa ficta
Colima	26 de octubre de 2013, publicación	Siete años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	Sí, del organismo garante	Negativa ficta
Distrito Federal	14 de marzo de 2014, última reforma	Siete años	Cinco años más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta; en el caso de información restringida será negativa ficta
Durango	30 de mayo de 2013, última reforma	12 años	Seis años más	Sí, del organismo garante	Negativa ficta
Estado de México	29 de julio de 2013, última reforma	Nueve años	Nueve años más	Sí, del organismo garante	Negativa ficta
Federal	8 de junio de 2012, última reforma	12 años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Guanajuato	18 de octubre de 2013, publicación	Cinco años	Tres años más. En casos excepcionales continuará la reserva por periodos semestrales	Sí, del organismo garante	Negativa ficta
Guerrero	15 de junio de 2010, publicación	10 años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	No la requiere	Negativa ficta
Hidalgo	29 de diciembre de 2006, publicación	12 años	12 años más	No la requiere	Ninguna
Jalisco	8 de agosto de 2013, publicación	Seis años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	No la requiere	Afirmativa ficta
Michoacán	16 de julio de 2009, última reforma	Seis años	Cuatro años más	Sí, del organismo garante	Negativa ficta

**Cuadro 1.** Comparativo de leyes de acceso a la información pública gubernamental (*continuación*)

Entidad federativa	Fecha de publicación de la ley o de su última reforma	Plazo regular de reserva de información	Periodo de ampliación de reserva de información	Autorización de otra institución para ampliar el periodo de reserva	Afirmativa o negativa ficta
Morelos	18 de enero de 2012, última reforma	Cuatro años si se trata de información en posesión de autoridades municipales y del Poder Legislativo. Siete años en caso de información en posesión del resto de las entidades públicas	En ambos casos contempla la posibilidad de ampliar el plazo por un periodo similar y por una sola vez	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Nayarit	16 de diciembre de 2013, última reforma	10 años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	Sí, del organismo garante	Negativa ficta, pero se condena al sujeto obligado a entregar la información
Nuevo León	17 de septiembre de 2012, última reforma	Siete años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	No la requiere	Negativa ficta
Oaxaca	última reforma de 06/09/2013	10 años	Cinco años más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Puebla	31 de diciembre de 2011, publicación	Siete años	Cinco años más	No la requiere	Ninguna
Querétaro	9 de noviembre de 2012, última reforma	10 años	Cuatro años más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Quintana Roo	5 de abril de 2014, última reforma	Siete años	10 años más con la posibilidad de ampliarlo hasta por otros 10 años más	Sí, del organismo garante	Negativa ficta
San Luis Potosí	7 de mayo de 2013, última reforma	Cuatro años si se trata de información en posesión de autoridades municipales y del Poder Legislativo. Siete años en caso de información en posesión del resto de los entes obligados	En ambos casos contempla la posibilidad de ampliar el plazo hasta por un periodo similar y por una sola vez	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Sinaloa	20 de agosto de 2008, última reforma	Ocho años	Sí lo contempla, pero no especifica por cuánto tiempo más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta

**Cuadro 1.** Comparativo de leyes de acceso a la información pública gubernamental (*continuación*)

Entidad federativa	Fecha de publicación de la ley o de su última reforma	Plazo regular de reserva de información	Periodo de ampliación de reserva de información	Autorización de otra institución para ampliar el periodo de reserva	Afirmativa o negativa ficta
Sonora	12 de agosto de 2013, última reforma	10 años	Siete años más	No la requiere	Afirmativa ficta en caso de que no sea notificada la solicitud de información pública que haya sido aceptada, rechazada o declinada por razón de competencia
Tabasco	26 de diciembre de 2007, última reforma	Siete años	Siete años más, y en casos excepcionales este plazo podrá renovarse	No la requiere	Afirmativa ficta
Tamaulipas	23 de mayo de 2013, última reforma	12 años si se trata de entes públicos estatales. Seis años en caso de entes públicos municipales	En ambos casos contempla la posibilidad de ampliar el plazo por un periodo similar	No la requiere	Afirmativa ficta; en el caso de información restringida será negativa ficta
Tlaxcala	última reforma de 06/09/2012	12 años	12 años más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta
Veracruz	26 de agosto de 2013, última reforma	El sujeto obligado determinará un plazo estimado de reserva sin que la desclasificación opere automáticamente una vez agotado dicho plazo	No lo contempla	No la requiere	Afirmativa ficta
Yucatán	25 de julio de 2013, última reforma	Seis años	Seis años más	Sí, del organismo garante	Negativa ficta
Zacatecas	29 de junio de 2011, publicación	10 años	10 años más	Sí, del organismo garante	Afirmativa ficta

**Fuente:** Elaboración propia con base en las leyes de acceso a la información pública gubernamental consultadas.

La interpretación que realizan los órganos legislativos federal y de las entidades federativas del principio constitucional de máxima publicidad que deben respetar los sujetos obligados y su correspondiente excepción de reserva de información es heterogénea y desproporcionada, por lo que no existe certeza sobre el respeto y garantía del derecho fundamental de acceso a la información en el sistema jurídico mexicano.

En particular, a partir del cuadro anterior es posible afirmar lo siguiente:

1. Al observar las legislaciones que reglamentan expresamente los plazos de reserva y los de su ampliación se percibe una gran diferencia entre los distintos plazos máximos de reserva, pues el menor es de 10 años y el mayor es de 27.
2. Algunas legislaciones no regulan de forma específica el periodo máximo por el que puede ser ampliado el plazo de reserva.
3. Para poder extender dicho plazo en algunas legislaciones está reglamentada la necesidad de la aprobación de esa decisión ante el instituto garante del acceso a la información, pero en otras no.
4. Existen algunas normas que contemplan la configuración de la afirmativa ficta o de la negativa ficta ante el silencio de los sujetos obligados a otorgar una respuesta fundada y motivada a las solicitudes de información, mientras que otras no abordan ninguna de las dos.

Si bien las entidades federativas tienen la libertad de regular el contenido del derecho de acceso a la información en el ámbito de sus respectivas competencias dentro del ejercicio de su soberanía mediante la emisión de sus propias legislaciones, éstas no pueden exceder ni contrariar los límites constitucionales ni convencionales, ya que jurídicamente no deben existir diferentes niveles de protección de este derecho pues ello dificultaría su ejercicio, desprotegería su objeto y limitaría su alcance.

El establecimiento de las excepciones al derecho de acceso a la información y en especial lo relativo a la fijación de sus plazos de reserva, la modalidad y el tiempo de su ampliación, y la actualización de la afirmativa ficta o negativa ficta deben partir de estándares mínimos que las entidades federativas tengan que respetar y cuya modificación no pueda estar sujeta libremente a su competencia.

## **v. La restricción al derecho de acceso a la información a partir del establecimiento discrecional y excesivo de sus plazos de reserva**

En el sistema jurídico mexicano no existe una garantía homogénea del derecho de acceso a la información, pues las legislaciones de la federación y algunas de las entidades federativas violan el principio de máxima publicidad que sustenta este derecho en los cuatro aspectos siguientes:

1. Los plazos excesivos de reserva de información no respetan el principio de buena fe con el que se deben conducir las autoridades públicas al aplicar e interpretar el derecho de acceso a la información, pues no dan prioridad a la máxima divulgación de sus actos y resoluciones.
2. La ausencia de una regulación expresa de los periodos máximos por los que pueden ser ampliados los plazos de reserva da lugar a situaciones graves de opacidad, ya que los sujetos obligados pueden establecer este plazo de forma indefinida y así abusar de los fines para los que fue concebido el régimen restringido de excepciones que acota el principio de máxima publicidad.
3. La falta de autorización del organismo garante del acceso a la información de la ampliación del plazo de reserva le otorga a los sujetos obligados la facultad discrecional de mantener en secrecía la información que tienen en su poder, sin que otro organismo pueda intervenir en esa decisión.
4. La actualización de la figura de la negativa ficta obliga a los particulares a que tengan que agotar el procedimiento de revisión ante el órgano garante del acceso a la información –e incluso ante una instancia jurisdiccional– para poder tener acceso a la información; esto viola el principio de máxima publicidad porque las legislaciones estatales que la regulan no presumen que toda la información en posesión de los sujetos obligados es pública y accesible, sino que anticipa que la opacidad es la regla y la divulgación de la información la excepción.

El caso más grave que contempla plazos discrecionales y excesivos de reserva de información es la legislación de Veracruz, la cual le otorga a los sujetos obligados la facultad de manejar a su conveniencia la información que tienen en su poder al señalar que éstos podrán establecer un plazo estimado en el que la información estará clasificada como reservada, sin que opere su desclasificación de forma automática aun cuando haya concluido dicho plazo. Esta reserva de información por evento vulnera gravemente el principio de máxima publicidad y su excepción de reserva temporal, pues impide que los particulares tengan certeza del tiempo por el que la información estará reservada, en principio.

