



CONTENIDO

PRESENTACIÓN	3
<i>Perla Gómez Gallardo</i>	

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

RENDICIÓN DE CUENTAS EN DERECHOS HUMANOS: EL PODER LEGISLATIVO Y EL OMBUDSMAN MEXICANO	7
<i>Francisco Antonio Villa Martínez</i>	

LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS HUMANOS. TENDENCIAS Y DESAFÍOS PARA LA REGIÓN INTERAMERICANA	36
<i>Juan Manuel Romero Martínez</i>	

INGRESOS GERIÁTRICOS Y DERECHO A LA LIBERTAD. ESPAÑA Y MÉXICO	57
<i>María Eugenia Torres Costas</i>	

NUNCA MÁS UN MÉXICO SIN NOSOTRAS. LA VOZ DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR EN SU LUCHA POR LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 189 DE LA OIT	90
<i>Mauricio Patrón Rivera</i>	

ARTÍCULOS GANADORES DEL SEGUNDO CONCURSO DE INVESTIGACIÓN EN SU MODALIDAD DE ARTÍCULO SOBRE DISCAPACIDAD EN MÉXICO

DERECHOS HUMANOS Y ACCESIBILIDAD: NUEVOS RETOS Y PERSPECTIVAS	119
<i>Héctor Ivar Hidalgo Flores</i>	

ANÁLISIS LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ANTINOMIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL	143
<i>Héctor Iván Ruiz Aguirre</i>	

PRODUCCIÓN EDITORIAL DE LA CDHDF	177
----------------------------------	-----

CONVOCATORIA



métodhos, Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), año 6, núm. 12, enero-junio de 2017, es una publicación semestral editada por la CDHDF a través del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH). Avenida Universidad 1449, colonia Pueblo Axotla, delegación Álvaro Obregón, 01030, México, D. F., tel.: (01 52) 55 52295600, ext.: 2208, <<http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx>>.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2011-061509513000-203. ISSN 2007-2740, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Fecha de la última modificación: junio de 2015.

La finalidad de la revista es publicar temas de agenda e innovación en derechos humanos, para lo cual se recabarán artículos que reflejen los puntos de vista de personas investigadoras, docentes o estudiantes en la materia; por ello, las opiniones expresadas por las y los autores no reflejan la postura de la CDHDF. *métodhos* se dirige a las personas interesadas en el estudio, protección, promoción, difusión y defensa de los derechos humanos.

Los artículos que integran la revista *métodhos* son inéditos; son sometidos a un proceso de dictaminación mediante el sistema de arbitraje "ciego por pares" a través de dos árbitros especialistas en el campo que corresponda, y externos a la institución editora.

Comité editorial: Eva Alcántara Zavala, UAM Xochimilco (México); Ma. del Pilar Berrios Navarro, UAM Xochimilco (México); José Alfonso Bouzas Ortiz, Instituto de Investigaciones Económicas-UNAM (México); José Antonio Caballero Juárez, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C. (México); Nancy Carmona Arellano, CDHDF (México); Francisco Javier Conde González, CDHDF (México); Isaí González Valadez, FCPYS-UNAM (México); Domitille Marie Delaplace, CDHDF (México-Francia); Lawrence Salomé Flores Ayvar, Facultad de Derecho-UNAM (México); y Valeria López Vela, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Anáhuac del Sur (México).

Editor responsable: Francisco Javier Conde González. Editora adjunta: Domitille Marie Delaplace. Coordinación editorial: Nancy Carmona Arellano y Daniel Castrejón Olvera. Corrección de estilo y revisión de pruebas: Karina Rosalía Flores Hernández y Moisés Hernández Mares. Diseño y formación: Enrique Agustin Alanis Guzmán. Cuidado de la edición: Karina Rosalía Flores Hernández. Desarrollo web: Jorge Cordero Pérez.

Para visualizar la versión completa de la Convocatoria y de la Política Editorial de la revista electrónica *métodhos* consulte la página web <<http://revistametodhos.cd hdf.org.mx>> y para el envío de artículos o mayor información comuníquese al teléfono 52295600, ext. 2208, o escriba al correo electrónico <revistametodhos@cd hdf.org.mx>.

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

Presentación

Perla Gómez Gallardo*

* Maestra en Docencia e Investigación Jurídica y doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Recibió mención honorífica en ambos niveles de posgrado y la medalla Alfonso Caso al Mérito Universitario. El Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) la reconoce con el nivel I. Ha fungido como profesora-investigadora titular C en la Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Cuajimalpa; y es maestra por oposición de la asignatura Derecho a la información en la Facultad de Derecho de la UNAM. Tiene publicaciones en temas de filosofía del derecho, epistemología, ética, derecho a la información, transparencia y libertad de expresión. Actualmente es presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.



métodhos 12

La investigación es un elemento fundamental para la construcción del conocimiento que permite dilucidar los principales problemas y retos que nuestra sociedad enfrenta en materia de derechos humanos. Por ello, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) ha asumido el compromiso de impulsar la investigación especializada mediante la publicación semestral de la revista *métodhos*, fortaleciendo así sus atribuciones de promoción, estudio, educación y difusión de los derechos humanos.

Desde su aparición en 2011, la revista ha publicado, de manera ininterrumpida, 11 números en los que se abordan temas relacionados con la protección, garantía y respeto de los derechos humanos a nivel local, nacional e internacional, desde diferentes áreas del conocimiento tales como la sociología, el derecho, la psicología, los estudios internacionales, entre otras. La consistencia de su publicación y la calidad de sus contenidos son factores que la colocan en el rumbo hacia su consolidación como un referente de consulta para todas las personas interesadas en la materia. Como parte de las acciones implementadas por el Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH) para su fortalecimiento, se rediseñó su sitio web con la finalidad de mejorar su consulta y ajustarla a los estándares más altos de calidad de las revistas académicas.

El número que ahora se presenta está integrado por cuatro artículos de investigación. En el primero, titulado “Rendición de cuentas en derechos humanos: el Poder Legislativo y el ombudsman mexicano”, Antonio Francisco Villa Martínez explora el papel que juega el Poder Legislativo al momento de llamar a comparecencia a las autoridades que se han negado a cumplir las recomendaciones emitidas por los organismos de protección de derechos humanos. En este sentido, el autor plantea la interrogante de si el Poder Legislativo debería partir de un estudio técnico jurídico o mantenerse dentro del campo político, tomando como eje transversal los fundamentos teóricos de la rendición de cuentas como un ejercicio democrático.

Por su parte, Juan Manuel Romero Martínez, en el artículo “La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana”, hace un análisis sobre la evolución que ha tenido la doctrina del control de convencionalidad y los postulados en torno al pluralismo constitucional como base de un sistema de protección en expansión, en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). El autor marca la pauta sobre los desafíos que enfrenta este sistema en nuestra región y lo plantea como un modelo teórico que busca recurrir a todos los órdenes jurídicos para asegurar la protección más alta de la dignidad de la persona.

Este número se enriquece con el artículo “Ingresos geriátricos y derecho a la libertad. España y México”, en el cual María Eugenia Torres Costas elabora un estudio comparativo que destaca las diferencias y concordancias entre los procedimientos legales que existen en ambos países sobre la institucionalización de personas mayores en casas de cuidado o instituciones psiquiátricas. La autora aborda su estudio a partir de los estándares contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con la finalidad de vislumbrar hasta qué punto esos procedimientos son limitantes de la capacidad jurídica, afectando así el derecho a la libertad en su sentido más amplio.

En “Nunca más un México sin nosotras. La voz de las trabajadoras del hogar en su lucha por la ratificación del Convenio 189 de la OIT”, Mauricio Patrón Rivera aborda el tema de los derechos de las trabajadoras del hogar y el proceso de organización que han consolidado en México a través del Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar y el Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar. Como punto de partida, el autor analiza la dimensión discursiva de los derechos humanos, es decir, plantea que uno de los puntos medulares en esa lucha ha sido la resignificación lingüística. La sustitución en su propio lenguaje de conceptos discriminatorios por aquellos que otorgan a las palabras una importancia clave en el campo de lo político y la transformación social.

Además de las contribuciones anteriores, en este número presentamos dos textos ganadores del Segundo Concurso de investigación en su modalidad de artículo sobre discapacidad en México, organizado por la CDHDF y la Universidad Nacional Autónoma de México. En el primero, titulado “Derechos humanos y accesibilidad: nuevos retos y perspectivas”, Héctor Ivar Hidalgo Flores revisa la manera en que los avances de la ciencia han sido utilizados para mejorar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de transporte público; en particular aborda la manera en la que la tecnología ha impactado en la accesibilidad para las personas con algún tipo de discapacidad visual. Por otra parte, en “Análisis legislativo y jurisprudencial de la antinomia constitucional en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental”, Héctor Iván Ruiz Aguirre realiza un análisis agudo con respecto a siete de los ordenamientos jurídicos más relevantes a nivel federal y local, relativos a los derechos de las personas con discapacidad

mental o psicosocial, vistos a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, en la sección de la producción editorial de la CDHDF, las y los lectores podrán encontrar las reseñas del informe *La Ciudad de México de cara a la Novena Comparecencia ante el Comité de Naciones Unidas para Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, así como de las obras *Herramientas para el ejercicio periodístico* y *Reconocimiento de sentencias Fiat Iustitia: (Hágase Justicia) 2014-2015*.

Cabe señalar que este número no sería posible sin el trabajo de las personas que integran el Comité y el equipo editorial, las y los especialistas que participaron en el proceso de dictaminación y principalmente las personas que con sus investigaciones contribuyen a generar una cultura de derechos humanos; a todas y todos mi más sincero reconocimiento.

INVESTIGACIÓN

Rendición de cuentas en derechos humanos: el Poder Legislativo y el ombudsman mexicano

Francisco Antonio Villa Martínez*

Secretaría de Gobernación.

Ciudad de México, México.

tonyvilla76@hotmail.com

Recibido: 24 de octubre de 2016.

Dictaminado: 19 de abril de 2017.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Sonora; maestro en Estudios Políticos y Sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México y especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha. Ha laborado en la Presidencia de la República; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y la Secretaría de Gobernación. Cuenta con más de una década de experiencia en el tema de los derechos humanos.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en que colabora.



Resumen

En la llamada reforma constitucional de derechos humanos de 2011 se instauró un nuevo arreglo institucional entre la institución del ombudsman y el Poder Legislativo. En el artículo 102 constitucional, apartado B, se estableció que los ombudsmen pueden solicitar la comparecencia de aquellas y aquellos servidores públicos que se hayan negado a aceptar o que incumplan alguna de sus recomendaciones, con el propósito de que expliquen las razones que sustentan el rechazo a estas resoluciones ante una comisión legislativa.

¿Este cambio es realmente un marco de colaboración que habilita al legislador para evaluar los argumentos a favor y en contra de una resolución basada en una investigación con pruebas y razonamientos de carácter técnico-jurídico en derechos humanos, o genera un alto riesgo de que esa valoración caiga en el juego de negociaciones y acuerdos propios de la labor parlamentaria, que pueden poner en entredicho la imparcialidad del ombudsman?

El objetivo es contribuir al debate sobre esta regulación que amplía la red institucional de protección de los derechos humanos, vinculando a dos órganos de naturaleza distinta, el Poder Legislativo y el ombudsman, vista a la luz de uno de los mecanismos imprescindibles para dar calidad democrática a una democracia representativa: la rendición de cuentas.

Palabras clave: reforma constitucional de derechos humanos, rendición de cuentas, ombudsman, comisión legislativa, comparecencia, recomendaciones.

Abstract

In the so-called Humans Rights Constitutional Reform of 2011, it was included a new agreement between the Ombudsman and the Legislative Branch. As part of the Article 102, Part B, it was ruled that the *Ombudsman* can request appearance before a legislative commission, to those public officials that have not complied or not willing to accept a human rights recommendation, so they are able to explain the reasons of the rejection.

Is this reform opening a real door for collaboration allowing the legislator to evaluate the arguments for or against a resolution based on an investigation that includes evidence and humans rights legal reasoning, or does it mean a high risk regarding that evaluation to become subject of negotiations or arrangements typical of the legislative activity and calls into question the impartiality of the Ombudsman?

The purpose of this paper is to contribute to the on-going discussion on this regulation that expands the institutional network of human rights protection, linking two institutions of different types, the Legislative Branch and the Ombudsman, in the light of the essential mechanism that assures democratic quality to a representative democracy: Accountability.

Keywords: humans rights constitutional reform, accountability, ombudsman, legislative commission, appearance, recommendations.

Sumario

I. Introducción; II. Consideraciones teóricas; III. El Poder Legislativo y el ombudsman, dos referentes de la rendición de cuentas del proceso de democratización mexicano; IV. A manera de conclusión; V. Bibliografía.

I. Introducción

En la llamada reforma constitucional de derechos humanos de 2011 se instauró un nuevo arreglo entre la institución del ombudsman y el Poder Legislativo. En el segundo párrafo del artículo 102 constitucional, apartado B, se estableció que las comisiones nacional o estatales puedan solicitar a la Cámara de Senadores o a las legislaturas locales, respectivamente, la comparecencia de servidoras y servidores públicos que se hayan negado a aceptar o que incumplan alguna de sus recomendaciones, con el propósito de que expliquen las razones que sustentan el rechazo a estas resoluciones.¹

¿Fortalece a la protección de los derechos humanos que a petición de los ombudsman, el Poder Legislativo pueda requerir la comparecencia de una autoridad para que explique los motivos de su negativa a la aceptación o al incumplimiento de una recomendación emitida por estos organismos públicos?

El objetivo del presente ensayo es contribuir al debate sobre esta regulación, la cual amplía la red institucional de protección de los derechos humanos y vincula a dos órganos de naturaleza distinta, el Poder Legislativo y la institución del ombudsman, para analizar el incumplimiento o rechazo de una recomendación.

Dicho de otra manera, es un verdadero marco de colaboración que habilita a la o el legislador para evaluar los argumentos a favor y en contra de una resolución basada en una investigación con pruebas y razonamientos de carácter técnico-jurídico en derechos humanos, o se corre el ries-

¹ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf. (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).

go de que esa valoración caiga en el juego de las negociaciones y los acuerdos propios de la labor parlamentaria, lo que puede poner en entredicho la imparcialidad del ombudsman.