Si bien los intereses fundamentales de seguridad, diplomacia, economía, integridad personal, resguardo procesal y custodia de confidencialidad deben ser protegidos, la determinación de qué tipo de información puede clasificarse como reservada del conocimiento público por parte de las autoridades debe estar sometida a una estricta, limitada y restringida fundamentación y motivación.

Por ello, la imposición discrecional y excesiva de plazos de reserva sin que opere la afirmativa ficta ante el silencio de los sujetos obligados de emitir una respuesta fundada y motivada

respecto de las solicitudes de información viola el principio constitucional de máxima publicidad y restringe el ejercicio del derecho de acceso a la información, ya que condiciona la divulgación de la información a decisiones unilaterales de los propios sujetos obligados sin que intervenga otra institución para confirmar, modificar o revocar esa decisión; además de que excede la protección permitida de los intereses superiores referidos.

La operación de la desclasificación de la información debe manejarse, por regla general, a partir del cumplimiento del plazo máximo de reserva y, como excepción, por la desaparición de las condiciones particulares que la motivaron, situación que no puede darse si los sujetos obligados fijan los plazos de reserva de forma disimulada y excesiva.

La decisión de considerar a la información como reservada o confidencial, establecer los plazos máximos de reserva y negar su acceso por medio de la configuración de la negativa ficta nunca debe depender sólo del sujeto obligado que produce la información, porque esto llevaría a escenarios en los que dichas autoridades estatales podrían actuar de manera autoritaria, opaca y discrecional.

En este sentido, los sujetos obligados ocultan información a partir de la figura de reserva de la información por causas de seguridad nacional, interés público y las relacionadas con derechos de terceros cuando en realidad buscan los siguientes objetivos:

- Conservar una posición de preeminencia política o burocrática basada en la posesión de ventajas informativas y técnicas frente a otros competidores.
- Preservar su estabilidad en el cargo o evadir responsabilidades penales o administrativas al evitar que sean difundidos actos de corrupción, negligencia, omisión o ineficiencia, o que se den a conocer malos desempeños o errores de altos funcionarios.
- Reducir las críticas del escrutinio público por decisiones o acciones que sean polémicas.
- Encubrir incongruencias de información entre las diversas agencias estatales que pueda demostrar una falta de coordinación y comunicación entre ellas.
- Retardar la entrega de información para reducir posibles daños políticos o electorales en lugar de generar un escándalo mediático.<sup>40</sup>

El secreto excesivo en las actividades estatales asegura la arbitrariedad y la falta de control del poder, pues evita la vigilancia y fiscalización de otros organismos gubernamentales o de

---

<sup>40</sup> Eduardo Guerrero Gutiérrez, *Transparencia y seguridad nacional*, México, Ifai (Cuadernos de transparencia, núm. 18), 2010, pp. 24-25.

la propia ciudadanía; así como la capacidad de sancionar a los servidores públicos cuando se extralimiten en sus actuaciones o incurran en omisiones en el marco de sus facultades.

La opacidad prolongada restringe la eficiencia gubernamental porque impide la creación de canales de comunicación eficientes y colaborativos entre las dependencias administrativas y los organismos públicos para solucionar los problemas que enfrentan en conjunto, evaluar su nivel de cooperación y encontrar nuevas oportunidades de coadyuvar. Lo anterior impide la eficiencia gubernamental para seleccionar, diseñar, implementar, gestionar y evaluar las políticas públicas; y para crear altos estándares de integridad profesional en el ejercicio de las funciones públicas.

La falta de información constante y relevante que este disponible para el conocimiento de la sociedad reduce la posibilidad de que los ciudadanos le den un valor agregado que les permita solucionar problemas públicos mediante la creación de plataformas alternativas sin que haya la necesidad de que el gobierno intervenga. E incluso pudieran existir intereses políticos detrás del ocultamiento extenso de información que no abonan al aseguramiento de la rendición de cuentas de las autoridades públicas y, en consecuencia, al desarrollo democrático de las instituciones.

Por lo tanto, las legislaciones federal y estatales en los ámbitos analizados no responden a un interés general ni al propósito por el cual fueron establecidas, al exceder los objetivos legítimos que tiene el régimen de excepción del principio de máxima publicidad para proteger el interés público, la seguridad nacional y los derechos de terceros, pues la opción de fijar plazos discrecionales y excesivos de reserva de información no es la medida más óptima ni legítima para limitar el derecho de acceso a la información.

La publicidad de la actuación de las autoridades estatales garantiza la imparcialidad y la transparencia de sus decisiones, lo que se aleja de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas de la función pública cuyo cumplimiento debe ser exigido por parte de la comunidad.<sup>41</sup>

En los procesos exitosos y auténticos de transición a la democracia el derecho de acceso a la información ha sido una herramienta fundamental para disolver los enclaves autoritarios que buscan perpetuarse ante el cambio, impulsar el esclarecimiento de las atrocidades del pasado

---

<sup>41</sup> César Augusto Orrego Azula, “Principio de publicidad y el sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública en el Perú”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 319.

al permitir reconstruirlo, reconocer los errores cometidos, reparar a las víctimas y conformar una opinión pública realmente informada que abone a la recuperación democrática y a la reconstrucción de Estado de derecho.<sup>42</sup>

En estos procesos de transición el respeto pleno al derecho de acceso a la información ayuda a garantizar tanto los derechos de las víctimas como la verdad, la justicia y la reparación. La adopción de mecanismos adecuados del derecho de acceso a la información deja conocer la verdad sobre las violaciones graves a derechos humanos que se han cometido; asegura la implementación de medidas de no repetición de los hechos del pasado; promueve la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal; y previene la corrupción y el autoritarismo.<sup>43</sup> Con ello, la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información contribuyen a garantizar el derecho a la verdad, la transparencia y el desarrollo democrático que ayuden a evitar el surgimiento de nuevas violaciones graves a derechos humanos.

Por lo tanto, resulta importante que el Congreso de la Unión, al expedir la ley general del artículo 6º de la CPEUM, establezca expresamente los plazos de reserva regulares y el periodo máximo por el que puedan ser ampliados; el compromiso de los sujetos obligados de solicitar la autorización del organismo garante competente para ampliar el plazo de reserva; y la aplicación de la afirmativa ficta para que, en caso de que las autoridades no emitan una respuesta fundada y motivada respecto de las solicitudes de información, ésta se entienda por concedida y deba ser cumplida en los términos requeridos.

Asimismo, los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, al resolver casos relacionados con plazos discrecionales y excesivos de reserva de información o de configuración de negativa ficta ante el silencio de los sujetos obligados, deben dar prioridad al derecho de acceso a la información en los términos de los tratados internacionales y su interpretación, y a las consideraciones emitidas en las resoluciones de tribunales internacionales –en especial de la Corte IDH– al dejar de aplicar las disposiciones o criterios que en el sistema jurídico mexicano limiten y restrinjan el ejercicio de este derecho.

Además, los organismos garantes del derecho de acceso a la información en los ámbitos federal, estatal y del Distrito Federal deben realizar prácticas y formular políticas públicas que promuevan la cultura de la transparencia y el cumplimiento del principio de máxima publicidad entre los sujetos obligados, las cuales contrarresten las regulaciones que les permiten actuar con secrecía y discrecionalidad.

<sup>42</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 37.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 39-40 y 46.

## VI. Consideraciones finales

Las legislaciones de la federación y de algunas entidades federativas otorgan a las autoridades públicas márgenes de discrecionalidad en la instauración de plazos de reserva que violan el principio de máxima de publicidad y que no respaldan la efectividad, garantía ni protección del derecho de acceso a la información, ya que dificultan que las personas puedan investigar y recibir informaciones al encontrarse reservadas por periodos cuya prolongación excesiva no puede estar justificada. Además, generan incertidumbre jurídica en cuanto a las facultades que tiene el Estado para limitar este derecho debido a que se acota la información que los individuos pueden compartir con la sociedad para que sea valorada y conocida por sus miembros de cara a la construcción integral de la opinión pública que contribuya a su progreso y desarrollo.

Las intenciones políticas, burocráticas, mediáticas y laborales que hay detrás de la reserva de información por plazos excesivos generan márgenes de opacidad que fomentan el autoritarismo y la corrupción porque se no se tiene la certeza de que estas causas de reserva realmente obedezcan a la protección de los intereses superiores de la comunidad. Si el establecimiento de la clasificación de información fundamental relacionada con razones de seguridad, diplomacia, economía, integridad personal, resguardo procesal y custodia de confidencial se realiza de forma discrecional, excesiva y unilateral se restringe la posibilidad de que los particulares puedan saber de su existencia para conocerla, valorarla y difundirla. La divulgación de un secreto del gobierno puede representar, al mismo tiempo, un costo y un beneficio; esto es que puede ser dañina para la seguridad nacional o el interés público, pero también resultar valiosa para la rendición de cuentas.<sup>44</sup>

En una sociedad democrática las autoridades públicas deben actuar apegadas al principio de máxima publicidad y participar activamente con los organismos garantes para que sus resultados se vean reflejados en la disposición de plazos razonables, necesarios y proporcionales de reserva de información que cumplan estrictamente con las razones de interés general y para el fin que fueron impuestos, en especial cuando se desea saber la verdad de lo sucedido en caso de violaciones graves a derechos humanos y que ello no dé lugar a escenarios de inseguridad jurídica respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información.