Esta coordinación institucional es vista a la luz de uno de los mecanismos de vigilancia y control político, que es considerado imprescindible para dar legitimidad y calidad democrática a una democracia representativa: la rendición de cuentas.

II. Consideraciones teóricas

Aunque la finalidad no es llevar a cabo un debate teórico, es fundamental emprender un recorrido por los conceptos que servirán para abordar el contexto y las funciones propias del Poder Legislativo y de la institución del ombudsman mexicano desde la perspectiva de la rendición de cuentas, y de esta manera aproximarnos a dar respuestas a la pregunta de este ensayo.

a) Consolidación democrática

Una primera definición clave es la de *consolidación democrática*. De acuerdo con especialistas, este concepto se genera en una etapa que se denomina *transición a la democracia*, a saber: un intervalo de construcción de reglas democráticas en un régimen político clasificado como no democrático.²

Esa transición se gesta por medio de dos momentos: la liberalización y la democratización. Por un lado, la liberalización surge con la apertura y el fortalecimiento de los derechos y libertades civiles. Y por otro, la democratización aparece cuando se establecen nuevas instituciones o se fortalecen las ya existentes, para tutelar y promover los derechos fundamentales.³

La evolución de estas dos coyunturas dependerá de la negociación entre grupos políticos y actores sociales y, después, de la conclusión de la etapa de transición y el inicio de un ciclo de consolidación democrática; es decir, constituye el paso decisivo que establece los aspectos procedimentales básicos de una democracia representativa como son: acuerdo y aceptación de reglas o métodos institucionales por parte de los actores políticos; ciudadanas y ciudadanos con derecho a votar y

² Guillermo O'Donnell y Philippe C. Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* (Buenos Aires: Paidós, 1994), 19-20.

³ *Ibíd.*, 23-24.

ser votados; libertad de expresión, asociación y participación; partidos políticos; organización de elecciones imparciales, libres, periódicas, competitivas y transparentes.⁴

La discusión relacionada con este concepto es muy amplia. Y múltiples hechos comenzaron a cuestionar su validez y sustento, lo que obligó a generar nuevos enfoques comparativos que observaron la asimetría existente entre esa definición y la realidad de muchos países, reflejando una precaria vida democrática, o muchas esperanzas de justicia y equidad truncas; en general, un desencanto por la democracia.⁵

Entre esas nuevas categorías teóricas se encuentra el concepto de *democracia de calidad*. Uno de sus principales exponentes es el catedrático Leonardo Morlino, quien la define como “aquel ordenamiento institucional estable que mediante instituciones y mecanismos que funcionan correctamente realiza la libertad y la igualdad de los ciudadanos”.⁶

Esta conceptualización tiene como base cinco dimensiones de análisis que se clasifican en tres grupos: una, vinculada a una perspectiva procedimental conformada por el *rule of law* y la *accountability*; otra, relacionada con el tema de los resultados a través de lo que se conoce como *responsiveness*, y una más denominada *sustancial*, donde se halla el respeto de aquellas prerrogativas que garantizan la realización de las libertades y la ampliación progresiva de la igualdad social, política y económica.⁷

Ciertamente cada una de esas dimensiones es muy importante para ahondar en la comprensión de la democracia representativa y sus desafíos institucionales en el siglo XXI. Sin embargo, con el fin de no distraer a quien lee del objetivo central que se ha fijado en este artículo, me circunscribiré a la dimensión procedimental, en especial a la descripción y el análisis de la *accountability*.

⁴ Robert Dahl, *La democracia y sus críticos* (Argentina: Paidós, 1993), 280-281.

⁵ Guillermo O'Donnell, “Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina”, en Juan E. Méndez *et al.*, *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina* (Buenos Aires, Paidós, 2002), 305-336. Thomas Carothers, “The End of Transition Paradigm”, *Journal of Democracy*, núm. 1 (enero 2002): 5-21. David Collier y Steven Levitsky, “Democracia con adjetivos. Innovación conceptual en la investigación comparativa”, *La Política. Revista sobre el Estado y la Sociedad*, núm. 4 (1998): 140-141. Juan J. Linz y Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996), 3-66.

⁶ Leonardo Morlino, *Democracias y democratizaciones* (México: Centro de Estudios de Política Comparada, 2005), 260-261. Véase Arend Lijphart, *Patterns of Democracy* (Estados Unidos: Yale University Press, 1999), 274-300. Guillermo O'Donnell *et al.*, *The Quality of Democracy: Theory and Applications* (Indiana: University of Notre Dame, 2004).

⁷ *Ibid.*, 23-24.

b) *Accountability*

A pesar de que no existe en el idioma español una palabra que traduzca con exactitud su significado, el término *accountability* es muy cercano al concepto de *rendición de cuentas*. Así que, de manera indistinta, *accountability* y rendición de cuentas serán considerados en el presente ensayo como un sinónimo.⁸

En un sentido amplio, el concepto de *rendición de cuentas*, como sus mismas palabras lo entrevén, significa dar explicaciones o cuentas a alguien. Imaginando que se habla de una obra de teatro, se puede decir que es la puesta en escena con dos actores, en la cual uno desempeña el papel de responsable de realizar un mandato a nombre de otro, y este último tiene la atribución de emitir un juicio y sancionar al respecto. Los asistentes son la sociedad en su conjunto, la que atestigua, critica y evalúa la calidad de los actos.⁹

En un sentido estricto, Andreas Schedler señala que en la rendición de cuentas se configuran dos variables a las que denomina como *answerability* y *enforcement*. La primera consiste en la obligatoriedad que tienen las y los funcionarios públicos o actores políticos de dar informes relacionados con sus decisiones, los cuales deben justificarse ante la opinión pública; la segunda tiene que ver con la capacidad de imponer sanciones a los políticos o servidores públicos que violan sus deberes o responsabilidades legales.¹⁰

Ambas variables se componen de tres elementos: la información, la justificación y el castigo. La información y la justificación conforman un tándem. Una y otra se traducen en solicitud de reportes y datos para esclarecer una actuación o un hecho —en preguntas que buscan explicaciones o razones acerca de las decisiones públicas—. En otras palabras, estamos ante un diálogo entre actores políticos, el cual se convierte en una especie de debate frente a la sociedad y cuya finalidad es cerrarle el paso al ejercicio unilateral del poder.¹¹

En ese intercambio se suma el elemento del castigo. No basta que entre actores políticos se expliquen hechos y sus razones, también es indispensable la posibilidad de imponer sanciones en caso de que haya una conducta que contravenga la observancia de la ley.¹²

⁸ Andreas Schedler, *¿Qué es la rendición de cuentas?* (México: IFAI, 2008), 11.

⁹ Philippe Schmitter, *Political accountability in 'real-existing' democracies: Meaning and mechanisms* (Italia: Instituto Universitario Europeo, 2007), 2.

¹⁰ Schedler, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, 12.

¹¹ *Ibid.*, 12.

¹² *Ibid.*, 13-14.

Todo este conjunto de elementos hace de la rendición de cuentas “una casa conceptual amplia que hospeda una muchedumbre de términos afines, como la vigilancia, la auditoría, la fiscalización o la penalización”.¹³ De ahí, que algunos investigadores se hayan dado a la tarea de abrirle nuevas rutas teóricas con la finalidad de traducirla en una forma más práctica en la dinámica institucional de la democracia representativa.

De esta forma, se trazaron nuevas líneas al perfil de la rendición de cuentas que derivaron en dos enfoques de análisis: el vertical y el horizontal. Su principal impulsor, Guillermo O’Donnell, señala que la *accountability* vertical es una acción que tiene como base la vía electoral. Considera que a través de comicios libres y regulares, y mediante el respeto a las libertades básicas que deben predominar en cualquier democracia –como la libertad de expresión y el derecho a la información–, el voto se convierte en el dispositivo para castigar o apoyar a los gobernantes o partidos que buscan permanecer en el poder. Es decir, las elecciones democráticas son vistas no sólo como sinónimo de conformación de la representación, sino también como mecanismo de rendición de cuentas.¹⁴

Esto, sin embargo, no genera un vínculo sólido que obligue al control permanente de los representantes a rendir cuentas, en gran parte debido a las características de la representación política en la democracia. Con el fin de entender la dinámica de este concepto, y su endeble o poco claro impacto para hacer efectiva la *accountability*, es necesario conocer más acerca del mismo.

En la actualidad existen muchas definiciones que dan significado e interpretación a la representación política en la democracia. La descripción que más se adapta a las necesidades teóricas del presente ensayo es la elaborada por el profesor Maurizio Cottam, quien a partir de los planteamientos de Hanna Pitkin concibe a la *representación política* desde una perspectiva práctica, como “aquella relación de carácter estable entre ciudadanos y gobernantes por efecto de la cual los segundos están autorizados a gobernar en nombre y siguiendo los intereses de los primeros y están sujetos a una responsabilidad de sus propios comportamientos frente a los mismos ciudadanos por medio de mecanismos institucionales electorales”.¹⁵

Esto significa que las elecciones democráticas se convierten en instrumentos de designación que facultan a determinadas personas para ejercer la acción legislativa o de gobierno, permitiendo que sean renovadas cada cierto tiempo, pero con la particularidad de que se les concede algún

¹³ *Ibíd.*, 13-14.

¹⁴ Guillermo O’Donnell, *Horizontal Accountability and New Polyarchies* (Indiana: Kellogg Institute, 1998), 2-3.

¹⁵ Hanna Fenichel Pitkin, *El concepto de representación* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985), 233-267; Maurizio Cotta, “Parlamentos y representación”, en Gianfranco Pasquino *et al.*, *Manual de ciencia política* (Madrid: Alianza, 1986), 272.

grado de independencia frente a sus representadas y representados. Una autonomía que deriva de lo que es conocido como mandato representativo, un principio que habilita a las y los representantes para deliberar de forma libre, sin estar atados jurídicamente al cumplimiento de un contrato o mandamiento, y así buscar un acuerdo frente a otras visiones y proyectos en espacios plurales como lo son las asambleas legislativas.

Uno de los principales ejes en el que se refleja esa articulación de mandatos e intereses son las plataformas u ofertas electorales. Éstas juegan un papel importante en la orientación del proceso de identificación y captación del voto porque delimitan la agenda de demandas y necesidades de la sociedad.

Bernard Manin, politólogo francés, considera que las ofertas electorales no pueden integrarse como un folleto que contemple medidas específicas a seguir, ni un programa rígido de promesas que forzosamente tengan que cumplirse. Por el contrario, son instrumentos conformados con propuestas flexibles con el fin de que las y los candidatos que hayan ganado una elección puedan someter a debate esos planteamientos y realizar modificaciones, así como enfrentar con mayor pericia las contingencias y los hechos que no pueden ser previstos y sí multiplicarse durante el tiempo que duren en el cargo.¹⁶

Como se observa, las elecciones democráticas y la oferta electoral —el primer paso en la construcción de la representación política democrática— se convierten en un campo de batalla por el voto y los espacios de gobierno. Los vaivenes que interactúan en esa circunstancia pueden ser muy variados, ello dependiendo del juego de intereses de candidatas y candidatos, y de las demandas de la sociedad.

Al respecto, el teórico Adam Przeworski hace una breve reflexión con base en una interpretación de los comicios como mandato y la rendición de cuentas. Considera que la primera se hace efectiva cuando coinciden los intereses de la o el candidato y el conjunto de votantes, o cuando candidatas y candidatos sólo están preocupados por obtener el triunfo y mantenerse en el cargo, lo que los obliga a promover e implementar políticas que favorezcan a la mayoría de la sociedad.¹⁷

Este autor plantea tres hipótesis que pudieran rondar al cumplimiento real de esa convergencia de intereses: *a)* los gobernantes comparten con las y los gobernados los mismos puntos de vista;

¹⁶ Bernard Manin, “Metamorfosis de la representación”, en Mario Dos Santos, comp., *¿Qué queda de la representación política?* (Caracas: Nueva Sociedad, 1992), 31.

¹⁷ Bernard Manin *et al.*, “Elections and representation”, en Bernard Manin *et al.*, *Democracy, Accountability, and Representation* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 29.

b) los candidatos tienen el deseo de ganar y poder ser reelegidos en el cargo, lo que sólo consideran posible si cumplen con lo ofertado en campaña; c) la preocupación de los gobernantes sobre la credibilidad de sus políticas y aspiraciones políticas.¹⁸

El primer inciso tiene que ver con la coincidencia entre las necesidades del electorado con los intereses de las y los candidatos. Si votantes de cierto distrito y las y los candidatos tienen los mismos valores y opiniones sobre las políticas y sus resultados, entonces habrá una elección donde será electo alguna o algún candidato con una estrecha cercanía a las demandas de los grupos de esa zona.¹⁹

El segundo inciso está relacionado con la pretensión de las y los gobernantes de ser reelegidos en el cargo. Parte de la idea de que el electorado dará su voto si aquéllos llevan a la práctica las propuestas ofrecidas en su campaña electoral. Si quienes gobiernan esperan que la tendencia del sufragio no cambie como resultado de la ejecución de lo ofertado en campaña, entonces se sujetarán al cumplimiento de sus promesas electorales con el objetivo de buscar la reelección.²⁰

El tercer inciso se orienta a la legitimidad y aceptación de las futuras promesas de campaña ante la sociedad. Supone que las y los gobernados no olvidan la falta de cumplimiento de lo prometido en campaña, sin importar que hayan sido beneficiados de su incumplimiento o modificación, y que exista la posibilidad de que haya un voto de castigo.²¹

Por su parte, las elecciones entendidas como rendición de cuentas operan cuando las y los ciudadanos emiten su sufragio para mantener en el poder a gobernantes que promovieron e implementaron únicamente las políticas que correspondían a sus intereses y demandas, o si quienes gobiernan ejecutan una selección de políticas públicas o iniciativas de ley que les garantizan el apoyo de la ciudadanía para reelegirse en el cargo.²²

Este ejercicio se da a través del llamado *voto en retrospectiva*. Es decir, de la evaluación que realizan las y los ciudadanos frente a los beneficios que obtuvieron de las políticas impulsadas por sus representados. Y al igual que las elecciones como mandato, es difícil que opere en la práctica debido a las hipótesis y argumentos ya mencionados.²³

¹⁸ *Ibíd.*, 31.