---

<sup>44</sup> Eduardo Guerrero Gutiérrez, *op. cit.*, p. 14.

La determinación de plazos de reserva por parte de las autoridades estatales refleja la buena fe con la que actúan en cumplimiento del nivel de transparencia y publicidad que quieren alcanzar, y su compromiso con la garantía integral del derecho de acceso a la información.

México continúa en el sendero de la transición democrática con promesas que por diversas razones no han podido cumplirse –como el combate a la corrupción, la erradicación de la impunidad y la sustanciación de procesos de fincamiento de responsabilidades e ilícitos cometidos en administraciones anteriores–. Éstos son factores que no han permitido que el Estado pueda cumplir con los grandes retos a los que se ha enfrentado en las últimas décadas como la disminución de la pobreza, la distribución equitativa de la riqueza y la consolidación de tasas de crecimiento económico suficientes que garanticen el efectivo goce de otros derechos fundamentales.

Para que México se pueda encaminar hacia su consolidación como Estado democrático y la ciudadanía aumente su confianza en las instituciones, los actos de los poderes públicos y la información en poder de las autoridades estatales que les sirve de fundamentación y motivación deben ser conocidos por todos los ciudadanos, y en los cuales la reserva de información debe ser una última excepción razonable y proporcional.

El derecho de acceso a la información pública es una herramienta fundamental para disolver los pilares autoritarios que siguen prevaleciendo en nuestro país, esclarecer los crímenes perpetrados en el pasado, reparar a las víctimas, reconocer los errores cometidos, asegurar la no repetición de las violaciones ocurridas, promover la rendición de cuentas, garantizar la transparencia, consolidar el Estado de derecho y fortalecer las vías que permitan un auténtico desarrollo democrático.

## VII. Bibliografía

- Ackerman, John M., e Irma E. Sandoval Ballesteros, “Freedom of Information Laws in Comparative Perspective”, en *Administrative Law Review*, vol. 58, núm. 1, pp. 85-130.
- Bustillos Roqueñí, Jorge, “Máxima publicidad y la reserva de información como excepción”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, México, Ifai/Info-DF/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Estudios Jurídicos, núm. 121), 2007, pp. 37-70.
- Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia de acceso a la información: una aproximación general”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, México, Ifai/Info-DF/

- Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Estudios Jurídicos, núm. 121), 2007, pp. 1-22.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917; última reforma publicada el 10 de febrero de 2014.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.
- , *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219.
- , *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108º periodo ordinario de sesiones, 2 a 20 de octubre de 2000.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.
- Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014.
- Guerrero Gutiérrez, Eduardo, *Transparencia y seguridad nacional*, México, Ifai (Cuadernos de transparencia, núm. 18), 2010, 54 pp.
- Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, Pleno, “Criterio 11/10. Al clasificar información con carácter de reservada es necesario, en todos los casos, fijar un plazo de reserva, por lo que la clasificación de información *por evento* no resulta procedente”, 2010.
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002; última reforma publicada el 8 de junio de 2012.
- López Ayllón, Sergio, “La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales?”, en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *El derecho de acceso a la información en la*

- Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, Ifai/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Doctrina Jurídica, núm. 426), 2008, pp. 1-34.
- , “Transparencia y acceso a la información en los programas sociales. Una propuesta de política pública”, en *Seminario internacional Candados y derechos: protección de programas sociales y construcción de ciudadanía*, México, PNUD, 2007, 49 pp.
- Luna Pla, Issa, *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Doctrina Jurídica, núm. 605), 2009, 199 pp.
- O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., México, OACNUDH/TSJDF, 2012.
- Orrego Azula, César Augusto, “Principio de publicidad y el sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública en el Perú”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 315-340.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.
- Pleno, “Garantías individuales (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6º también constitucional”, tesis aislada P. LXXXIX/96 en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. III, junio de 1996, p. 513.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2ª ed., Washington, D. C., CIDH/OEA, 2012.
- Segunda Sala, “Información. Derecho a la, establecido por el artículo 6º de la Constitución federal”, tesis aislada 2a. I/92 en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. X, agosto de 1992, p. 44.
- Tamayo, Giulia, “Los derechos de las víctimas de la Guerra Civil española y el franquismo en el contexto de la experiencia mundial y las obligaciones internacionales sobre verdad, justicia y reparación”, en *Entelequia. Revista interdisciplinaria*, núm. 7, septiembre de 2008, pp. 255-271.

# ENSAYOS TEMÁTICOS

## La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad

Alda Facio



## Resumen

El presente texto ofrece una sencilla aproximación sobre el contenido y alcance del derecho humano a la igualdad, específicamente entre hombres y mujeres, a través de la consideración de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Lo que se pretende es brindar una traducción clara respecto de lo que desde el punto de vista jurídico debe entenderse por igualdad, a fin de que los gobiernos logren diseñar estrategias y pautas de actuación que permitan desmitificar el principio de igualdad.

*Palabras clave: igualdad, no discriminación, derechos humanos, mujeres, obligaciones, género.*

## Abstract

This paper aims to offer a simple explanation about the content and scope of equality, specially between men and women, through the consideration of the international obligations of respect, protection, guarantee and promotion of human rights. It's principal purpose is to offer a clear translation of what, from a legal perspective, must be understood by equality, in order to promote governments to be able to design strategies and specific actions that lead to the demystification of equality.

*Keywords: equality, non-discrimination, human rights, women, obligations, gender.*

## Sumario

I. Introducción; II. El concepto de igualdad; III. Los tres niveles de obligaciones de la responsabilidad estatal; IV. Algunos principios rectores de los derechos humanos que los Estados deben tomar en cuenta al cumplir sus obligaciones de respetarlos, protegerlos y garantizarlos; V. Las obligaciones estatales según la CEDAW; VI. Conclusión.

## 1. Introducción

Aunque en este ensayo me enfocaré principalmente en la responsabilidad que tienen los Estados de asegurar a todas las mujeres el goce de todos sus derechos humanos a través del logro de la igualdad sexual y de género, no quisiera hablar de esa responsabilidad sin primero hacer un breve comentario sobre el concepto en sí. Por ello en la segunda parte analizaré el concepto de igualdad como derecho humano, tratando de diferenciar la igualdad/ semejanza como se entiende en el lenguaje popular de la igualdad/derecho humano. En el tercer apartado abordaré los tres niveles de obligaciones del Estado respecto de los derechos humanos, y en el cuarto incluiré una breve descripción de algunos principios rectores de los derechos humanos en un intento por desmontar la idea de que se debe ir más allá de la igualdad para lograr una justicia social. En un quinto apartado desarrollaré la responsabilidad estatal en relación con la igualdad según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

Pero antes de iniciar el próximo apartado sobre el concepto de igualdad quisiera recordar que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y en todos los subsiguientes tratados internacionales se establece el derecho a la igualdad entre todas las personas, de manera que entender la igualdad como un derecho humano no es exclusivo de la CEDAW. Sin embargo, no fue hasta algunos años después de la entrada en vigor de la CEDAW que se empezó a generar el vínculo entre los derechos a la igualdad entre hombres y mujeres y a la no discriminación de éstas y la responsabilidad estatal que conllevan los derechos humanos. Este vínculo es necesario para entender que no basta con declarar la igualdad en la legislación; es indispensable que se eliminen todas las formas de discriminación contra las mujeres a través de la acción del Estado.

Es decir, aun después de la entrada en vigor de la CEDAW los Estados no entendían el derecho de las mujeres a la igualdad como un derecho humano que les generaba obligaciones legales, sino que veían las desventajas y discriminaciones que padecemos todas las mujeres como problemas sociales que podían ser superados con mejorar la participación de las mujeres en el proceso de desarrollo. Pasaron muchos años antes de que el propio Comité que monitorea la implementación de la CEDAW se atreviera a explicitar qué tenían que hacer los Estados para eliminar la discriminación y lograr la igualdad.<sup>1</sup>

Por fortuna para las mujeres, la Convención y su Comité han ido desarrollando el concepto de igualdad al entenderlo como un derecho humano compuesto por distintos elementos: la igualdad como igualdad sustantiva o de resultados, la igualdad como no discriminación y la igualdad como responsabilidad estatal. Cada uno de éstos debe ser profundizado, pero en este artículo sólo voy a referirme a la igualdad como responsabilidad estatal.<sup>2</sup>

## II. El concepto de igualdad

El término *igual* como adjetivo tiene diversos significados. A veces es sinónimo de *semejante* a como en la frase “dos cantidades iguales a una tercera son iguales entre sí”; a veces significa *indiferente* como cuando alguien dice que “todo le da igual”, y otras significa que algo *no varía* como en el uso del concepto *temperatura igual*. Como adverbio puede ser usado el término *igualmente* para decir *lo mismo* como en la frase “igualmente se dice de los animales domésticos que...”.

La igualdad como sustantivo hace referencia a la relación entre dos cosas semejantes como cuando se habla de la igualdad de dos automóviles. En el campo de las matemáticas una igualdad es una equivalencia de dos expresiones o cantidades. Estos factores para ser iguales deben tener similar valor; por ejemplo,  $A + B = C + D$  se cumple si,  $A = 2$ ,  $B = 3$ ,  $C = 4$  y  $D = 1$ , entre otros casos. De este modo,  $2 + 3$  es igual a  $4 + 1$ . Ambas expresiones tienen el mismo valor por resultado. En el campo de lo social, y especialmente desde el punto de vista de los derechos humanos, la igualdad es una situación o contexto donde las personas tienen los mismos derechos y las mismas oportunidades en un determinado aspecto o a nivel general. Así, la igualdad de sexo o de género hace referencia a la eliminación del estándar masculino

<sup>1</sup> Véase Comité CEDAW, Recomendación General núm. 28, relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 16 de diciembre de 2010.

<sup>2</sup> Si les interesa profundizar sobre los otros dos elementos, les invito a leer mi ponencia titulada “La igualdad en la CEDAW; 30 años de desarrollo de un derecho clave para las mujeres”, de noviembre de 2009, disponible en <[http://www.ucol.mx/egeneros/admin/archivos/cedaw\\_30\\_anos.pdf](http://www.ucol.mx/egeneros/admin/archivos/cedaw_30_anos.pdf)>, página consultada el 19 de mayo de 2014.

en el acceso a las oportunidades existentes para que puedan repartirse de manera justa entre hombres y mujeres.<sup>3</sup> Este significado de *igualdad* no hace alusión a que los sexos/géneros sean idénticos en capacidades, naturaleza o calidades sino que alude a algo muy distinto: que sin importar si son idénticos o diferentes deben tener acceso a las oportunidades por igual.

El problema con esta última forma de entender la igualdad es precisamente la existencia de los otros significados del concepto, pues debido a la resistencia que se ha dado en el patriarcado para ver como equivalentes a los seres diferentes no se ha logrado que las personas entiendan que todos y todas somos igualmente diferentes. Es más, la igualdad fue concebida desde el pensamiento político patriarcal como un hecho y no como un valor. Desde la época de Aristóteles y hasta gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad fue razonada con argumentos de hecho: los hombres –decía Hobbes– son iguales porque todos mueren; o porque –escribía Locke– tienen las mismas inclinaciones y facultades; o –como decía Rousseau– la igualdad se mide en relación con las capacidades y méritos de cada individuo. Por ello a las personas que hemos vivido desigualdad y discriminación se nos exige demostrar que somos *iguales*, en el sentido de *similares*, a quienes ya gozan de los derechos que buscamos. Por cuestiones políticas y religiosas se ha tergiversado el significado de la igualdad entre mujeres y hombres, haciendo creer que aun en el ámbito de los derechos humanos la igualdad significa que hay que invisibilizar las diferencias entre los sexos y ver a las mujeres como semejantes a los hombres en las capacidades, habilidades y naturaleza que ya se le reconocían a aquéllos. Es por esto que las luchas de las mujeres para alcanzar la ciudadanía plena se presentan como luchas de las mujeres por ser iguales –idénticas– a los hombres.

Pero desde la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad no se refiere a la semejanza de capacidades y méritos o a cualidades físicas de los seres humanos sino a un derecho humano autónomo. Éste, tal como ha quedado plasmado en casi la totalidad de instrumentos internacionales de derechos humanos, no es descriptivo de la realidad, es decir que no se presenta en términos de ser sino de un deber ser. Es más, la gran innovación introducida por la doctrina de los derechos humanos es haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica; ello quiere decir que la igualdad no es un hecho sino un valor establecido precisamente ante el reconocimiento de la diversidad humana. Recordemos que los derechos humanos no son hechos sino valores y, por ende, la igualdad como derecho humano no alude a los primeros

---

<sup>3</sup> No quiero entrar aquí en la discusión de quiénes son mujeres o si existen las mujeres. En nuestras sociedades están comprobados la discriminación de todas las personas que se identifican o son identificadas como mujeres y los privilegios de que gozan todas las personas que se identifican o son identificados como hombres. Creo que si tratamos de entender qué es el derecho humano a la igualdad entre hombres y mujeres podremos comprenderlo como el derecho que tiene cualquier persona de cualquier sexo, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, etc., a gozar de todos los derechos humanos.

sino a los segundos. En otras palabras, desde el ámbito de los derechos humanos la igualdad entre los sexos no sugiere que somos idénticos, ni siquiera que seamos semejantes en capacidades y naturaleza, sino que somos equivalentes; esto es que valemos lo mismo como seres humanos a pesar de tener o no diferentes habilidades, capacidades y naturalezas.

Si las personas fuéramos iguales en el sentido de idénticas, es decir, si fuésemos similares en capacidades, naturaleza, habilidades, etc. —y específicamente las mujeres y los hombres—, no habría necesidad del derecho humano a la igualdad. Fue la identificación de que éramos diferentes y que tal diferencia estaba causando la discriminación hacia las mujeres lo que nos llevó a afirmar que todas las personas nacemos “libres e iguales en dignidad y derechos”.<sup>4</sup> Es más, fue el reconocimiento de la gran diversidad humana lo que exigió que el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres admitiera que las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también suelen ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones como la orientación sexual, el origen étnico, la religión, el vivir o no con una discapacidad, la edad, el nivel socioeconómico y la casta, entre otros factores.

El entrecruce de varios tipos de discriminación puede afectar principalmente a diferentes grupos de mujeres y en distinta medida y forma que a los hombres. Es más, la concurrencia de diversos modos de discriminación que padecen algunas mujeres con ciertos privilegios que pueden tener éstas respecto de otras hace que cuando se habla del derecho humano a la igualdad se esté hablando también del derecho a la igualdad entre mujeres diversas y del derecho a la no discriminación que tienen todas las mujeres sin importar a cuál grupo humano pertenezcan o con cuál grupo humano se identifican. Jamás se trata de creer que todas las mujeres son idénticas o que todas son igualmente discriminadas.

Y aquí es muy importante que se tome en cuenta que la intersección de numerosos tipos de discriminación puede generar privilegios para ciertos grupos en relación con otros. Por ejemplo, si tomamos la discriminación que viven algunas mujeres debido a la conjunción de sus condiciones de raza, género y situación migratoria, veremos que incluso ciertas mujeres que padecen discriminación racial —las mujeres negras— pueden tener privilegios en comparación con otras —también negras— debido a que las primeras son ciudadanas y las segundas son migrantes, y hasta con aquellas que aun cuando no sean negras sí son migrantes y pobres. En otras palabras, lo que estoy tratando de decir es que así como no se debe homogeneizar a las mujeres tampoco se puede homogeneizar a ningún subgrupo de mujeres, pues dentro de

---

<sup>4</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, artículo 1º.

cada uno de ellos también hay diferencias y desigualdades; por ejemplo, entre las mujeres negras que viven discriminación racial y de género también hay desigualdades, ya que algunas pueden experimentar, además de la discriminación racial y la de género, otras formas de ella como la etaria, la causada por el estatus migratorio, por la orientación sexual, por discapacidad, etc., mientras que otras no.

Lo anterior lo menciono para hacer énfasis en que las diferencias y desigualdades entre grupos de mujeres no significa que no podamos hablar del derecho humano a la igualdad entre hombres y mujeres, porque de lo que se trata al hablar de igualdad no es de negar las diferencias sino todo lo contrario, partir de ellas para eliminar todas las formas de discriminación que puedan padecer los distintos grupos de mujeres. Y más importante aún: al hablar de igualdad no nos estamos refiriendo a igualar a todas las personas al más bajo denominador común sino a elevar a todas las personas al goce pleno de todos los derechos humanos. Por eso es que afirmamos que el derecho a la igualdad es el derecho a gozar de todos los derechos humanos.

Sin embargo, eliminar siglos de entender a la igualdad como semejanza no ha sido fácil. La gran mayoría de las personas y hasta juristas de gran renombre confunden el derecho a la igualdad con el derecho al trato idéntico. Incluso algunas feministas se pronuncian en contra de que el movimiento tenga como objetivo el logro de la igualdad de género, ya sea porque no quieren que se borren las diferencias entre hombres y mujeres –confundiéndose de este modo el concepto de igualdad con el de semejanza de las mujeres con los hombres– o porque prefieren utilizar el término *equidad* que –según ellas– es más inclusivo de la diversidad humana, como si el concepto de igualdad no partiera precisamente del reconocimiento de las diferencias reales e imaginarias entre los géneros.

Por otro lado, hay personas que dicen estar a favor de la igualdad entre los sexos pero que se oponen a cualquier medida que les dé trato diferenciado como si hombres y mujeres ya estuviéramos en un plano de igualdad real, o porque –como en el caso anterior– confunden la igualdad con la semejanza o similitud entre los sexos/géneros; y también porque no entienden que por muchos siglos el estándar o modelo de ser humano ha sido el hombre-varón, por lo cual tratar a hombres y mujeres idénticamente no puede menos que producir discriminación contra las mujeres, que somos quienes no fuimos tomadas como el modelo de lo humano.