¹⁹ *Ibíd.*, 32-33.

²⁰ *Ibíd.*, 33.

²¹ *Ibíd.*, 33.

²² *Ibíd.*, 40.

²³ *Ibíd.*, 42.

Esa discusión es muy amplia y obligaría a retomar muchos más planteamientos de una vasta bibliografía, pero lo importante es indicar cómo la *accountability* –vista sólo desde su faceta vertical– parecería que carece de la fuerza para ejercer una permanente vigilancia, control y sanción eficaz hacia las y los gobernantes, por el juego de intereses que pueden influenciar al momento de ejercer el mandato representativo. Sin embargo, esta práctica adquiere impulso cuando se acompaña de los contrapesos de los poderes públicos y del actuar de un conjunto de instituciones públicas que buscan garantizar la observancia de la ley y cuentan con las atribuciones para emitir juicios y penas.

Esto es lo que se conoce como la *accountability horizontal*. El politólogo argentino Guillermo O'Donnell define esa variación del concepto de la rendición de cuentas como “la existencia de agencias estatales con facultades legales para emprender acciones que abarcan desde la revisión de rutina hasta el ejercicio de acciones penales y solicitudes de juicio político, por actos o comisiones realizadas por otras agencias estatales o servidores públicos, y que puedan ser consideradas como presuntamente ilegales”.²⁴

Por principio, este entramado institucional de control y vigilancia del poder se encuentra montado en la clásica división de poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– que contempla cualquier constitución moderna. En la delimitación de las facultades y la coordinación para limitar el ejercicio del poder radican la esencia misma de la democracia constitucional y sus diversas formas de regímenes políticos.²⁵

El diseño institucional de los regímenes políticos es muy variado, pero no quiere decir que no haya una taxonomía general al respecto. Actualmente, éstos se clasifican en regímenes presidenciales y semi presidenciales, parlamentarios y semi parlamentarios, los cuales tienen constituciones rígidas o flexibles, escritas o no escritas, un orden de gobierno federal o unitario, modelos bicamerales o unicamerales, estructuras bipartidistas o pluripartidistas, y reglas electorales por mayoría o proporcional.²⁶

Sin embargo, ha quedado demostrado que estas formas de frenos y contrapesos del poder no son del todo efectivas para someter la pluralidad de intereses y la ambición de grupos políticos que muchas veces derivan en abusos del poder y en actos ilegales. Esto es, el contexto de muchas democracias ha demostrado que no están exentas de esa tensión entre el imperio de la ley y la

²⁴ O'Donnell, *Horizontal Accountability and New Polyarchies*, 11.

²⁵ Matthew Soberg Shugart *et al.*, “The Accountability Deficit in Latin America”, en Scott Mainwaring y Christopher Welna, *Democratic accountability in Latin America* (Nueva York: Oxford University Press, 2003), 79-130; Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (España: Ariel, 1979), 68-72.

²⁶ Giovanni Sartori, *Partidos y sistemas de partido* (Madrid: Alianza, 1992), 51-164.

conducta de las y los gobernantes, la que puede ser generada por la propia condición humana, los hechos imprevistos de la realidad política y social, o la naturaleza, lo que influye en la toma de decisiones de gobierno y pone en riesgo la vigencia del Estado de derecho.

Desde el siglo xvii, John Locke, el fundador del liberalismo moderno, reflexionó acerca de esta realidad y ofreció alternativas para que quien gobierne actúe dentro de la legalidad. Advirtió que la ley no es un oráculo que lo prediga o lo prevea todo; y que hay sucesos que no pueden ser prescritos por aquélla, a los cuales el Poder Ejecutivo tiene que encarar y tomar una decisión, y que por la premura de los acontecimientos no es posible someterla a la opinión y vigilancia del Poder Legislativo. A este obrar discrecional del poder público lo denominó como *prerrogativa*, una manera de ajustarse a la necesidad de tomar decisiones frente a situaciones difíciles e intermitentes.²⁷

Hoy, esta solución –que fue concebida como un medio para justificar el uso discrecional del poder para beneficio de la sociedad– se ha incrementado en los regímenes políticos democráticos y ha sido objeto de múltiples críticas por amplios sectores de la sociedad debido a que ha impactado negativamente en el uso y disfrute de los derechos fundamentales. La frontera entre lo legal y lo ilegal se ha convertido en un espacio difuso y controvertido, y la responsabilidad del gobernante por sus acciones u omisiones ha sido muy difícil de determinar.²⁸

Estas son algunas de las razones por las cuales varios países se han visto obligados a crear nuevas instituciones que tienen la finalidad de contener los excesos y la ilegalidad de quienes gobiernan, situación que se torna más compleja en naciones que apenas han adquirido la categoría de regímenes en proceso de consolidación democrática. En esos países hay una arraigada cultura política de displicencia a la observancia de la ley, lo cual ha impedido que se genere la *segunda transición*; la construcción de decisiones consensuadas que se traduzcan en instituciones democráticas que faciliten el manejo de las problemáticas económicas y sociales en general, y el respeto a los derechos humanos.²⁹

Hay quienes asumen que edificar una estructura sólida de *accountability horizontal* es poco prometedor sin condiciones óptimas para ejercer una efectiva rendición de cuentas vertical. Consideran que si las conductas contra el Estado de derecho no son reducidas al mínimo a través del

²⁷ Benjamín Arditi, *La política en los bordes del liberalismo* (Argentina: Gedisa, 2009), 16, 117-137; John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil* (México: Porrúa, 1997), 99-104.

²⁸ Arditi, *La política en los bordes*, 16.

²⁹ Guillermo O'Donnell, "Delegative democracy", *Journal of Democracy*, núm. 1 (enero, 1994): 56. Véase Guillermo O'Donnell, *Contrapuntos: Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización* (Buenos Aires: Paidós, 1997), 257-285.

voto, esos comportamientos trascienden al andamiaje público erigido con la finalidad de evitar los atropellos a la ley.³⁰

No obstante, se ha generado una gran corriente a favor del establecimiento de burocracias para esos fines. En lo general, esta tendencia se ha traducido en la creación de entidades públicas que se han caracterizado por gozar de autonomía legal y constitucional frente a los poderes públicos y con facultades bien delimitadas y sólidas. Asimismo, no operan en forma aislada como si fueran un archipiélago, sino que se encuentran agrupadas en una red de manera coordinada para hacerse respetar por todos los actores políticos y así cumplir sus funciones.³¹

Otra característica importante de esa red de organismos públicos es que sus actividades son de prevención, para alertar a la opinión pública sobre posibles actos ilegales o de extralimitación de funciones por parte de la autoridad; que dependiendo del caso y las circunstancias devienen en medidas de promoción y ejercicio ante el sistema de justicia con la finalidad de que se impongan las penas o sanciones que correspondan.³²

b) El ombudsman

Una de las instituciones que tiene más de dos siglos de formar parte de esa ola institucional encaminada a hacer efectiva la rendición de cuentas horizontal ha sido el *ombudsman*. Esta institución nació en Suecia en 1809, cuando comenzó a gestarse y extenderse la concepción más humana de los sistemas de justicia y la libertad.³³

Sin embargo, el recorrido histórico del ombudsman no se agota en Suecia, también pasa por Finlandia (1919), Dinamarca (1953), Alemania (1957), Noruega (1962), Nueva Zelanda (1962), Gran Bretaña (1967), Portugal (1975), España (1978), entre otros.³⁴

Después, este trayecto llegaría a los ordenamientos de regímenes políticos de Latinoamérica a mediados de la década de 1980 y durante la década de 1990: Guatemala (1985), México (1990),

³⁰ Shugart *et al.*, "The Accountability Deficit", 81.

³¹ O'Donnell, *Horizontal Accountability*, 13-14. Véase Pierre Rosanvallon, *Legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad* (España: Paidós, 2010), 113-149.

³² O'Donnell, *Horizontal Accountability*, 13-14.

³³ Universidad Nacional Autónoma de México, *Derechos humanos y ombudsman en México. Selección de textos en homenaje de Héctor Fix Zamudio* (México: UNAM, 2015), 141-190; Philipp Blom, *Gente peligrosa. El radicalismo olvidado de la Ilustración europea* (Barcelona: Anagrama, 2012), 292-300.

³⁴ Universidad Nacional Autónoma de México, *Derechos humanos y ombudsman en México*, 141-190.

Colombia (1991), El Salvador (1991), Paraguay (1992), Costa Rica (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Argentina (1994).³⁵

Ciertamente no es el espacio para realizar un análisis comparativo entre el modelo sueco y los diversos ombudsman que se adoptaron al régimen jurídico de cada país, pero es importante rescatar los aspectos generales de dicha institución en el mundo, a saber: autonomía e independencia de los poderes públicos; burocracias especializadas y de funcionamiento apartista; amplias facultades de investigación y acceso a la información oficial; requisitos procesales sencillos y mínimos; gratuidad de los trámites para todas las personas; emisión de resoluciones no vinculatorias e informes periódicos; autoridad moral o prestigio social de quienes ocupan la titularidad del ombudsman.³⁶

Toda esta arquitectura institucional y jurídica ha tenido como consecuencia que muchos países de la comunidad internacional reconozcan la existencia de dos mecanismos de defensa y protección de los derechos fundamentales: el sistema jurisdiccional y el sistema no jurisdiccional.

Por un lado, el llamado *sistema jurisdiccional* se basa en el esquema tradicional de la administración de justicia; es un procedimiento al cual puede recurrir cualquier persona que haya sufrido el menoscabo en sus prerrogativas y busque resarcir el goce de éstas por medio de resoluciones que tienen como característica fundamental la ejecución forzosa, pues son vinculantes.³⁷

Por otro lado, el *sistema no jurisdiccional* es también un procedimiento que concluye con la emisión de resoluciones que no son de ejecución forzosa, es decir, no son vinculantes. Sus destinatarios no están sujetos a la obligación de darles cumplimiento, son discrecionales, pues su emisor no cuenta con el poder de coacción que caracterizan a la autoridad y a las determinaciones judiciales.³⁸

A pesar de las críticas a esta división, en el sentido de que existe una tendencia a sustituir a los tradicionales órganos jurisdiccionales, la propia práctica ha demostrado que no hay contradicción ni yuxtaposición de funciones. Por el contrario, ambos sistemas son complementarios porque tienen como finalidad hacer que se observe el cumplimiento de la ley y el respeto pleno a la dignidad humana, lo que constituye la columna vertebral de las democracias representativas.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Sonia Venegas Álvarez, *Origen y devenir del ombudsman. ¿Una institución encomiable?* (México: UNAM, 1988), 41-45.

³⁷ Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (México: Porrúa, 2007), 198-206.

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos* (México: SCJN, 2008), http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2009/68718/68718_1.pdf. (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).

Esta creación de entramados institucionales y procesos jurídicos muestra la necesidad de fortalecer a los Estados modernos para que cuenten con las herramientas que les permitan poner en marcha una compleja actividad gubernamental más acorde a contextos sociales y políticos cambiantes y dinámicos, que cada vez ponen en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales y el imperio de la ley.

III. El Poder Legislativo y el ombudsman, dos referentes de la rendición de cuentas del proceso de democratización mexicano

Era importante emprender toda esa ruta teórica para conocer algunos de los aspectos que tienen relación directa con la evolución del Poder Legislativo y la institución del ombudsman. Ahora pasará a la descripción y el análisis de los hechos del proceso de democratización en México, los cuales han reafirmado a estas instituciones como mecanismos de *accountability* horizontal del Estado mexicano, y que servirá para reflexionar si la colaboración entre ambas figuras institucionales –contemplada en la reforma constitucional de derechos humanos– es una medida factible en el régimen político para fortalecer la labor de la rendición de cuentas en esa materia.

a) El Poder Legislativo

Hablar del Poder Legislativo como instrumento de control y contrapeso real del presidente de la república y de las elecciones como un método de ejercicio democrático para su conformación, es referirse a un periodo que se gestó hace apenas dos décadas en México. En otras palabras, no es aventurado asegurar que los mecanismos tradicionales de la rendición de cuentas vertical y horizontal son muy recientes en la vida política del país.

Desde 1929 las formas de representación política del Estado mexicano se habían basado en esquemas corporativos y no democráticos. Era un régimen construido por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) para apuntalar a un Poder Ejecutivo fuerte, en términos formales e informales, que se imponía sobre los poderes públicos y los órdenes de gobierno estatal y municipal.³⁹

³⁹ Véase Jorge Carpizo MacGregor, *El presidencialismo mexicano* (México: Siglo XXI, 1990); Lorenzo Meyer y José Luis Reyna, “México, el sistema y sus partidos: entre el autoritarismo y la democracia”, en Lorenzo Meyer y José Luis Reyna, coords., *Los sistemas políticos en América Latina* (México: Siglo XXI, ONU, 1999), 307-308.

Este diseño soslayó la esfera de los partidos políticos y sometió al ámbito legislativo los dictados del presidente de la república; eliminó cualquier forma de democracia directa e indirecta, y la conformación de las agendas legislativas con base en las demandas ciudadanas y la deliberación parlamentaria. Es decir, la *accountability* no era una obligación con la sociedad sino con el titular del Poder Ejecutivo en funciones.⁴⁰

Los comicios y las campañas electorales —clave del *accountability* vertical— se habían convertido en un ritual para ratificar las candidaturas del PRI. Sin embargo, existía abierta la posibilidad para la participación de partidos de oposición como medida de legitimación democrática y despresurización social, mediante leyes que permitían una limitada actividad política que no desafiara el dominio del PRI en el Congreso de la Unión.⁴¹

Con el paso de los años se generaron movimientos sociales y políticos que promovían la libertad y la democracia, así fue como surgió una presencia más activa de los partidos de oposición que exigían mayores espacios en el Poder Legislativo. Esto obligaría al régimen político a emprender cambios paulatinos en uno de sus pilares de mayor vigilancia y sometimiento: el manejo del pluralismo y la participación política. Así se crearía la figura de los diputados de partido y posteriormente se establecería la elección por representación proporcional.⁴²

Esa coyuntura tendría como punto de inflexión las elecciones presidenciales de 1988. En este proceso electoral el PRI tendría una inédita competencia que puso en duda la victoria de su candidato a la Presidencia de la República y repercutió en la pérdida de la mayoría calificada en la Cámara de Diputados.⁴³

⁴⁰ Véase Luis Javier Garrido, *El Partido de la Revolución Institucionalizada. La formación del nuevo Estado en México (1928-1945)* (México: Siglo XXI, 1998). En México se mezclaron prácticas e instituciones de tres modelos diferentes: “el liberal, el corporativo y el autoritario. Son tres planos que se intersectan: sobre instituciones y prácticas propias del liberalismo (tales como el voto universal y secreto), las cuales encuentran su expresión formal en nuestras leyes, se articulan instituciones y prácticas —que tienen lugar en un terreno mucho más informal— propias del corporativismo (la adscripción colectiva de organizaciones obreras y campesinas al partido) y del autoritarismo (el peso del titular del poder ejecutivo sobre el legislativo)”. Guadalupe Pacheco Méndez, *Caleidoscopio electoral. Elecciones en México, 1979-1997* (México: FCE, UAM-Xochimilco, IFE, 2000), 28; Jeffrey Weldon, “Las fuentes políticas del presidencialismo en México”, en Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart, comps., *Presidencialismo y democracia en América Latina* (Argentina: Paidós, 2002), 175-211.