Cuando se considera la estrecha relación entre la lucha de las mujeres por la igualdad y la de los derechos de las humanas se puede ver más claramente que ambas han sido una pugna para lograr una ciudadanía plena. Es decir, la lucha de las mujeres por la igualdad entre los sexos/géneros ha buscado el reconocimiento de nuestra pertenencia a la especie humana, condición que ya habían alcanzado la mayoría de los hombres. Y exigir ese reconocimiento nunca ha significado querer que a las mujeres nos den un trato idéntico al de los hombres sino todo lo

contrario: que se acepte que la humanidad es diversa y que, por ende, el trato que los Estados den a las personas que nos encontramos bajo su jurisdicción tome en cuenta esta diversidad.

Dicho de otra manera, la pugna por la igualdad *no* fue nunca por ser iguales en el sentido de semejantes a los hombres sino para ser consideradas tan humanas como ellos. No obstante, como los hombres son el estándar es comprensible que algunas veces este conflicto parezca ser más por ser iguales a los hombres que por lograr derechos para todas las mujeres. Si dejamos de lado nuestros preconceptos o nuestro erróneo entendimiento de la igualdad como derecho humano veremos que la batalla para lograrla por parte de las mujeres no ha sido con el fin de ser idénticas a los hombres sino para diversificar lo que se entendía por ser humano, que en aquel momento era sinónimo de hombre.<sup>5</sup>

Es más, el camino hacia la igualdad entre los sexos no sólo ha significado una ardua contienda con el objetivo de desterrar la comprensión de la igualdad como semejanza, sino también para conseguir que el Estado cumpla con sus obligaciones legales de garantizarla. Hay que recordar que el Estado no satisface esta obligación con sólo otorgar a las mujeres los mismos derechos de que ya gozan los hombres; exige que éste se involucre activamente en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, ocurran donde ocurran. Lo anterior necesariamente lleva a entender que el derecho a la igualdad se compone de tres principios: el de no discriminación, el de responsabilidad estatal y el de igualdad de resultados. Y como ya lo anuncié en la introducción, en este ensayo me voy a enfocar principalmente en la igualdad como responsabilidad estatal; es decir, en cuáles son las obligaciones de cada Estado en cuanto al logro de la igualdad entre mujeres y hombres.

Muy relacionado con dichas obligaciones se halla un principio muy importante de la teoría de los derechos humanos, que es el *principio de no retroceso en materia de derechos humanos*, el cual nos aclara que el Estado jamás podrá cumplir con sus deberes para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres mediante la eliminación de derechos que sólo les reconocía a los hombres; es decir que el Estado no satisface esa obligación al utilizar el estándar más bajo de reconocimiento de derechos. De acuerdo con dicho principio, las autoridades no pueden argüir que para cumplir con la igualdad entre los géneros desconocerán ciertos derechos de los hombres, pues ello lesionaría tal principio al violar derechos que ya se les habían reconocido a los varones. De este principio hablaré más en el cuarto apartado; primero veamos cuáles son las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos, y en particular el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres.

---

<sup>5</sup> No debemos olvidar que durante muchos milenios diversos filósofos, juristas y teólogos se cuestionaron la pertenencia de las mujeres a la especie humana.

### III. Los tres niveles de obligaciones de la responsabilidad estatal

En materia de los derechos a la igualdad y no discriminación el Estado no cumple con sus obligaciones con el solo hecho de incluirlos en su Constitución ni con abstenerse de discriminar; debe adoptar medidas positivas y compensatorias que prevengan y eliminen la discriminación, tal y como lo señalan los tratados internacionales respectivos.

Es más, el derecho a la igualdad, como derecho humano que es, conlleva –al igual que todos los demás– tres niveles de obligaciones para los Estados, de tal manera que ellos deben respetar, proteger y garantizar cada derecho:

- *Respetar* un derecho generalmente significa que el Estado no debe violarlo directamente y debe reconocerlo como tal en su legislación. Ello quiere decir que todos los Estados que son parte de cualquier instrumento de derechos humanos se encuentran obligados a reconocer el derecho a la igualdad ante la ley de mujeres y hombres –y por supuesto la igualdad ante la ley entre mujeres y entre hombres.
- *Proteger* un derecho significa promulgar todas las leyes sustantivas y procesales que sean necesarias para salvaguardarlo; así como crear los mecanismos para prevenir la violación a ese derecho y los instrumentos e instituciones necesarios para denunciar su vulneración y lograr su reparación.
- *Cumplir o garantizar* un derecho implica adoptar las medidas necesarias y crear las instituciones, los procedimientos y las vías para la distribución de recursos con el fin de permitir que todas las personas gocen de él sin discriminación.

Esos tres niveles deben ser satisfechos por los Estados con base en el *principio de debida diligencia*. Ello quiere decir que el Estado debe hacer todo lo posible y todo lo que esté a su alcance para lograr la igualdad entre mujeres y hombres. Con el objetivo de determinar si un gobierno está haciendo lo anterior para asegurar que las mujeres puedan gozar y ejercer su derecho a la igualdad primero debemos observar el alcance de sus obligaciones –respetar, proteger, cumplir– y luego las limitaciones permitidas.

En cuanto a la responsabilidad del Estado de respetar, proteger y garantizar a las mujeres su derecho a la igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que existe un “vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos y el principio de igualdad y no discriminación”.<sup>6</sup> Los instrumentos internaciona-

<sup>6</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 2003 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 84.

les han impuesto a los Estados obligaciones frente a la discriminación contra las mujeres al establecer que tienen que actuar con la debida diligencia para evaluar, prever y prevenir las consecuencias que puedan afectar a las mujeres en el goce y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Y cuando de las políticas, leyes o decisiones judiciales se deriven daños, los Estados e instituciones responsables deberán aplicar medidas compensatorias. Este principio se aplica a nivel nacional, regional e internacional, tanto en la esfera pública como en la privada.<sup>7</sup>

La Corte IDH ha definido en la sentencia del caso de las niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana y en otras posteriores el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia y claramente señala que el derecho a la protección igualitaria de la ley y la no discriminación implica que los Estados tienen la obligación de abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos de la población, eliminar las reglas de carácter discriminatorio, combatir las prácticas discriminatorias, y establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

En cuanto a las limitaciones permitidas, aun cuando los gobiernos pueden restringir la mayoría de los derechos legítimamente, algunos de ellos nunca deben ser coartados aunque se argumente que es necesario para el bien público. Éstos son los derechos a no ser sometido a torturas, esclavitud ni servidumbre; a un juicio justo; a la libertad de pensamiento, y *a la igualdad y no discriminación*.

Y si bien es cierto que en el contexto de la globalización neoliberal los gobiernos nacionales ya no disfrutan de un monopolio completo del poder y que, por ello, deberían ampliarse las obligaciones en materia de derechos humanos a otros poderosos agentes como las organizaciones internacionales y las empresas transnacionales privadas; por el momento los Estados siguen siendo los únicos llamados a respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad entre mujeres y hombres.

El compromiso con los derechos humanos supone, pues, que los Estados asuman obligaciones para garantizar que en todo momento las mujeres podrán disfrutar del derecho a la igualdad y no discriminación en el goce de los demás derechos humanos. Al comprometerse con la

---

<sup>7</sup> Los Principios de Montreal fueron adoptados en una reunión de expertas de todo el mundo celebrada en diciembre de 2002, la cual fue convocada por el Grupo de Mujeres de la Red Internacional DESC. Su objetivo es guiar la interpretación e implementación de las garantías de no discriminación y de igualdad en el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

igualdad entre los sexos mediante la ratificación de los convenios internacionales pertinentes, los gobiernos se obligan a respetar, proteger y garantizar o cumplir este derecho y eso significa, además de lo dicho anteriormente, que deben rendir cuentas ante sus ciudadanos por la violación a tales deberes. Esos tres niveles de obligación han sido definidos por diversos comités de las Naciones Unidas al referirse al derecho a la igualdad en el goce de derechos específicos, como ejemplificaré más adelante en relación con el Comité de la CEDAW.

Es importante recordar que el derecho a la igualdad desde la perspectiva de los derechos humanos no está sujeto a la realización progresiva –como sí lo están los derechos económicos, sociales o culturales (DESC)– ni a la disponibilidad de recursos. Ningún Estado puede alegar que no tiene medios suficientes para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres o que está instaurando progresivamente el derecho a la igualdad. Este derecho puede y debe ser exigido inmediatamente a los Estados.

Ahora bien, en virtud del derecho internacional, aunque el derecho a la igualdad no esté sujeto a la limitación de la realización progresiva que tienen los DESC, al ser éste un derecho humano que necesariamente va aparejado con todos los demás, en el pasado se ha argumentado que respecto de estos derechos sí está sujeto a la realización progresiva y a la disponibilidad presupuestaria.