⁴¹ Daniel Cossío Villegas, *El sistema político mexicano* (México: Joaquín Mortiz Editorial, 1995), 32; Meyer y Reyna, “México, el sistema y sus partidos”, 313.

⁴² Susana Thalía Pedroza de la Llave, *El Congreso de la Unión. Integración y regulación* (México: UNAM, 1997), 87-88.

⁴³ En la legislatura federal que se constituyó en los comicios de 1988, la fracción priista de la Cámara de Diputados del Congreso sólo superó con nueve diputados el número de escaños requeridos para contar con la mayoría absoluta. El 7 de julio de 1988, el propio candidato priista a la Presidencia de la República, Carlos Salinas de Gortari, en un mensaje dirigido a su partido declaró que su triunfo se alcanzó en una de las elecciones más competidas de la historia, donde los partidos de oposición obtuvieron triunfos que antes no habían alcanzado, y reconoció que terminaba “la época de prácticamente un partido único y entramos a una nueva etapa política con un partido mayoritario y una muy densa competencia de la oposición”. Periódico *El Sonorense*, 8 de julio de 1988.

Esta crisis obligó al presidente Carlos Salinas de Gortari a admitir que la garantía más urgente era la transparencia de los procesos electorales y a llevar a cabo “una reforma democrática que responda a las exigencias de respeto a la pluralidad”.⁴⁴

En otros términos, así fue como se inició un nuevo ciclo político que impulsaría una etapa de transición a la democracia, y con ello un proceso de democratización, de construcción de las instituciones electorales para garantizar elecciones más libres y con mayor equidad; lo que se reflejaría en más inclusión, libertad y tolerancia hacia los actores políticos y sociales de oposición. En adelante, los partidos opositores como el Partido Acción Nacional (PAN), el Partido de la Revolución Democrática (PRD), entre otros, comenzarían a tomar fuerza y presencia en las cámaras del Congreso de la Unión.

De este modo cambiaría gradualmente el perfil del Poder Legislativo: de ser un apéndice del PRI, el presidente de la república se convertiría en un capítulo central del debate de la agenda nacional, y en un órgano más crítico, de mayor contrapeso y control del poder, tendiente a ejercer su función esencial en el marco tradicional de la rendición de cuentas horizontal. Se desplegarían fórmulas de cabildeo y de negociación no antes vistas en las cámaras de Diputados y Senadores,⁴⁵ que tendrían como fin posibilitar la construcción de las mayorías para la aprobación de diversas iniciativas, sobre todo de las relacionadas con las reformas constitucionales.⁴⁶

Uno de los cambios que reflejó con claridad esta nueva correlación de fuerzas políticas y juego de intereses, fue la transformación de la Gran Comisión, principal órgano parlamentario que dirigía la actividad de las comisiones de trabajo legislativo conforme a los dictados del Poder Ejecutivo.⁴⁷

En 1994 este instrumento para la gobernabilidad interna del Poder Legislativo se convertiría en la Comisión de Régimen Interno y Concertación Política (CRICP), un espacio con representación de todos los grupos parlamentarios. No obstante, conservó como condición para su

⁴⁴ Periódico *El Sonorense*, 2 de diciembre de 1988.

⁴⁵ María Amparo Casar, *La LVII Legislatura de la Cámara de Diputados en México. Coaliciones y cohesión partidaria*, Documento de trabajo, núm. 113 (México: CIDE, 2000), 6.

⁴⁶ Soledad Loaeza, *El Partido Acción Nacional: La larga marcha, 1939-1994. Oposición leal y partido de protesta* (México: Fondo de Cultura Económica, 1999), pp. 413-417.

⁴⁷ “La Gran Comisión es un invento mexicano, una fórmula derivada de una reforma introducida al reglamento de Cádiz. Ésta experimenta cambios en la historia del país hasta que finalmente en 1979, cuando se institucionaliza la entrada de los partidos a la Constitución también se da entrada a la reglamentación parlamentaria.” Alonso Lujambio, “Mesa Directiva y Comisión de Gobierno en la Cámara de Diputados”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 172 (abril-junio 1998): 141-142.

instalación y funcionamiento la existencia de un grupo parlamentario de mayoría, al cual se le concedía el derecho de nombrar a presidentes de comisiones y comités, entre otros cargos.⁴⁸

Luego de los comicios de 1997, el dominio priista se debilitó, perdió la mayoría, pero ningún partido político obtuvo la representación mayoritaria en la Cámara de Diputados, requisito indispensable para el establecimiento de la CRICP. Eso obligó que todos los grupos parlamentarios llevaran a cabo reformas profundas al funcionamiento del Congreso de la Unión, como sería la expedición de una nueva Ley Orgánica y su reglamento de sesiones. También, repercutió en que los principales órganos de trabajo legislativo y las comisiones más importantes estuvieran presididos por la oposición.⁴⁹

Así, a partir de 1988, como consecuencia de la intensa actividad de las organizaciones partidistas y los movimientos sociales, de las reformas a las instituciones electorales impulsadas desde dentro y fuera del Congreso de la Unión, y sobre todo a la voluntad del voto en las urnas, se galvanizó un proceso de consolidación democrática, el cual tendría como piedra de toque la aceptación de la derrota por parte del PRI en las elecciones presidenciales del año 2000.

Después de 70 años ya no habría duda de que el sufragio sí contaría para conformar el gobierno, y con ello la alternancia y la pluralidad se convertirían en un rasgo de la vida política de México. Visto de otra manera, la rendición de cuentas vertical, el voto, los partidos políticos, el cumplimiento de las promesas de campaña y las demandas ciudadanas, así como la base para la rendición de cuentas horizontal, el Poder Legislativo, tendrían un papel más preponderante.

a) El ombudsman mexicano

Esta fase de construcción de nuevas reglas políticas que detonaron el proceso de consolidación democrática también estuvo acompañada de instituciones que trazarían el camino hacia mecanismos de control del poder político y la rendición de cuentas horizontal, sobre todo orientados a atender la problemática relacionada con los derechos humanos. Una situación que se convertiría en una necesidad cada vez más urgente de atender, conforme avanzaba el proceso de liberaliza-

⁴⁸ *Ibíd.*, 141.

⁴⁹ “La distribución de las 59 comisiones y comités legislativos quedaron establecidas de la siguiente manera: para el PRI, 28 presidencias (se creó la Comisión de Protección Civil que presidirá este partido); para el PRD y el PAN, 14 presidencias para cada uno (ambos presidirán comisiones muy importantes: el PRD la de Programación y Presupuesto y Cuenta Pública y la de Educación; y el PAN las de Gobernación y Puntos Constitucionales y la de Vigilancia de la Contaduría Mayor de Hacienda); para el PT y PVEM, dos presidencias para cada uno.” César Cansino *et al.*, “La rebelión del coro: la nueva legislatura en México”, en César Cansino, coord., *Después del PRI. Las elecciones de 1997 y los escenarios de la transición en México* (México: Centro de Estudios de Política Comparada, A. C., 1998), 125.

ción del país, el cual requería de burocracias especializadas para hacer valer el reconocimiento de tales derechos y otras garantías judiciales en la naciente pluralidad política.

Una muestra de ello es el *ombudsman*. A partir de 1992 esta institución —que había sido creada por decreto presidencial en 1990 como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación— se elevaría a rango constitucional pero con una naturaleza jurídica de organismo descentralizado, bajo el nombre de Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).⁵⁰

Con el fin de implementar ese cambio se adicionó el artículo 102 constitucional, apartado B, que facultó al Congreso de la Unión y a las legislaturas locales para establecer organismos públicos que atendieran las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa violatorias de derechos humanos cometidos por cualquier servidora o servidor público, así como formular recomendaciones públicas no vinculatorias, y denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes.

Se asumía que era indispensable un andamiaje de tutela de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, el orden jurídico nacional y los tratados internacionales aprobados y ratificados por México. Dicha estructura estaría conformada por la CNDH y otros 32 organismos públicos estatales, la cual tendría entre sus facultades poner en marcha instrumentos de prevención, mediación, conciliación y procedimientos sencillos, rápidos, sin las formalidades del clásico sistema de justicia. No obstante, excluía de sus funciones la acción de investigar los actos que provinieran del Poder Judicial, así como los asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.⁵¹

Con ello, el país se sumaría a las naciones que reconocían dos sistemas de protección de los derechos humanos: el jurisdiccional y el no jurisdiccional. El primero se llevaría a cabo a través de la interposición de una demanda de juicio de amparo ante el Poder Judicial de la Federación, y el segundo se iniciaría mediante la presentación de una queja ante un organismo público de derechos humanos.⁵²

Asimismo, el régimen político reafirmaba su disposición a seguir promoviendo instituciones para encauzar el proceso de democratización a través de figuras como el ombudsman, un mecanismo no tradicional de rendición de cuentas con una probada eficacia en democracias consolidadas y emergentes, con beneficios sustanciales para los derechos humanos y el Estado de derecho. Sin

⁵⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Antecedentes”, <http://www.cndh.org.mx/Antecedentes> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).

⁵¹ María Eugenia Ávila López, “El ombudsman local: antecedentes, evolución y realidades”, en Germán Cisneros Farías *et al.*, coords., *Ombudsman local. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo* (México: UNAM, 2007), 32-38.

⁵² Mireya Castañeda, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México* (México: CNDH, 2011), 20-24.

embargo, faltaba un elemento clave para el funcionamiento de cualquier entidad pública de esta naturaleza: la autonomía de función.

En 1999, la CNDH adquiriría la categoría de organismo constitucional autónomo del Estado mexicano, con el nombre de Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Este cambio en su naturaleza se concretaría con el entorno de efervescencia política que se había producido durante la LVII Legislatura, cuando el PRI perdió por primera vez la mayoría legislativa y estaba en la antesala de su primera derrota en elecciones presidenciales, es decir, en el inicio del proceso de consolidación democrática.⁵³

A pesar de esta agitación política imperó el respeto al marco legal que regulaba las funciones del ombudsman. No se buscó una intromisión del Poder Legislativo al trabajo propio de una comisión pública de derechos humanos. La relación entre ambas instituciones se limitó a la elección del titular de este organismo público, a la obligación constitucional de que los titulares presentaran anualmente un informe de labores ante los tres poderes federales y comparecieran ante las comisiones de trabajo legislativo cuando así se considerara necesario.

Pero el ciclo histórico del ombudsman mexicano no se detendría ahí. Después de más de una década arribaría la reforma constitucional de derechos humanos con un conjunto de nuevas funciones y otros elementos, cuya intención era afianzar la labor de este organismo público; entre ellos, se le otorgaría competencia para conocer asuntos del ámbito laboral; la facultad de investigar violaciones graves a derechos humanos; la transparencia en la elección del titular del ombudsman mediante procedimientos de consulta pública; la facultad para ejercer acciones de inconstitucionalidad contra leyes federales y locales que vulneren derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales signados y ratificados por el Estado mexicano; y otros más.⁵⁴

De todos esos nuevos rasgos hay un atributo que es el punto central del presente ensayo, tiene relación con un eje de colaboración entre las comisiones públicas de derechos humanos y uno de los poderes públicos, y su finalidad es hacer más efectiva la rendición de cuentas, por lo que quedó establecido en el segundo párrafo del artículo 102 constitucional, apartado B:

Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la

⁵³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Antecedentes”, <http://www.cndh.org.mx/Antecedentes>. (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).

⁵⁴ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (*Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).

Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

Esta disposición constitucional ya se ha implementado en dos ocasiones en todo el país. La primera se llevó a cabo el 28 de marzo de 2012 ante las comisiones unidas de Recursos Hidráulicos, Derechos Humanos y de Protección Civil de la Cámara de Senadores, en virtud de que el director general de la Comisión Nacional del Agua rechazó la Recomendación 61/2011, relacionada con las inundaciones ocurridas en 2010 en Tabasco.⁵⁵

La segunda se presentó el 29 de noviembre de 2012 ante las comisiones unidas de Seguridad Pública y de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores, motivada porque el titular de la Secretaría de Seguridad Pública Federal rechazó las recomendaciones 62/2010, 43/2011 y 38/2012, referentes a la actuación de la Policía Federal (PF) en diferentes estados del país.⁵⁶

En ambos casos las legisladoras y los legisladores formularon preguntas al servidor público para desentrañar las razones del rechazo a la recomendación de la CNDH, pero no hubo un procedimiento legal o político posterior. A guisa de ejemplo se exponen algunas expresiones que dan una idea del rigor técnico para llevar a cabo una labor de esa magnitud:

Comparecencia del 28 de marzo de 2012⁵⁷

Yo le pediría a nuestro amigo Tamargo que, debido al planteamiento de inversión que nos hizo saber ahorita, que fue aprobado por la Cámara de Diputados, ¿qué sigue para seguir haciendo la infraestructura [...] que se necesita en el estado de Tabasco[?], [¿]para que no se siga[n] [viendo] estas zonas afectadas? ¿Por qué hay una inversión ahorita[?], la que está por el aeropuerto, que es la del Zapote III, y bueno, ¿cuándo se terminaría esta obra[?] y [¿]

⁵⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación núm. 61/2011, Caso de las inundaciones ocurridas en diversas localidades del estado de Tabasco, México, 2011, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2011/Rec_2011_061.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2016).

⁵⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación núm. 62/2010, Caso de internos del Centro de Ejecución de Consecuencias Jurídicas del Delito en Mazatlán, Sinaloa, y personal de la Secretaría de Seguridad Pública de esa entidad, México, 2010, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2010/Rec_2010_062.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2016); Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación 43/2011, Caso de la desaparición forzada de v1, v2 y v3 en el ejido Benito Juárez, Municipio de Buenaventura, Chihuahua, México, 2011, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2011/Rec_2011_043.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2016); Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación núm. 38/2012, Caso de la detención arbitraria de v1 y v2, desaparición forzada y privación de la vida de v1 en el municipio de Cuernavaca, Morelos, México, 2012, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec_2012_038.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2016).

⁵⁷ Versión estenográfica de la reunión de trabajo de las Comisiones Unidas de Recursos Hidráulicos; Derechos Humanos; y de Protección Civil, celebrada el 28 de marzo de 2012.

cómo va también el asunto del Macayo?, ¿cómo si se va a terminar está obra en el estado de Tabasco?, porque es importante que se terminen las obras para que [no] sigan habiendo estos desastres naturales en el Estado.

Me parece que, por un lado, los planteamientos de la Comisión de Derechos Humanos y de acuerdo a lo señalado por el director de la Comisión Nacional del Agua no tienen sustento, no hay congruencia, me parece que no hay punto de equilibrio, parece ser que no nos entendemos en el gobierno federal, independientemente de la autonomía de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. No sé qué sea, o falta sensibilidad, trato amable, cordura, prudencia, sensatez, de una de las partes, o hay intransigencia en otra de las partes. Por eso creo que es importante coordinar las voluntades, los esfuerzos de todos los funcionarios de los tres niveles de gobierno.

Comparecencia del 29 noviembre de 2012

Primero, creo que con mucha claridad ha presentado aquí el por qué estas tres recomendaciones no fueron aceptadas. Y yo quisiera aquí aprovechar su presencia para hacerle concretamente dos preguntas, que me parece [que] pueden bien ser enmarcadas en este momento por lo que estamos atravesando en nuestro país. Primero, [...] ¿qué elementos, desde la legislación, considera que deban de adecuarse o modificarse en materia de seguridad pública a fin de respetar los derechos humanos, tanto de elementos de la policía federal como de personas en estado de reclusión y de quienes sean detenidas? ¿Qué podemos hacer, desde el Legislativo, para perfeccionar nuestras leyes? Porque es claro que a lo largo de seis años de experiencia al frente de esta Secretaría, también sería pertinente que nos mencionara ¿cuáles son los elementos que considera deben tomar en cuenta los órganos protectores de los derechos humanos a fin de efectuar recomendaciones atinadas, completas y congruentes a órganos estatales y federales de seguridad pública a fin de que éstas en su totalidad puedan ser atendidas?

Y yo creo que hay insensibilidad [con] respecto a los derechos humanos. Y yo le pregunto, si usted dice que existen protocolos para el uso de la fuerza, si existen protocolos para acreditar las acciones que realizan en sus operativos, ¿por qué 59 agentes llegaron armados para disuadir una manifestación de los jóvenes de Ayotzinapa? Esto no se justifica. Y yo le preguntaría también, ¿por qué entonces alterar las escenas del crimen[?] Borran evidencias, borran videos, [¿]mienten? Ya esto es conocido por toda la opinión pública; como sucedió en el caso de Tres Marías, en que intentaron asesinar a diplomáticos de los Estados Unidos. Yo, explíqueme, si existen protocolos, [¿]entonces por qué los burlan, por qué no los siguen?⁵⁸

Estos actos se llevaron a cabo sin contar con las disposiciones reglamentarias. Es decir, no había un procedimiento establecido para desahogar una comparecencia de alguna autoridad que no hubiera cumplido una recomendación de la CNDH. Tuvieron que pasar tres años de la vigencia de la reforma constitucional en derechos humanos, en diciembre de 2014, para que fuera re-

⁵⁸ Versión estenográfica de la reunión de trabajo de las Comisiones Unidas de Seguridad Pública y Derechos Humanos, celebrada el 29 de noviembre de 2012.

formado el Reglamento del Senado con el objetivo de que se contemplara una regulación para tal efecto.⁵⁹

b) El Poder Legislativo y el ombudsman mexicano, un nuevo arreglo institucional para la rendición de cuentas en materia de derechos humanos

Este arreglo institucional entre el Poder Legislativo y la institución del ombudsman constituye una ampliación de la red institucional que auxilia la labor de los organismos autónomos para garantizar la rendición de cuentas horizontal.

Sin embargo, esa expansión toma un sentido alternativo porque encamina a las comisiones públicas de derechos humanos a una ruta institucional marcada por una bifurcación entre lo jurídico –conformado por las instancias del sistema de justicia– y lo político –constituido por las comisiones de trabajo legislativo.

Quizá no es precipitado asegurar que es la primera vez en el mundo que un ombudsman tenga la posibilidad de recurrir a instancias que no basan su labor en pruebas, razonamientos y argumentos de lógica jurídica, como lo es el Poder Legislativo, con la intención de complementar la fuerza de sus recomendaciones.

En otras palabras, se hizo a un lado el sentido del *accountability* horizontal que busca dotar de plena independencia a las instituciones para que realicen su trabajo alejadas de la intromisión de actores políticos o entidades gubernamentales, pero manteniendo como soporte a otras instancias que comparten la misma naturaleza o lógica de funcionamiento, con el fin de reforzar la efectividad de su tarea o de realizar las correcciones necesarias.

Ya se expuso que una o un representante elegido en las urnas –un diputado o un senador–, está investido del mandato representativo, de plena libertad para poder discutir y negociar un proyecto de ley. Su trabajo no es realizar una investigación con procesos basados en elementos técnicos y objetivos. Por el contrario, su labor sustancial es de carácter político porque encausa conflictos y diferencias a través de acuerdos con sus pares o con grupos parlamentarios, dependiendo de los intereses en disputa.

⁵⁹ Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República, “Regula Senado comparencias de funcionarios que incumplen recomendaciones de CNDH”, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/17669-regula-senado-comparencias-de-funcionarios-que-incumplen-recomendaciones-de-cndh.html>.

No es difícil imaginar el resultado de este principio de la representación política con legisladoras y legisladores habilitados a modo de censores de las pruebas y con argumentos esgrimidos para rechazar una recomendación del ombudsman, en particular, en una coyuntura como la mexicana, en proceso de consolidación democrática, donde prácticamente se puede inferir que está en ciernes el aprendizaje sobre el papel de las elecciones y el funcionamiento de los órganos legislativos en la democracia representativa.

Esto es, si tratar de encontrar en una democracia sólida y antigua algún atributo que pudiera hacer de las legisladoras y los legisladores los mejores expertos para evaluar la aceptación o el rechazo de una recomendación del ombudsman, mucho más complicada sería esa búsqueda en circunstancias políticas como la de México, generadas por un Poder Legislativo que estuvo sometido por más de 50 años a la cohesión y disciplina de un grupo parlamentario, donde las comisiones de trabajo legislativo, el espacio central de estudio y debate, contaban con un número elevado de integrantes y una rotación permanente de sus miembros, no con el afán de estimular la deliberación, el análisis y la especialización, sino con el fin de mantener el control al servicio del presidente en turno.⁶⁰

De esta manera, como ya se vio en las comparecencias citadas en el apartado precedente, es muy predecible que las y los parlamentarios tengan la intención de cuestionar a las y los servidores públicos no con preguntas propias de una comisión legislativa especializada, de calidad, conformada por senadores o diputados con larga trayectoria parlamentaria en el tema. Al contrario, es muy probable que sean cuestionamientos relacionados con los intereses de su grupo parlamentario, con simples señalamientos al gobierno en turno y sus funcionarios,⁶¹ carentes del rigor técnico para analizar pruebas en materia de derechos humanos. Es decir, hay un alto riesgo de hacer de las recomendaciones y de las comisiones públicas de derechos humanos un objeto de disputa política, debilitando su fuerza moral y prestigio.

iv. A manera de conclusión

El Poder Legislativo y la institución del ombudsman son dos esferas que habían desempeñado un papel institucional acorde a la naturaleza de sus funciones antes y después de la transición a la

⁶⁰ Francisco Berlín Valenzuela, *Derecho parlamentario* (México: Fondo de Cultura Económica, 1995), 236-238; Benito Nacif, *El sistema de comisiones permanentes de la Cámara de Diputados de México*, Documento de Trabajo, núm. 116 (México: CIDE, 1998): 5-12.

⁶¹ Jorge Carpizo, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en Miguel Carbonell Sánchez y Pedro Salazar Ugarte, coords., *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México: UNAM, 2011), 330.

democracia.⁶² Por un lado, el Congreso de la Unión se convirtió en uno de los espacios de representación política que comenzaron a cambiar la vida institucional del país por la vía del voto. Así, poco a poco se fueron sentando las bases para que este órgano legislativo se visualizara como un contrapeso del presidente de la república, en su papel de mecanismo tradicional de la rendición de cuentas horizontal.

Por otro lado, se instauró la figura del ombudsman, un esquema de protección y defensa de la dignidad de las personas que se fue fortaleciendo institucionalmente, a la par que las prácticas basadas en el respeto a la pluralidad y la tolerancia política se habrían camino en el país. Su trayectoria en el Estado mexicano –desde ser un órgano desconcentrado de la administración pública federal hasta alcanzar su autonomía constitucional–, es una muestra de los avances de la democratización mexicana por apuntalar instituciones independientes de los poderes públicos como instrumentos de la *accountability* horizontal en el marco de la democracia representativa.

Es cierto que no ha sido un proceso fácil para estas instituciones, sobre todo para el trabajo del ombudsman mexicano. Originalmente es una institución que nació en Europa, en contextos sociales y políticos más democráticos, pero que su funcionamiento se ha asentado bien en el régimen político mexicano y en la sociedad en general.

En los últimos años, sin embargo, ha habido muchas críticas y reclamos acerca de la poca eficacia de las recomendaciones emitidas por el ombudsman, de modo que las autoridades señaladas en esas resoluciones no toman con seriedad ni acatan las observaciones formuladas por esa institución de rendición de cuentas.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos ha sido una gran aportación para responder a estas demandas. No obstante, el arreglo institucional establecido por esta reforma entre el ombudsman y el Poder Legislativo no es la mejor vía; al unir o coordinar dos esferas que manejan lenguajes disímboles se crea una ambivalencia que difícilmente pueden conformar una misma clave de trabajo por el propósito de sus funciones.

Someter la negativa a aceptar recomendaciones del ombudsman –uno de los principales instrumentos del *accountability* en derechos humanos– basada en un procedimiento de investigación sustentada en pruebas y argumentos de técnica y lógica jurídica, a una evaluación realizada desde

⁶² La interrelación jurídica y constitucional entre el Poder Legislativo y el ombudsman estaba circunscrita a la elección del titular de la CNDH por parte de las y los senadores, la presentación del Informe de labores ante a la Comisión Permanente, así como a las comparecencias del titular de ese organismo público ante las comisiones de trabajo legislativo ocurría cuando las y los legisladores lo consideraban pertinente. Es decir, se había conservado el sentido natural de la red institucional que da soporte a la rendición de cuentas horizontal, uno de los pilares para concebir una democracia de calidad.

el marco del principio del mandato representativo, la deliberación parlamentaria y los vaivenes legislativos, y a criterios y puntos de vista que no tienen como finalidad la construcción de verdades legales, sería poner en riesgo la credibilidad y autonomía de este organismo público, desdibujar por completo su función esencial, como se apreció en las formas y los argumentos esgrimidos en las dos comparecencias que hasta hoy se han llevado a cabo conforme el mencionado arreglo institucional.

En ocasiones se pueden generar incentivos para planteamientos carentes de sentido, excesivos o propuestas que no son bien pensadas; nuevos diseños institucionales basados en la idea de asumir como sinónimo de fortalecimiento el hecho de otorgar más atribuciones a las instituciones, las que al final pueden tener un resultado adverso que erosione su legitimidad social y política, como puede ser el caso de las comisiones públicas de derechos humanos. Es probable que se esté en esa circunstancia, instalando una puerta falsa que, en vez de darle una salida al problema de anquilosamiento e ineficacia del ombudsman, le abre el paso a una regresión, a un desgastante círculo vicioso para las instituciones del Estado mexicano.

Esto es comprensible. Se vive una coyuntura de extraordinarios y serios problemas de derechos humanos, y con ello surge la necesidad de buscar alternativas para realizar ajustes y cambios institucionales en todas las entidades públicas encargadas de la materia, conscientes de que no es un asunto de buena voluntad sino de creación de reglas o normas jurídicas que realmente se apliquen para sancionar conductas ilegales de las y los servidores públicos o para mejorar las prácticas administrativas con el fin de fortalecer el respeto de tales derechos.