Sin embargo, como el derecho a la igualdad es uno de los que no pueden limitarse, es más correcto interpretar que éste crea obligaciones de efecto inmediato que no se hallan sujetas a la realización progresiva ni a la disponibilidad de recursos; y que por ende el Estado tiene que, por ejemplo, buscar la manera de garantizar el trabajo a hombres y a mujeres sin que por ello éstas resulten discriminadas. Ningún gobierno puede aducir que no tiene dinero suficiente para garantizar el derecho a la educación a mujeres y hombres en igualdad de condiciones y que, debido a eso, por el momento va a garantizarlo sólo a los hombres.

Además, el principio de realización progresiva no significa que un Estado sea libre de adoptar cualquier medida que en general vaya en la dirección adecuada. Las autoridades tienen la obligación jurídica de adoptar políticas *deliberadas, concretas y encaminadas* a la realización de todos los derechos para todas y todos. La investigación y la experiencia confirman que algunas medidas funcionan mejor que otras; sin embargo, los Estados tienen la obligación de adoptar las mejores de que dispongan.

Es indispensable seguir tratando de aclarar cuáles son los deberes inmediatos de los Estados respecto del derecho a la igualdad. En esos casos en que el gobierno de un país de bajos ingresos no tenga recursos suficientes para cumplir sus responsabilidades inmediatas corresponderá a aquellos que estén en condiciones de hacerlo, prestarle la asistencia y cooperación

internacionales necesarias para que éste pueda atender sus obligaciones más urgentes como la reducción de la mortalidad materna, abordar la feminización de la pobreza, la eliminación de la violencia de género contra las mujeres y la educación de las niñas, entre otras.

Hay muchas razones por las cuales, a pesar de la existencia de numerosos tratados que garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, todavía no se ha logrado eliminar la discriminación sexual. Entre ellas puedo mencionar la falta de voluntad política de quienes tienen el poder para hacerlo, las religiones patriarcales que abierta o solapadamente se oponen a la igualdad entre los sexos, las costumbres y tradiciones misóginas que entronizan la superioridad del sexo masculino, los estereotipos sexuales que mantienen la inferioridad de los roles femeninos, y las políticas neoliberales que han contribuido a la feminización de la pobreza y a la inacción de los Estados frente a las violaciones a sus derechos humanos, entre otras.

Aunque todo lo anterior influye en lo que entendemos por igualdad, creo que también se debe a la falta de un desarrollo doctrinario sobre el contenido de este derecho humano. Lamentablemente muchas personas bien intencionadas que realmente quieren y luchan por la igualdad entre los sexos están convencidas de que la igualdad se reduce a tratar a todas las personas de manera idéntica, por lo que cuestionan si este derecho les sirve a las mujeres.

Es por ello que considero necesario que sigamos desarrollando una doctrina sobre la *igualdad entre hombres y mujeres*<sup>8</sup> que sea producto de la conjugación de la prohibición de *discriminar por razones de sexo* con los principios de igualdad de resultados y de responsabilidad estatal; es decir, que incluya las obligaciones que cada derecho humano genera para los Estados. Tal vez si logramos entender que el derecho a la igualdad es fundamental para poder gozar de los otros derechos, tengamos un incentivo que nos impulse a desarrollar esta doctrina; y probablemente con una adecuada comprensión de lo que significa este derecho, en vez de desecharlo como inservible para las mujeres y de sustituirlo por conceptos como el de equidad—que no van acompañados de la eliminación de la discriminación ni conllevan en sí mismos ningún tipo de obligación estatal—, las mujeres nos unamos en la lucha por la igualdad.

---

<sup>8</sup> La cual obviamente requiere la eliminación de todas las formas de discriminación existentes y por existir.

#### **IV. Algunos principios rectores de los derechos humanos que los Estados deben tomar en cuenta al cumplir sus obligaciones de respetarlos, protegerlos y garantizarlos**

El *principio de universalidad* implica que los derechos humanos son facultades y atributos inherentes a todos y cada uno de los seres humanos sin distinción, en la medida en que éstos se derivan de la dignidad propia de la persona. Los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, o de ser de una cierta etnia, clase o edad, etc., sino que surgen en el momento en que nace cada persona humana y no se extinguen hasta después de la muerte de ésta, razón por la cual precisan de una protección internacional. Por ello, la Carta de la Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo a los derechos humanos.

También se afirma que cada uno de los derechos humanos forma parte de un conjunto integral en el que todos los derechos son interdependientes entre sí. El *principio de integralidad* de los derechos humanos señala que cada persona por el solo hecho de nacer tiene derecho a gozar de todos los derechos, que el disfrute de uno de ellos supone el disfrute de los demás y que la violación o falta de respeto a uno de ellos acarrea la violación o falta de respeto al resto.

Por este motivo se ha proclamado que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.<sup>9</sup>

Además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) refrenda el *principio pro persona*, que consiste en que siempre debe aplicarse la norma que más favorezca en protección y garantía a la persona humana. En efecto, el DIDH contiene diversas disposiciones que confirman este principio general del derecho; por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>10</sup> establece en su artículo 5º que:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la des-

<sup>9</sup> Véase, entre otras, Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 25 de junio de 1993, parte I, párr. 5.

<sup>10</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

trucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

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

El *principio pro persona* ha sido reconocido por la tradición jurídica de la mayoría de los Estados latinoamericanos, tanto desde la perspectiva de las disposiciones constitucionales como por los tribunales y cortes y por la doctrina jurídica. Este principio lleva implícito otro elemento que se conoce como *principio de progresividad* del desarrollo expansivo del contenido de cada derecho y su correlativa prohibición de adoptar medidas regresivas o restrictivas a las ya concedidas, también conocido como *principio de no retroceso*.

El *principio de progresividad*<sup>11</sup> fue reconocido en los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el preámbulo de la DUDH habla específicamente de “medidas progresivas de carácter nacional e internacional”, mientras que el de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>12</sup> aclara que “se establece un sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que *deberán fortalecerlo* cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”.<sup>13</sup> Por su parte, el juez Rodolfo Piza Escalante, de la Corte IDH, en su voto por separado en la Opinión Consultiva OC-4/84 sostuvo lo siguiente:

En lo que a mi opinión separada interesa, invoco como de particular importancia, en primer lugar, el principio de que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres éstos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> No se debe confundir este principio con la posibilidad que tienen los Estados de implementar ciertos derechos de forma progresiva, pues se refiere al contenido de cada derecho y no a la forma en que puede ser implementado.

<sup>12</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

<sup>13</sup> N. del E.: Las cursivas son de la autora.

<sup>14</sup> “Voto separado del juez Rodolfo E. Piza E.”, en Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 3.

Así, el DIDH ha sido instaurado como un mínimo común aceptado por los Estados Partes, lo cual permite inferir sin duda alguna que ese estándar no sólo puede sino que también debe ser mejorado por cada uno de los Estados. Desde esta perspectiva, el piso de derechos establecidos no pretende ni es capaz de agotar su ámbito y mucho menos su protección en los alcances fijados en los distintos instrumentos y, en consecuencia, ninguna disposición debe reducir la protección más amplia que hayan deparado las normas aplicables del derecho interno o del internacional.

Al respecto, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aplicable a la interpretación de las cláusulas de todos los instrumentos de protección, ordena adoptar la interpretación que dé mayor protección al derecho, lo cual supone un mayor alcance. Por lo tanto se puede concluir, en función de este principio, que la interpretación de las normas y cualquier futura revisión o modificación constitucional o legal deberá realizarse del modo que sea más favorable para el ejercicio, goce, protección y garantía del derecho. En otras palabras, todas las medidas políticas, legislativas y judiciales han de tender siempre a proporcionar un mayor alcance y amplitud al derecho reconocido.

Como vimos, este principio de progresividad o expansividad de los derechos humanos se encuentra íntimamente vinculado no sólo con el principio pro persona sino también con el criterio de interpretación dinámica y evolutiva que le confiere a los tratados de derechos humanos el carácter de instrumentos vivos.<sup>15</sup>

De entrada, la progresividad implica el establecimiento de un estándar mínimo a partir del cual se considera en aumento la implementación del derecho; por otro lado, conlleva la prohibición de regresividad, es decir que una vez logrado el avance en el disfrute de ciertos derechos, el Estado no podrá disminuir el nivel alcanzado.

Se considera que una medida es regresiva cuando directa o indirectamente acarrea un retroceso en el goce de los derechos humanos; por ejemplo, aumentar desproporcionadamente el precio de los servicios de tal manera que las personas pobres no puedan pagarlos o permitir

---

<sup>15</sup> Por tal motivo, la Corte IDH ha señalado que “Esta orientación adquiere particular relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos [...] han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. 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, párr. 114.

el deterioro de la infraestructura por falta de inversión en su funcionamiento y mantenimiento.<sup>16</sup> En tiempos de crisis financiera y económica es cuando las medidas regresivas son más comunes y sus consecuencias frecuentemente se ven agudizadas por las políticas de austeridad.<sup>17</sup>

Desde el punto de vista de los derechos humanos, las acciones regresivas están prohibidas si intencionadamente interfieren con la realización progresiva de los derechos humanos.<sup>18</sup> Los Estados sólo podrán justificarlas de acuerdo con criterios muy estrictos establecidos en, por ejemplo, las observaciones generales 13 y 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras.