Al igual que otras instituciones y organismos públicos autónomos, la figura del ombudsman mexicano requiere de cambios para fortalecer su legitimidad y eficacia. Ante ello, es indispensable una nueva arquitectura jurídica para hacer más transparente su funcionamiento y fomentar más la deliberación interna; transformar su marco institucional con la finalidad de abrir paso a una organización colegiada de la toma de decisiones y darle más facultades de decisión a su consejo consultivo, éstas y otras propuestas podrían ser buenas medidas. Tales temas son sólo algunos de los muchos que están siendo estudiados y que pronto se darán a conocer a través de artículos o ensayos en éste u otros medios.

v. Bibliografía

- Arditi, Benjamín. *La política en los bordes del liberalismo*. Argentina: Gedisa, 2009.
- Berlín Valenzuela, Francisco. *Derecho parlamentario*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Blom, Philipp. *Gente peligrosa. El radicalismo olvidado de la Ilustración europea*. Barcelona: Anagrama, 2012.
- Cansino, César, coord. *Después del PRI. Las elecciones de 1997 y los escenarios de la transición en México*. México: Centro de Estudios de Política Comparada, A. C., 1998.
- Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, coords. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: UNAM, 2011.
- Carothers, Thomas. “The End of Transition Paradigm”. *Journal of Democracy*, núm. 1 (enero 2002): 5-21.
- Carpizo McGregor, Jorge. *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI, 1990.
- Casar, María Amparo. *La LVII Legislatura de la Cámara de Diputados en México. Coaliciones y cohesión partidaria*. Documento de trabajo, núm 113. México: CIDE, 2000.
- Castañeda, Mireya. *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México*. México: CNDH, 2011.
- Cisneros Farías, Germán, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera, coords. *Ombudsman local. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. México: UNAM, 2007.
- Collier, David y Steven Levitsky. “Democracia con adjetivos. Innovación conceptual en la investigación comparativa”. *La Política. Revista sobre el Estado y la Sociedad*, núm. 4 (1998): 140-141.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. “Antecedentes”. <http://www.cndh.org.mx/Antecedentes> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).
- _____. Recomendación 43/2011, Caso de la desaparición forzada de V1, V2 y V3 en el ejido Benito Juárez, Municipio de Buenaventura, Chihuahua. México: CNDH, 2011. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2011/Rec_2011_043.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2017).
- _____. Recomendación núm. 38/2012, Caso de la detención arbitraria de V1 y V2, desaparición forzada y privación de la vida de V1 en el municipio de Cuernavaca, Morelos. México: CNDH, 2012. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec_2012_038.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2017).
- _____. Recomendación núm. 61/2011, Caso de las inundaciones ocurridas en diversas localidades del estado de Tabasco. México: CNDH, 2011. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2011/Rec_2011_061.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2017).
- _____. Recomendación núm. 62/2010, Caso de internos del Centro de Ejecución de Consecuencias Jurídicas del Delito en Mazatlán, Sinaloa, y personal de la Secretaría de Seguridad Pública de esa entidad. México: CNDH, 2010. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2010/Rec_2010_062.pdf (fecha de consulta: 20 de julio de 2017).

- Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República. “Regula Senado comparencias de funcionarios que incumplen recomendaciones de CNDH”. México: Senado de la República, 2014. <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/17669-regula-senado-comparencias-de-funcionarios-que-incumplen-recomendaciones-de-cndh.html>.
- Cossío Villegas, Daniel. *El sistema político mexicano*. México: Joaquín Mortiz Editorial, 1995.
- Dahl, Robert. *La democracia y sus críticos*. Argentina: Paidós, 1993.
- _____. *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011). http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).
- Dos Santos, Mario, comp. *¿Qué queda de la representación política?* Caracas: Nueva Sociedad, 1992.
- Fenichel Pitkin, Hanna. *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Fix Zamudio, Héctor, y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Porrúa, 2007.
- Garrido, Luis Javier. *El Partido de la Revolución Institucionalizada. La formación del nuevo Estado en México (1928-1945)*. México: Siglo XXI, 1998.
- Linz, Juan J., y Alfred Stepan. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.
- Loaeza, Soledad. *El Partido Acción Nacional: La larga marcha, 1939-1994. Oposición leal y partido de protesta*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Porrúa, 1997.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. España: Editorial Ariel, 1979.
- Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy*. Nueva York: Yale University Press, 1999.
- _____. *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. España: Ariel, 2000.
- Lujambio, Alonso. “Mesa Directiva y Comisión de Gobierno en la Cámara de Diputados”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 172 (abril-junio 1998).
- Mainwaring, Scott y Matthew Soberg Shugart, comps. *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Argentina: Paidós, 2002.
- Mainwaring, Scott y Christopher Welna. *Democratic accountability in Latin America*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- Manin, Bernard, Adam Przeworski y C. Susan Stokes. *Democracy, Accountability, and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Méndez, Juan E., Guillermo O’Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro. *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Meyer, Lorenzo y José Luis Reyna, coords. *Los sistemas políticos en América Latina*. México: Siglo XXI, ONU, 1999.

- Morlino, Leonardo. *Democracias y democratizaciones*. México: Centro de Estudios de Política Comparada, 2005.
- Nacif, Benito. *El sistema de comisiones permanentes de la Cámara de Diputados de México*. Documento de Trabajo, núm. 116. México: CIDE, 1998.
- O'Donnell, Guillermo. *Contrapuntos: Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- _____. "Delegative Democracy". *Journal of Democracy*, núm 1, (enero 1994).
- _____. *Horizontal Accountability and New Polyarchies*. Indiana: Kellogg Institute, 1998.
- O'Donnell, Guillermo, Jorge Vargas Cullel y Osvaldo Iazzetta. *The Quality of Democracy: Theory and Applications*. Indiana: University of Notre Dame, 2004.
- O'Donnell, Guillermo y Philippe C. Schmitter. *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*. Buenos Aires: Paidós, 1994.
- Pacheco Méndez, Guadalupe. *Caleidoscopio electoral. Elecciones en México, 1979-1997*. México: FCE, UAM-Xochimilco, IFE, 2000.
- Pasquino, Gianfranco. *Manual de ciencia política*. Madrid: Alianza, 1986.
- Pedroza de la Llave, Susana Thalía. *El Congreso de la Unión. Integración y regulación*. México: UNAM, 1997.
- Pitkin, Hanna Fenichel. *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Rosanvallón, Pierre. *Legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Barcelona: Paidós, 2010.
- Sartori, Giovanni. *Partidos y sistemas de partido*. Madrid: Alianza, 1992.
- Schedler, Andreas. *¿Qué es la rendición de cuentas?* México: IFAI, 2008.
- Schedler, Andreas, Larry Diamond y Marc F. Plattner. *The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Londres: Lynne Rienner Publishers, 1999.
- Schmitter, Philippe. *Political accountability in 'real-existing' democracies: Meaning and mechanisms*. Italia: Instituto Universitario Europeo, 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos* (México: SCJN, 2008). http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2009/68718/68718_1.pdf (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).
- Universidad Nacional Autónoma de México. *Derechos humanos y ombudsman en México. Selección de textos en homenaje de Héctor Fix Zamudio*. Los derechos universitarios en el siglo XXI, núm. 1. México: UNAM, 2015.
- Venegas Álvarez, Sonia. *Origen y devenir del ombudsman. ¿Una institución encomiable?* México: UNAM, 1988.

INVESTIGACIÓN

La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana

Juan Manuel Romero Martínez*

División de estudios de posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM

Ciudad de México, México

mrmromero@derecho.unam.mx

Recibido: 24 de abril de 2017.

Dictaminado: 10 de mayo de 2017.

* Maestro en Derecho, especialista en derecho financiero y licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en todos los grados aprobados con mención honorífica. Cuenta con una Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia y con una Especialidad en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Actualmente se desempeña como profesor en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en que colabora.



Resumen

El trabajo aborda un estudio acerca de la protección multinivel de los derechos humanos para la región interamericana en el contexto de la doctrina del control de convencionalidad y del pluralismo constitucional. Para ello se puntualizan las relaciones entre los órdenes nacional e internacional de protección a derechos. Asimismo, se describe el origen y la situación actual del constitucionalismo multinivel en clave interamericana. Finalmente, se exponen los desafíos de dicho esquema regional de protección de derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos, constitucionalismo multinivel, pluralismo constitucional, control de convencionalidad, protección multinivel.

Abstract

This paper tackles a study of the human rights multilevel protection in the interamerican region in the context of the conventional control theory and the constitutional pluralism whereby it focuses on the relation between national and international systems about rights protection likewise it describes the genesis and current status of the multilevel constitutionalism with regard to interamerican system. Finally, it exposes some challenges about the interamerican system of human rights.

Keywords: human rights, multilevel constitutionalism, constitutional pluralism, conventional control, multilevel protection.

Sumario

I. Introducción; II. La doctrina del control de convencionalidad; III. El pluralismo constitucional; IV. Los órdenes nacional e internacional: diálogo entre juezas, jueces y *ius commune* interamericano; V. Constitucionalismo multinivel; VI. Protección multinivel de derechos humanos. Desafíos para la región americana; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) ha propiciado una transformación en la manera de concebir y entender el constitucionalismo actual, el cual nos exige nuevos planteamientos teóricos y prácticos sobre las estructuras de protección de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

El esquema teórico que ha surgido para describir el SIDH se denomina *pluralismo constitucional*, y representa una visión diferente de las relaciones que se dan entre diversos órdenes jurídicos de protección a los derechos humanos.

En particular, el pluralismo constitucional no encuadra en las doctrinas clásicas que explican las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, las cuales se manifiestan en un horizonte monista⁶³ representado por el jurista y político Hans Kelsen, para el que el orden jurídico internacional sólo tiene sentido como parte de un orden jurídico universal que comprende a todos los nacionales,⁶⁴ y en un horizonte dualista o pluralista que tiene como principales

⁶³ Un esquema epistemológico contemporáneo del monismo kelseniano se encuentra en Alberto Puppo, “El monismo internacionalista kelseniano: Las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 18 (2015): 35-66, <http://www.rtfed.es/numero18/02-18.pdf>. En dicho trabajo se interpreta que el monismo con primacía internacional (kelseniano) es la mejor forma de limitar la soberanía de los Estados y, por consiguiente, sirve para garantizar la paz mundial. Véase Puppo, “El monismo internacionalista kelseniano”, 47. Una revisión crítica de la teoría monista de Kelsen se encuentra en Claudio Luzzati, “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”, *Doxa*, núm. 22 (1999): 135-170, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10295/1/doxa22_05.pdf (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016). Para Luzzati, uno de los aspectos en discusión en torno a la teoría internacionalista de Kelsen es la visión monista del derecho, de acuerdo con la cual el ordenamiento estatal sería un ordenamiento parcial sometido al ordenamiento internacional. Véase Luzzati, “Más allá de Kelsen”, 135.

⁶⁴ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 431. De hecho, Kelsen concluye en dicha obra que el orden jurídico internacional determina los ámbitos territorial, personal y temporal de validez de los órdenes nacionales, haciendo posible la coexistencia de una pluralidad de Estados.

representantes a los juristas Heinrich Triepel y Dionisio Anzilotti.⁶⁵ Dicha postura dualista, en términos de Kelsen, entiende que el derecho internacional y el derecho nacional son dos órdenes jurídicos separados, independientes entre sí, que regulan materias diversas y tienen fuentes jurídicas distintas.⁶⁶

Tales doctrinas monistas y dualistas se perciben superadas a la luz de la teoría del pluralismo constitucional, la cual, ha conformado en el seno del SIDH un esquema de protección multinivel de derechos, mismo que representa un enorme desafío para la región interamericana.

Al respecto, desde hace algunos años en el contexto europeo (2004), y recientemente en la región americana, se ha estado hablando de un constitucionalismo multinivel, sustentado en el pluralismo constitucional y en un diálogo judicial. Tal constitucionalismo busca explicar de mejor manera la situación actual de protección a los derechos humanos, bajo postulados que rompen con los criterios tradicionales para la comprensión del derecho constitucional y del derecho internacional.

Bajo este sendero, con el presente trabajo se dará cuenta de los postulados epistemológicos y fácticos que sustentan una visión contemporánea de protección de derechos, y para lograr tal cometido se analizará la doctrina del control de convencionalidad, el pluralismo constitucional, las relaciones fructíferas que se desdoblán entre los órdenes jurídicos nacional e internacional y, por último, el surgimiento del constitucionalismo multinivel, todo ello para cumplir académicamente dos objetivos: el primero, referente a detallar los desafíos que la estructura de protección multinivel de derechos humanos comporta para el propio SIDH; el segundo, relativo a contribuir con el desarrollo y la comprensión de la aplicación de las normas que operan como mandatos de optimización en los tiempos de los estados constitucionales de derecho.

⁶⁵ El propio Kelsen identifica a Anzilotti como un firme defensor de la teoría pluralista, aunque extrañamente no hace referencia a Triepel como un precursor de dicha teoría. Véase Kelsen, *Teoría general del derecho*, 448.

⁶⁶ *Ibid.*, 432. En el mismo sentido, Alberto Puppo explica que el *pluralismo* implica intuitivamente la existencia de varios sistemas jurídicos autónomos o relativamente autónomos, al menos el sistema interno y el sistema internacional, los cuales tendrían su propia unidad y su fundamento de validez. Véase Puppo, “El monismo internacionalista kelseniano”, 47. Una visión a favor del pluralismo se tiene en Francois Rigaux, para dicho autor la teoría monista de Kelsen representa diversos inconvenientes en la práctica, por ejemplo, ¿cómo explicar el hecho de que a una misma persona se le puedan aplicar tres diversos órdenes normativos? Rigaux pone como ejemplo el caso hipotético de un italiano que desea casarse con una mujer marroquí, para lo cual concluye que dicha situación sólo puede ser abordada bajo un enfoque dualista o pluralista del derecho. Véase Francois Rigaux, “Hans Kelsen on International Law”, *European Journal of International Law*, núm. 9 (1998): 325-343, <http://www.ejil.org/pdfs/9/2/1493.pdf> (fecha de consulta: 7 de marzo de 2017).

II. La doctrina del control de convencionalidad

El estudio del control de convencionalidad como doctrina general implica dos ámbitos de aplicación, uno internacional y otro interno, el primero siempre lo ha mantenido y ejercido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), derivado de sus atribuciones contenidas en su marco jurídico. El segundo, constituye un desarrollo del primero, el cual ha sido establecido por la propia Corte IDH en diversos casos contenciosos, en los que ha señalado que el control deber ser ejercido en sede nacional por los Estados. En los párrafos siguientes se efectuará un análisis de cada una de las dimensiones del control de convencionalidad, haciendo mayor énfasis en el efectuado en sede interna, por considerarlo representativo de un diálogo interjudicial en el seno del SIDH.

Sobre el control en el ámbito internacional, es evidente que éste se deposita en la Corte IDH, la cual lo ha venido desplegando desde el comienzo de su práctica contenciosa, aunque recientemente lo ha identificado con la expresión: *control de convencionalidad*.⁶⁷

Dicha actividad consiste en juzgar en casos específicos si un acto o una disposición de derecho interno resultan incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o con cualquier otro tratado del SIDH, decretando, de ser el caso, la anulación del acto o la reforma o derogación de la norma, con el fin de preservar la vigencia de los instrumentos internacionales del sistema interamericano. Asimismo, procede en el supuesto de que un Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la CADH.⁶⁸

En este sentido, se puede afirmar que el control de convencionalidad en el ámbito internacional deriva de la competencia que tiene la Corte IDH para analizar la convencionalidad del derecho nacional de los Estados que han reconocido su función contenciosa.⁶⁹

Lo que se contiene de forma implícita, de acuerdo con los criterios de la Corte IDH, en los artículos 2º y 62.3 de la CADH, que señalan el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención Americana, así como

⁶⁷ Víctor Bazán, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Víctor Bazán y Claudio Nash, eds., *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad* (Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2012), 17-57, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3513/17.pdf> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2017).

⁶⁸ *Ibíd.*, 24.

⁶⁹ Natalia Torres Zúñiga, “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Ponencia presentada en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El diseño Institucional del Estado Democrático, Universidad Externado de Colombia en Bogotá, Colombia, 16, 17 y 18 de septiembre de 2015).

la competencia de la Corte IDH para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José.⁷⁰

Por otro lado, sobre el control de convencionalidad en el plano interno, éste se ha venido desarrollado desde hace algunos años por la Corte IDH en diversos casos: *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *Boyce y otros vs. Barbados* (2007), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009), *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010), entre muchos otros más.⁷¹

En particular, la doctrina del control de convencionalidad en sede interna o nacional establece la obligación de todos los poderes públicos y órganos estatales –incluidas las juezas y los jueces– de estudiar la compatibilidad de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH y demás instrumentos internacionales del SIDH, así como con los patrones interpretativos desplegados por la Corte IDH, todo ello en el marco de sus competencias y de las reglas procesales aplicables.⁷²

Así, la doctrina del control de convencionalidad implica una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados Parte de la CADH de interpretar cualquier norma nacional, inclusive la Constitución del Estado, de conformidad con el *corpus juris interamericano*, para lo cual, en caso de que exista una incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán inaplicar la norma nacional para evitar la afectación de los derechos protegidos en el seno del SIDH.⁷³

⁷⁰ *Ibíd.*, 1-2.

⁷¹ Con anterioridad al caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, el juez interamericano Sergio García Ramírez en sus votos de los casos *Myrna Mack y Tibi vs. Guatemala*, había esbozado conceptualmente la idea del control de convencionalidad que se realiza en el contexto interamericano y en el ámbito interno de los Estados, con todo fue hasta el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, cuando la Corte IDH precisa sus principales elementos, Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Control de convencionalidad”, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7 (sin fecha) 4, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

⁷² Para la redacción de este párrafo han resultado útiles las ideas expresadas por Víctor Bazán. Bazán, “El control de convencionalidad”, 24, así como los señalamientos detallados en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Control de convencionalidad”, 6-10.

⁷³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et al.*, coords., *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, t. 1 (México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal y Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014), 233-236, <https://www.cjf.gob.mx/resources/diccionarioDPCC/diccionario%20Tomo%20I.pdf> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

En este sentido, los elementos que componen el control de convencionalidad, nacional o interno, pueden dividirse de acuerdo con: *a)* las autoridades a las que obliga, *b)* la intensidad con la que las autoridades deben realizar el control y *c)* el parámetro con el que se efectúa dicho control.⁷⁴

Sobre el primer elemento, esto es, las autoridades a las que obliga, se trata de un control amplio que constriñe a la totalidad del Estado entendido como un todo, de esta manera la protección, respeto y garantía de los derechos no se sujetan a un poder público en especial, aunque el cumplimiento de esta obligación recae especialmente en las y los jueces (sin importar su jerarquía, grado de competencia o materia de especialización), quienes tienen un protagonismo en la salvaguarda de los derechos humanos.⁷⁵

En relación con el segundo elemento, la intensidad con la que las autoridades deben realizar el control de convencionalidad, cabe decir que la Corte IDH precisó en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006) que las autoridades debían realizar el control de convencionalidad de oficio, pero en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales aplicables. Por ello en los sistemas de control constitucional difuso, como el de México, el grado de control de convencionalidad es de mayor intensidad al que se aplica en los países con un control concentrado de la constitucionalidad, aunque las juezas y los jueces de dicho sistema están obligados a realizar una interpretación conforme a la CADH.⁷⁶

Sobre el tercer elemento, relativo al parámetro con el que se efectúa el control, cabe afirmar que las disposiciones que sirven como marco para su desarrollo son las contenidas en el *corpus juris interamericano*, el cual se compone de los instrumentos internacionales de derechos humanos establecidos en el seno del SIDH. Como ejemplos de dicho *corpus juris interamericano* se tienen las siguientes normas: CADH; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.⁷⁷

⁷⁴ Ibid., 235.

⁷⁵ Ibid., 235.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid., 235-236. Para Ferrer Mac-Gregor, el parámetro de control de convencionalidad puede llegar a formar un auténtico bloque de convencionalidad que queda comprendido dentro del bloque de constitucionalidad en el ámbito nacional. No se comparte dicha opinión, ya que el parámetro o bloque de constitucionalidad, por lo menos en México, ya integra el bloque de convencionalidad del que habla Ferrer Mac-Gregor, así los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacio-

Con base en todo lo dicho en este apartado, se puede identificar de forma objetiva que la doctrina del control de convencionalidad internacional e interna, así como los principios de interpretación nacional de las normas sobre derechos humanos (interpretación conforme y principio pro persona) –reconocidos explícitamente en la Carta Magna a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011–, ponen de relieve que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional son ordenamientos que no se relacionan de forma jerárquica, sino que más bien deben armonizarse y coordinarse mediante una red de protección común, al compartir un objetivo, esto es, la protección más amplia de las personas.⁷⁸

III. El pluralismo constitucional

Como se ha apuntado, en el contexto del SIDH surge el pluralismo constitucional, el cual escapa a escenarios monistas y dualistas tradicionales, se ha desarrollado recientemente en el escenario latinoamericano y busca dar respuestas a los modelos actuales de protección maximalista de los derechos humanos.⁷⁹

El pluralismo constitucional entiende que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos distintos, pero interdependientes o con puntos de intersección, sin que ello desdoble una relación de tipo jerárquica. Así, a la luz del pluralismo constitucional, ambos tipos de derecho –nacional e internacional– se articulan y solapan, ya que comparten objetivos, destinatarios, competencia e instituciones.⁸⁰

En otros términos, el pluralismo constitucional⁸¹ parte del reconocimiento de que existen diferentes escenarios, normas y autoridades constitucionales que se relacionan de forma heterárquica y complementaria.⁸²

nales del SIDH, que ha firmado y ratificado el Estado, son parte de la Carta Magna, o si se quiere del derecho constitucional internacional mexicano.

⁷⁸ Paola Andrea Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 292-294.

⁷⁹ Para una aproximación a la idea de protección y argumentación maximalista con derechos humanos, véase Juan Manuel Romero Martínez, “La argumentación jurídica maximalista. Su aplicación al análisis del Caso Iridia Salazar Blanco”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 9 (enero-junio 2012): 345-382.

⁸⁰ Paola Andrea Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios constitucionales*, núm. 1 (julio 2016): 15-60, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567002> (fecha de consulta: 2 de abril de 2017).

⁸¹ El adjetivo constitucional no se refiere a su pertenencia al ordenamiento constitucional sino más bien a la naturaleza de los principios que regulan, dan origen y explican las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, esto es, entre los ordenamientos en juego. Véase Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein”, 29.

⁸² Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 297.

La heterarquía implica la existencia de diversos centros de poder de carácter normativo, institucional y jurisdiccional, que se entrelazan y acoplan de forma horizontal sin que exista un criterio de autoridad superior entre éstos.⁸³

Bajo el escenario pluralista todos los ordenamientos tienen autoridad reconocida para proteger los derechos humanos, de modo que la existencia de modelos jurisdiccionales nacionales e internacionales es legítima, ya que ambos se basan en la cooperación y diálogo para perseguir un mismo fin.⁸⁴

En este sentido, el pluralismo constitucional reconoce que las relaciones entre el derecho nacional e internacional deben guiarse por el respeto de ciertos principios básicos que buscan la consecución de objetivos constitucionales.⁸⁵

Así, la doctrina del pluralismo constitucional representa una superación de la perspectiva monista que atribuye a la Corte IDH un rol de tribunal supranacional, así como de la perspectiva dualista que cuestiona que los tribunales internacionales –como la Corte Interamericana– controlen normas adoptadas por una mayoría nacional.⁸⁶

En esencia, ninguna de las dos aproximaciones (monismo y dualismo) describen correctamente la idea de democracia sustantiva,⁸⁷ ni tampoco el poder de reforma que comporta la actuación de la Corte IDH,⁸⁸ por ejemplo, cuando ordena que se modifique alguna constitución política para hacerla compatible con las normas convencionales, como lo hizo en el caso de la Última Tentación de Cristo *vs.* Chile, en el cual se protegió el derecho a la libertad de expresión a la luz de la CADH.

Como consecuencia de este giro, es innegable que el derecho internacional ha matizado varios de sus rasgos estatistas, a su vez, los ordenamientos constitucionales de la región americana se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos.⁸⁹

⁸³ Acosta Alvarado, “Zombis *vs.* Frankenstein”, 30.

⁸⁴ Torres Zúñiga, *Control de normas constitucionales*, 1.

⁸⁵ Acosta Alvarado, “Zombis *vs.* Frankenstein”, 55.

⁸⁶ Torres Zúñiga, *Control de normas constitucionales*, 1.

⁸⁷ Para un análisis más profundo de las características de la democracia sustantiva o sustancial, la cual se desarrolla en el contexto de los derechos humanos, véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2009), 50-54; Aleksander Peczenik, *Derecho y razón* (México: Distribuciones Fontamara, 2003), 123-126.

⁸⁸ Para la redacción de esta idea han resultado muy útiles las afirmaciones efectuadas por Natalia Torres, véase Torres Zúñiga, *Control de normas constitucionales*, 1-2.

⁸⁹ Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 292.

Todo ello explica la interdependencia de los dos órdenes de protección y la creciente interacción entre sus operadores jurídicos: juezas y jueces nacionales e interamericanos,⁹⁰ los cuales se conciben como miembros de un mismo cuerpo.⁹¹

IV. Los órdenes nacional e internacional: diálogo entre juezas, jueces y *ius commune* interamericano

La articulación entre los órdenes nacional e internacional en el terreno de los derechos humanos se sustenta esencialmente en dos pilares, los cuales cuentan con sus propios principios rectores.

El primero derivado de las cláusulas de incorporación, interpretación o de remisión al derecho internacional de los derechos humanos que diversas constituciones de la región americana han asumido,⁹² entre ellas la mexicana.⁹³

El segundo se sustenta en las herramientas jurisprudenciales que posibilitan la armonización del derecho convencional con el nacional, vía doctrina del control de convencionalidad fundada en sede internacional.⁹⁴

La suma de estos elementos nacionales e internacionales, que tiene como sustento el pluralismo constitucional, permite el desarrollo de un diálogo interjudicial, el cual abre paso a la configuración de un *ius commune* interamericano –necesario en el contexto de la cultura de los derechos humanos de nuestro tiempo.⁹⁵

Dicho *ius commune* interamericano⁹⁶ no se concibe con base en un sólo orden jurídico de defensa de derechos humanos, ni bajo criterios jerárquicos, sino a través de una estructura de protección

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ La expresión *miembros de un mismo cuerpo* no es propia, fue tomada de Julián Vara Martín, *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo. Lecciones de teoría del derecho y de derecho natural* (Madrid: Tecnos, 2007).

⁹² Por ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991 establece en su artículo 94 el bloque o parámetro de constitucionalidad, ya que reconoce expresamente derechos contenidos en convenios internacionales vigentes.

⁹³ Para la redacción de este párrafo han resultado muy útiles las ideas expresadas por Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 292.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Para Armin von Bogdandy, el concepto de *derecho común latinoamericano* implica que el Estado esté abierto al derecho internacional, a las instituciones internacionales, así como a la comparación jurídica como estatuto esencial para el progreso, véase Armin von Bogdandy, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en Armin von Bogdandy *et al*, coords., *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 3-23.

multinivel, la cual escapa a las concepciones clásicas y limitativas que explican las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

A partir del diálogo entre diversos órdenes normativos se construye la red judicial latinoamericana, un modelo de protección en el que las juezas y los jueces nacionales e internacionales se articulan para proveer la mejor protección posible a las personas.⁹⁷

Así, lo que se tiene que buscar es potenciar el impacto del diálogo entre el orden local y el internacional, con el fin de asegurar la mayor efectividad posible de los derechos humanos y que las decisiones internacionales produzcan efectos jurídicos y obligatorios en el seno del orden jurídico nacional al que corresponda su implementación.⁹⁸

En el contexto de esta red judicial, la relación entre juezas y jueces constitucionales y convencionales se efectúa en términos heterárquicos, desde una perspectiva de *ius commune* interamericano, es decir, bajo un marco mínimo de protección que incluye obligaciones elementales respecto de la vigencia de los derechos humanos.⁹⁹

De ahí que se pueda afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional son parte de un pluriverso normativo que permite la articulación multinivel de protección de derechos.¹⁰⁰

De esta manera, en un modelo de protección multinivel de derechos humanos, no debemos preguntarnos ¿qué juezas o jueces tiene la última palabra? o ¿cuál es la última instancia de la causa jurídica? sino más bien debemos formularnos interrogantes como ¿qué norma jurídica –nacional o internacional– otorga una mayor protección a la persona? o ¿qué decisión judicial presenta una protección más amplia –maximalista– de los derechos humanos?

Como resultado de las anteriores circunstancias, nos encontramos en un terreno mucho más complejo de la argumentación jurídica con derechos humanos, ya que, por ejemplo, las juezas y los jueces nacionales deben conocer, interpretar y aplicar todo el aparato normativo sobre derechos

⁹⁷ Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 293.

⁹⁸ Flávia Piovesan, “Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional”, en Armin von Bogdandy *et al.*, coords., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010), 431-448.

⁹⁹ Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, p. 293.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 294.

humanos, lo que incluye no sólo los instrumentos internacionales de la región sino también las interpretaciones jurisprudenciales que ha efectuado la Corte IDH, así como sus opiniones consultivas; en concreto, el desarrollo del razonamiento jurídico nacional implica aplicar el *ius commune* interamericano.