He incluido estos principios porque al aplicarlos al derecho a la igualdad entre mujeres y hombres podemos entender mejor que el Estado no cumple con su obligación de respetar, proteger y garantizar este derecho al tratar a mujeres y hombres como si fueran idénticos ni al reducir el estándar a la situación de discriminación que padecen las mujeres. El Estado sólo puede cumplir la obligación que le genera el derecho a la igualdad entre los sexos/géneros al reconocer, respetar, proteger y garantizar a mujeres todos los derechos humanos que ya gozan los hombres y al reconocerles, protegerles y garantizarles todos los derechos humanos que necesiten para vivir una vida digna, aun cuando esos derechos no los necesiten los hombres.

Desde la perspectiva de los derechos humanos no es correcto ni lógico decir que las mujeres necesitamos más que igualdad, porque eso sólo tiene sentido si estamos con la idea equivocada de que ésta significa que el Estado puede tratarnos a todas de forma idéntica, eliminando derechos y servicios que ya disfrutaban ciertos hombres o todos ellos. El derecho humano a la igualdad supone que el Estado tiene que ir fortaleciendo todos los derechos y, por ende, ir eliminando activamente todas las discriminaciones que existan, ya sea basadas en el sexo/género o en cualquier otra condición biológica, social o de otra índole. No sobra decir que una sociedad en donde todas las personas gozan del derecho a la igualdad y no discriminación es una sociedad donde éstas disfrutan de todos los derechos humanos. Y no veo cómo una sociedad en donde todas y todos gozamos de todos los derechos humanos necesite ser superada.

<sup>16</sup> Catarina de Albuquerque, *On the Right Track. Good Practices in Realising the Rights to Water and Sanitation*, Lisboa, Human Rights to Water and Sanitation, 2012, pp. 32 y 79-81.

<sup>17</sup> Véase Aoife Nolan (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>18</sup> Comité DESC, Observación General núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), aprobada en el 5º periodo de sesiones, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 9.

## V. Las obligaciones estatales según la CEDAW

La adopción de la CEDAW fue un gran paso en el necesario desarrollo de una doctrina jurídica que conjuntara la igualdad entre mujeres y hombres con la no discriminación hacia las primeras y el principio de responsabilidad estatal. ¿Por qué? Porque a diferencia de los otros instrumentos internacionales que declaran la igualdad y prohíben la discriminación, la CEDAW no se conforma con imponer una obligación general a los Estados de reconocer a mujeres y hombres la igualdad ante la ley, una idéntica capacidad jurídica y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad,<sup>19</sup> sino que detalla las obligaciones estatales en relación con una serie de derechos humanos para lograr esa igualdad. Además, no sólo prohíbe la discriminación hacia las mujeres sino que la define de manera muy precisa y extensa.

Como ya lo mencioné anteriormente, en su Recomendación General núm. 28 el Comité CEDAW señala que los Estados tienen la obligación de no discriminar a la mujer por acción u omisión, y que la discriminación puede ocurrir cuando los Estados no adoptan las medidas legislativas necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos de las mujeres. En otras palabras, de acuerdo con la CEDAW la responsabilidad del Estado respecto del derecho a la igualdad lo obliga a abstenerse de llevar a cabo acciones que profundicen la subordinación de las mujeres; a revisar las leyes, políticas, disposiciones o vacíos que, aun cuando aparentemente repercuten igual en todas las personas, en la práctica tienen un impacto discriminatorio; y a crear medidas que visibilicen este derecho y que, cuando corresponda, compensen las desigualdades.

Asimismo, en dicha Recomendación General el Comité CEDAW subraya lo siguiente:

Si bien en la Convención sólo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo *f*) del artículo 2 y el párrafo *a*) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género. El término “sexo” se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar.

<sup>19</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, artículo 15.

La aplicación de la Convención a la discriminación por motivos de género se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional. De esto se desprendería que *el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre* podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género.<sup>20</sup>

El artículo 2º de la CEDAW no se limita a prohibir la discriminación hacia las mujeres causada directa o indirectamente por los Estados Partes, sino que también les instruye a éstos la obligación de proceder con la debida diligencia para impedir actos de discriminación cometidos por actores privados. De este modo, los Estados Partes deberán asegurarse de que tales actores no tengan prácticas discriminatorias contra las mujeres, de acuerdo a la definición de la CEDAW.<sup>21</sup>

En su Recomendación General núm. 28 el Comité CEDAW señala:

La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados Partes en virtud del artículo 2º [de la CEDAW] La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados Partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4º de la Convención y la Recomendación General núm. 25.<sup>22</sup>

Entre las obligaciones específicas que la CEDAW establece para lograr la igualdad entre mujeres y hombres están, por ejemplo, los deberes de los Estados Partes de eliminar la discrimi-

<sup>20</sup> Comité CEDAW, Recomendación General núm. 28, relativa al artículo 2º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 5. N. del E.: Las cursivas son de la autora.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 13.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párr. 18.

nación contra la mujer en el matrimonio y la familia, y de garantizar la igualdad entre ellos respecto del goce del derecho a escoger el domicilio y la residencia.<sup>23</sup>

La CEDAW también exhorta a los Estados Partes a asegurar a las mujeres su derecho a votar, a ser electas y a participar en la formulación de las políticas públicas y en organizaciones y asociaciones no gubernamentales.<sup>24</sup> Exige que los Estados Partes adopten todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación hacia las mujeres en los ámbitos del empleo, la salud, la educación, etc., y en la vida social y económica en condiciones de igualdad con los hombres.<sup>25</sup> Además, plantea que los Estados Partes no sólo deberán prohibir toda discriminación en la ley o en la práctica, sino también garantizar a las mujeres la protección efectiva contra todo acto de discriminación ejercido por cualquier persona, organización o empresa.<sup>26</sup>

Y de manera más importante, probablemente debido a que los roles masculinos y femeninos son socialmente contruidos y mantenidos a través de la cultura patriarcal, la CEDAW dispone que los Estados Partes están obligados a implementar todas las medidas adecuadas para modificar los patrones socioculturales y los estereotipos, y eliminar los prejuicios y las prácticas culturales que estén basadas en ideas sexistas.<sup>27</sup> A su vez, reconoce las particularidades de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres al aclarar, entre otros, que todas las políticas encaminadas a proteger la maternidad no serán consideradas discriminatorias. Asimismo, al considerar la histórica desigualdad que han padecido las mujeres, ordena la aplicación de normas especiales de carácter temporal o de acciones afirmativas con el fin de corregir el trato discriminatorio del pasado y acelerar el logro de la igualdad entre mujeres y hombres.<sup>28</sup>

Para alcanzar esa igualdad sustantiva en todos los ámbitos la CEDAW requiere, además de tareas estatales encaminadas a respetarla, protegerla y garantizarla, otros dos tipos de acciones por parte del Estado en cada uno de estos niveles: 1) aquellas que consigan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y 2) las destinadas a corregir las desigualdades de poder entre hombres y mujeres. Esto quiere decir que en cada uno de esos tres niveles del accionar estatal las autoridades deben poner en marcha leyes y políticas que consoliden la igualdad y que eliminen la discriminación.

<sup>23</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 16.

<sup>24</sup> *Ibidem*, artículo 7°.

<sup>25</sup> *Ibidem*, artículos 10-13.

<sup>26</sup> *Ibidem*, artículo 2°.

<sup>27</sup> *Ibidem*, artículo 5°.

<sup>28</sup> *Ibidem*, artículo 4°.

Las medidas del primer tipo están dirigidas a que todas las mujeres, sin importar su raza, etnia, etc., tengan el derecho a la igualdad de oportunidades en relación con los hombres para acceder al bienestar, a la felicidad, a un adecuado estándar de vida o, si se prefiere, a los recursos de un país o comunidad. Lo anterior tiene que ser garantizado por medio de leyes y políticas, con sus respectivos mecanismos e instituciones, que aseguren que así sea. El segundo tipo de acciones en cada uno de los tres niveles tiene que ver con leyes y políticas que prohíban y eliminen la discriminación que vivimos todas las mujeres, aunque aparentemente ésta no se deba al sexo o al género.

La forma de evaluar si un Estado está dando iguales oportunidades a las mujeres y a los hombres es mediante el análisis de los resultados de las políticas y leyes que ha implementado. Así, para la CEDAW el indicador de la igualdad no está en las políticas, las leyes o las instituciones que se han creado para dar oportunidades a las mujeres sino en lo que todas éstas hayan logrado. Por ejemplo, de acuerdo con la CEDAW no se habrá alcanzado la igualdad en el ámbito de la educación, aunque existan leyes y políticas especiales para avanzar o mejorar las oportunidades de las mujeres en él, si con ellas no se ha conseguido no sólo que un número similar de mujeres y hombres accedan a la educación, sino tampoco eliminar el estándar masculino en lo que se enseña. Es decir, no se considera que el Estado haya cumplido con su deber mostrando números similares en el acceso a la educación sino dando a conocer que efectivamente se ha obtenido una igualdad en lo que se enseña. Esto porque la igualdad en la educación no es sólo una cuestión de números sino también una cuestión cualitativa.

Para consolidar la igualdad de oportunidades la CEDAW requiere que se tomen en cuenta las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres. Es obvio que existen diferencias biológicas reales entre ambos, pero de acuerdo con la teoría de los derechos humanos y el principio de igualdad contenido en todas las constituciones latinoamericanas, éstas no tienen por qué causar desigualdades e incluso está prohibido que así sea. Si el derecho a la igualdad se refiriere sólo a la igualdad entre personas que no son diferentes, no habría motivo para su existencia. La prohibición de discriminar es por razones de sexo, raza, edad, discapacidad, etc., todas ellas condiciones que tienen elementos biológicos y sociales que diferencian a unas personas de otras.

Para entenderlo mejor tomemos el ejemplo de las personas con una discapacidad motriz que las obliga a desplazarse en silla de ruedas. Si bien se diferencian de quienes viven sin esa discapacidad en cuanto a su necesidad de usar silla de ruedas, la discriminación que padecen estas personas no se debe a que requieran rampas sino a que el modelo que se utiliza para el diseño de las calles y edificios se basa en las personas que no tienen esta condición. Es obvio que un Estado no cumple con su obligación de garantizar a todos sus ciudadanos el derecho a

la igualdad al fingir que no existe este tipo de necesidad o –peor aún– eliminar como sujetos de derechos a las personas que tienen ciertas necesidades, sino más bien al suprimir las barreras que han sido construidas por la sociedad. Lo mismo sucede con las mujeres: no se trata de abolir la maternidad, por ejemplo, sino de erradicar el estándar masculino en la construcción de los requisitos de empleo, estudio, etc., que hacen que la maternidad sea una carga sólo para las mujeres o que la convierten en un obstáculo para las mujeres.

Las diferencias biológicas producen desigualdad o desventajas para las mujeres porque la mayoría de las leyes y políticas funcionan con un patrón basado en el sexo masculino. Así, la fuerza física y el hecho de que los hombres no se embarazan son condiciones que se nos exigen a las mujeres en caso de que queramos tener las mismas oportunidades. Además, hay desigualdades de orden social que no proceden directamente de las diferencias biológicas sino que se deben a la construcción social del género. Por ejemplo, aquellas que son causadas por la doble o triple jornada laboral, por el hecho de que las mujeres somos más vulnerables a la violencia sexual, porque se nos exija un comportamiento o una imagen que no es adecuada para ciertos trabajos o porque llevamos milenios de subordinación. Es necesario que entendamos que lograr la igualdad exige tomar en cuenta que hombres y mujeres hemos sido contruidos de manera distinta, para así eliminar esas construcciones diferentes que producen violaciones a los derechos de las mujeres y no pretender que éstas sean similares a los hombres si quieren gozar de la igualdad. Por ello es importante que las leyes, los mecanismos y las instituciones que sean creadas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres consideren no sólo las diversas formas en que las mujeres somos discriminadas, sino también aborden las diferencias erigidas culturalmente entre hombres y mujeres y partan de que la mayoría de las políticas, leyes, mecanismos, procedimientos e instituciones ya existentes no son neutrales debido a que se basan en el modelo masculino.

Por ejemplo, una política que busca igualar las oportunidades de las mujeres en el empleo, por más buena que sea, si no repara en que hay costumbres y hasta otras leyes y políticas que provocan desventajas para las mujeres, no va a conseguir su objetivo. Por eso la CEDAW dispone que para implementar una política de igualdad de oportunidades deben evaluarse los factores sociales que inciden en esa desigualdad. Es decir, no se trata de que las mujeres dejen de parir para tener las mismas oportunidades que los hombres sino de que el Estado elimine todas las barreras y estereotipos sociales que ocasionan que ser madre y trabajadora asalariada a la vez sea muy difícil de conjugar.

Sin embargo, la CEDAW también señala que valorar las diferencias entre mujeres y hombres no siempre resulta en una igualdad sustantiva. Sabemos que la otra forma en que el Estado ha tratado el tema de la igualdad entre hombres y mujeres es partiendo de las diferencias de éstas

respecto de aquéllos para *protegernos*, por ejemplo, al prohibirnos el trabajo nocturno. Pero según la CEDAW estas protecciones no serán medidas para lograr la igualdad si no *resultan* en que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres para acceder a todos los recursos o empleos del país; tampoco serán medidas en favor de la igualdad sustantiva si a través de ellas se refuerzan los mitos y estereotipos que por siglos han redundado en la discriminación y desigualdad de las mujeres.

Es debido a lo anterior que el segundo tipo de acciones que se requieren por parte del Estado en cada uno de los tres niveles de obligación para consolidar la igualdad son las que van encaminadas a corregir las desigualdades y desventajas de las mujeres en comparación con los hombres; es decir, medidas que supriman las disparidades de poder entre los sexos. Para alcanzar esto no sólo se necesita que las mujeres tengamos igualdad de oportunidades con los hombres sino que también podamos acceder a ellas de la misma manera.

En tal sentido, la CEDAW plantea en su artículo 3° que el Estado se encuentra obligado a crear las condiciones sociales y económicas y los servicios que se requieran —ya sea por la condición biológica o de género de las mujeres—, tales como centros de cuidado infantil, transporte seguro, seguridad contra la violencia sexual y de género, acceso a la información sexual y reproductiva, etc.; así como a realizar estudios del mercado de trabajo, por ejemplo, para conocer cuáles tipos de empleo siguen segregados por sexo e implementar políticas destinadas a que esa segregación desaparezca o no produzca desigualdad laboral. En otras palabras, el Estado habrá de eliminar todas las barreras de cualquier tipo para que las mujeres<sup>29</sup> podamos acceder a las oportunidades que se nos brindan.

En su artículo 4° la CEDAW indica que el Estado se halla obligado a adoptar medidas especiales de carácter temporal para compensar a las mujeres por los privilegios masculinos causados por las estructuras de género que han empleado el estándar masculino. Es decir, si los hombres por siglos han tenido prerrogativas basadas en su sexo/género, las autoridades tienen que aplicar medidas que den ventajas a las mujeres para igualar el acceso a un determinado espacio o derecho. Así, el Estado para obtener la igualdad sustantiva en el empleo, por ejemplo, tiene la obligación de adoptar medidas correctivas o acciones afirmativas que prioricen a las mujeres para compensarlas por las prebendas que han tenido los hombres en el pasado y que todavía mantienen si los modelos siguen siendo masculinos. Dichas medidas

---

<sup>29</sup> Cuando digo *las mujeres* me estoy refiriendo a todas las mujeres, lo cual exige que el Estado elimine las barreras construidas por los prejuicios raciales, étnicos, etarios, socioeconómicos, sexuales, funcionales, etc.; además de los producidos por los estereotipos de género, y con mayor razón los que se dan por la intersección de varios prejuicios como la discriminación contra las empleadas domésticas en donde confluyen estigmas de género, clase y muchas veces de etnia o raza.

deben mantenerse hasta que se conquiste una igualdad real o sustantiva entre hombres y mujeres, y siempre en el entendido de que entre mujeres también hay relaciones desiguales de poder que habrán de ser tomadas en cuenta.<sup>30</sup>

## VI. Conclusión

Para finalizar quiero insistir en que el derecho humano a la igualdad que plantean tanto la CEDAW como todos los otros instrumentos legales internacionales de derechos humanos no exige un trato idéntico para hombres y mujeres, sino uno que no resulte en discriminación hacia las mujeres. Esta manera de entender la igualdad se desprende del hecho de que los Estados no sólo se encuentran obligados a garantizar la igualdad, sino también a asegurar la no discriminación basada en el sexo y en cualquier otra condición. Ello significa que las autoridades deberán tratar a mujeres y a hombres unas veces de manera idéntica y en otras dándoles un trato distinto.

A raíz de esta conjugación entre los derechos a la igualdad y a la no discriminación que los Estados tienen la responsabilidad no sólo de declarar la igualdad entre mujeres y hombres en sus constituciones políticas y en sus leyes, sino también de implementar acciones específicas y concretas para garantizar el goce de esa igualdad y, en caso de su violación, para brindarle a las víctimas las medidas correctivas adecuadas. Además, el Estado ha de eliminar la discriminación que padecemos todas las mujeres, aunque la vivamos de maneras distintas dependiendo de la clase social a la que pertenezcamos y de nuestra etnia, edad, discapacidad y sexualidad, entre otros factores.

Para ello los Estados tienen la obligación legal de suprimir todas y cada una de las formas de discriminación que existan en la legislación, en las costumbres y en los modos de pensar de las personas, con la debida diligencia y en forma progresiva.

---

<sup>30</sup> Aquí también están incluidas las medidas para compensar a las mujeres por los privilegios de clase, raza, edad, etc., que han contribuido a mantener a tantas mujeres pertenecientes a grupos discriminados en desventaja respecto de aquellas que forman parte de los grupos dominantes.