Por ende, todos los jueces y las juezas de tutela nacional e internacional se convierten en agentes del derecho interamericano; es decir, las y los jueces nacionales están dotados de autoridad para inaplicar las normas locales que sean incompatibles con el derecho convencional, y para efectuar reinterpretaciones constitucionales que posibiliten la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno, a su vez, juezas y jueces internacionales tienen autoridad para pedir modificaciones a las normas nacionales contrarias al derecho convencional –inclusive las normas constitucionales.¹⁰¹

Por todo ello se piensa que el éxito de la vigencia y protección de los derechos humanos en la región interamericana no está en un Estado en particular –México, Colombia o Argentina–, ni en el monólogo judicial generado desde alguna corte constitucional específica; el éxito de los derechos humanos en el siglo XXI se encuentra sustentado en un derecho común interamericano y en un diálogo interjudicial de la región, por esta razón se asume que juezas y jueces nacionales e internacionales son los protagonistas de la historia de los derechos. Reconocer dicha circunstancia y la gran responsabilidad que pesa sobre éstos es un avance *per se* para la comprensión de la ciencia del derecho constitucional, la cual debe ser crítica y asumir con rigor científico los retos que depara el nuevo modelo de protección de derechos humanos.

v. Constitucionalismo multinivel

La doctrina del constitucionalismo multinivel se ubicó en Europa, la cual, derivada de los conflictos bélicos más intensos por los que atravesó –primera y segunda Guerra Mundial–, se vio en la necesidad de apostar a la integración política y jurídica. En particular, la segunda Guerra Mundial no sólo terminó con algunos nacionalismos autoritarios y totalitarios europeos, sino que paralelamente provocó la apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales europeos, mediante la reformulación del concepto de *soberanía* (como ejemplo de ello se tienen a las constituciones de Francia, Italia y Alemania, las cuales contienen el germen de la supranacionalidad).¹⁰²

¹⁰¹ Para la redacción de este párrafo se utilizaron expresiones e ideas de Paola Acosta, véase Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 294-295.

¹⁰² Calogero Pizzolo, “Derecho constitucional en la Unión Europea. El constitucionalismo multinivel como alternativa al problema de la jerarquía normativa”, *Anales*, núm. 42 (2012): 120-121, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27005/Documento_completo.pdf?sequence=1 (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

El constitucionalismo multinivel es una escuela particular de pensamiento que trata sobre el desarrollo constitucional contemporáneo centrado en el trabajo del investigador alemán Ingolf Pernice y sus discípulos. Esta escuela surgió desde mediados y hasta finales de la década de 1990, como respuesta a la dominante tradición del derecho constitucional en el derecho público alemán y como un camino alternativo para la concepción de la autoridad constitucional en el contexto del exponencial crecimiento de la supranacional Unión Europea.¹⁰³

Así, como consecuencia de la integración europea se tiene un nuevo derecho público que se conoce como *ius publicum europaeum*, el que representa un espacio jurídico conformado por el derecho de la Unión Europea y el de sus Estados miembros, los cuales se relacionan bajo el principio de cooperación y de reconocimiento a los derechos constitucionales.¹⁰⁴

En este sentido, es evidente que el constitucionalismo multinivel en su origen fue desarrollado para explicar la estructura constitucional específica de la Unión Europea, y en particular la relación entre derecho constitucional nacional y derecho europeo.¹⁰⁵

Dicho esquema europeo se ha difundido de forma notoria en otros escenarios como el del SIDH, el cual demanda la aplicación de nuevos enfoques epistemológicos que permitan materializar una mejor protección de los derechos humanos en el escenario interamericano.

En particular, se puede decir que el constitucionalismo multinivel en la clave interamericana parte de dos hipótesis esenciales:

La primera, que cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales interdependientes manifiestan grados de constitucionalización, por ejemplo, al reconocer valores fundamentales (democracia, solidaridad y dignidad humana) y la existencia de un aparato gubernamental para la organización y limitación del poder, y la salvaguarda de dichos valores.¹⁰⁶

¹⁰³ Neil Walker, "Multilevel constitutionalism: Looking beyond the german debate", *Europe in question discussion paper series*, núm. 8 (2009): 1, <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS%20Discussion%20Paper%20Series/LEQSPaper8Walker.pdf> (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

¹⁰⁴ Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 3-4.

¹⁰⁵ Armin von Bogdandy, "The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty", *The Columbia Journal of European Law*, núm. 6 (2000): 27, citado en Ingolf Pernice, "La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización", *Documento de trabajo*, Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, núm. 61 (2012): 16, <http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%20doc%20%2061%20UE.pdf> (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

¹⁰⁶ Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 297.

La segunda es aquella que se relaciona con la posibilidad de generar un proyecto global cuya concertación no aspira a la creación de un régimen constitucional único, sino a la articulación de diversos espacios jurídicos para el logro de objetivos constitucionales.¹⁰⁷

Este constitucionalismo multinivel tiene su sustento en la doctrina del pluralismo constitucional, la cual se enmarca –como se ha apuntado– dentro de un contexto de diversidad de fuentes normativas y de interpretación, que son permeables y dúctiles entre sí, con el fin de permitir de forma conjunta y colaborativa la materialización de objetivos sustanciales, por ejemplo el de la vigencia plena de los derechos humanos.¹⁰⁸

En este sentido, es claro que desde la óptica de un constitucionalista multinivel la idea de un sólo texto constitucional no tiene cabida, más bien se habla de una Constitución en red, en la cual todos los órdenes normativos tienen competencia para lograr la mejor protección de los derechos humanos.¹⁰⁹

En efecto, se trata de la existencia de normas constitucionales internacionales y no de una constitución internacional en concreto de las normas que integran el derecho internacional de los derechos humanos.¹¹⁰

En suma, se puede señalar que el constitucionalismo multinivel da cuenta de la existencia de diversos valores comunes a todos los Estados de la región americana, cuya protección no puede dejarse en manos de un solo Estado constitucional.¹¹¹

Como resultado de todo lo apuntado, se visualiza una reconfiguración del derecho constitucional, el cual se abre necesariamente a parámetros internacionales de protección de derechos, ello implica considerar dos circunstancias: en primer lugar, que el derecho constitucional de cada país de la región interamericana comprende también el derecho convencional, esto es, se trata de la materialización de un verdadero parámetro de regularidad constitucional; en segundo lugar, que las juezas y los jueces de toda la región deben asumir un diálogo constante y abierto que permita potencializar los derechos humanos y su tutela efectiva en los diversos órdenes normativos, a través de un esquema judicial multinivel que no conozca límites cuando se trate de defender los derechos humanos de todas las personas.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Para la redacción de este párrafo se han utilizado las ideas plasmadas en Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 297.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 298.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo*, p. 298.

VI. Protección multinivel de derechos humanos. Desafíos para la región americana

Con todas las características que se han reseñado a lo largo de este trabajo sobre la protección multinivel de los derechos humanos, se cuenta con bases para desdoblarse los desafíos actuales que presenta un esquema de protección no jerárquico y armónico como el que se ha configurado recientemente en el IDH y en el propio derecho constitucional contemporáneo.

Para fines metodológicos, los desafíos los podemos resumir en tres bloques, aunque, la o el lector podrá identificar otros más no referidos a continuación:

El primero se refiere a lograr un mejor diálogo judicial entre la Corte IDH y las juezas y los jueces constitucionales de la región, con el fin de que dicha Corte tome en cuenta los criterios en la materia que algunos países han ido desarrollando más allá de la jurisprudencia interamericana para concretar una mejor protección de los derechos humanos.

Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia resolvió el caso T-970-2014, referente a la acción de tutela promovida por una persona llamada Julia en contra de Coomeva EPS sobre el derecho fundamental a la vida y a morir dignamente. En dicho asunto la Corte Constitucional reafirmó su criterio en materia de despenalización de la eutanasia decretada en la Sentencia C-239-97.

En particular, resulta interesante la Sentencia T-970-2014, ya que fija los presupuestos para hacer efectivo el derecho fundamental a morir con dignidad en Colombia –a saber, el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores– y el consentimiento libre, informado e inequívoco; y las reglas para el procedimiento de eutanasia y los criterios que debe atender el mismo, como la prevalencia de la autonomía del paciente, celeridad, oportunidad e imparcialidad.¹¹²

Dicha determinación judicial constituye un avance notable para el derecho a una muerte digna y su tutela en Colombia, y esta misma podría ser utilizada por la Corte IDH para determinar un criterio jurisprudencial sobre el derecho humano a morir dignamente en la región americana.

¹¹² Véase Corte Constitucional de Colombia, “Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S”, Expediente T-4.067.849, Sentencia T-970-2014 del 15 de diciembre de 2014, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm> (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

Lo anterior, ya que se observa que la Corte IDH ha tomado como referencia criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos¹¹³ y del Comité de Derechos Humanos de la ONU¹¹⁴ –sustituido por el Consejo de Derechos Humanos creado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/60/251 del 3 de abril de 2006, con sede en Ginebra–,¹¹⁵ pero se ha olvidado de las tendencias garantistas que también se han forjado en el ámbito de la región americana como la referida en el caso colombiano.

El segundo bloque se relaciona con la necesidad de lograr un empoderamiento del derecho constitucional interno frente al derecho constitucional internacional,¹¹⁶ cuando el primero sea más protector.¹¹⁷

Este desafío implica ubicar a la Corte IDH en una red judicial latinoamericana, descartando así su concepción de tribunal supranacional de última instancia, ya que no es correcto hablar de jerarquías de protección de derechos, sino de un esquema multinivel armónico, el cual es ejercido por todos y cada uno de los jueces y juezas con competencia en la tutela de derechos humanos.¹¹⁸

A pesar de ello, no se debe olvidar que el principal obligado a garantizar y proteger los derechos humanos es el propio Estado, por lo cual, un esquema multinivel no implicaría una delegación

¹¹³ Por ejemplo, en el voto concurrente del juez Diego García-Sayán y otros, contenido en la resolución de la Corte IDH del 1 de julio de 2011, sobre las medidas provisionales respecto de México en el caso Rosendo Cantú y otra, se presentó un análisis detallado de la competencia para ordenar medidas provisionales de la Corte Europea de Derechos Humanos, con el fin de contrastarlo con el SIDH. Véase Corte IDH, “Medidas provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y otra vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia del 1 de julio de 2011, 2-3, http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/rosendo_se_02.pdf (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

Por otro lado, en el caso Yatama vs. Nicaragua, la Corte IDH refirió diversos asuntos de la Corte Europea de Derechos Humanos como el caso Willis vs. Reino Unido, Sentencia del 11 de junio de 2002. Véase Corte IDH “Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 23 de junio de 2005, 86-87, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

¹¹⁴ La Corte IDH es muy dada a utilizar los criterios generados en el seno de las Naciones Unidas, por ejemplo, en el caso Yatama vs. Nicaragua, los jueces interamericanos robustecieron sus dichos con la Observación General núm. 27, referente a la libertad de circulación expedida por el Comité de Derechos Humanos el 2 de noviembre de 1999, así también con la Observación General núm. 25, sobre el derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas emitida por el Comité de Derechos Humanos el 12 de julio de 1996. Véase Corte IDH “Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 23 de junio de 2005, 91, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

¹¹⁵ Mireya Castañeda, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional* (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012), 63.

¹¹⁶ Se ha dicho que el constitucionalismo internacional es la corriente de pensamiento que busca dotar al derecho internacional de rasgos constitucionales, véase Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 297.

¹¹⁷ La idea de empoderamiento del derecho interno es de Paola Acosta. Para ella, al derecho nacional aún le espera una fuerte dosis de internacionalización, aunque también un importante proceso de empoderamiento, véase Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 301.

¹¹⁸ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados señalados en Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, 293 y 303.

de funciones de los tribunales nacionales hacia la Corte IDH. Más bien, ante deficiencias en la protección de los derechos humanos de un Estado se podría activar el esquema subsidiario¹¹⁹ de la Corte Interamericana, generando así un concierto de protección de dichos derechos.

En tercer lugar, para posibilitar un esquema de protección multinivel en la región americana se necesita una labor intensa de su difusión y comprensión en todos los operadores jurídicos: juezas, jueces y servidoras y servidores públicos con competencia en investigaciones sobre violaciones a derechos humanos, personas defensoras de derechos humanos, litigantes y académicas.

Todos ellos necesitan transitar de un esquema monista o dualista de comprensión de los órdenes jurídicos a un escenario de pluralismo constitucional, es decir, a un modelo de protección multinivel, el cual, como se sabe, ha sido ampliamente difundido y entendido en países europeos bajo los umbrales de la Unión Europea, no así por los operadores de la región americana –con algunas excepciones como el caso colombiano– en donde desde la promulgación de su Constitución en 1991 ha desarrollado los postulados del constitucionalismo multinivel.

Es por ello que los desafíos que nos presenta para la región americana el sistema de protección multinivel de los derechos humanos son complejos y requieren de una labor constante por parte de todos los Estados y de las y los operadores jurídicos, por lo que un buen inicio lo constituye la generación de investigaciones que ayuden, en cierta medida, a describir la realidad que muestra el modelo actual del SIDH, ello con el único propósito de contribuir a la vigencia plena y defensa de todos los derechos humanos en América Latina.

VII. Conclusiones

El andamiaje de protección multinivel de los derechos humanos en la región americana es un tópico que se debe seguir analizando desde la academia, si bien existen países del continente con una trayectoria importante en el tema –como Colombia y, en cierta medida, Argentina–, también se tienen ejemplos en donde aún no se ha estudiado ni difundido ampliamente la doctrina del constitucionalismo multinivel. En este sentido piénsese en México, en donde sólo a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos se comenzó a

¹¹⁹ El principio de subsidiariedad comporta dos dimensiones, una procesal y otra sustantiva. En su dimensión procesal se establece la competencia residual de la Corte IDH para conocer de violaciones a derechos humanos, así por ejemplo, de conformidad con el artículo 46 de la CADH, para que una petición o comunicación sea admitida en el SIDH se requiere haber agotado los recursos internos del país que corresponda. En su dimensión sustantiva, son los propios Estados los que tienen la función originaria de proteger, promover y garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Véase Torres Zúñiga, “Control de normas constitucionales”, 4.

hablar de una Constitución en el contexto del derecho internacional bajo el rótulo de *ius commune* interamericano, así como de un bloque o parámetro de regularidad constitucionalidad en la protección de derechos.

Las teorías del monismo y dualismo jurídico no son adecuadas para representar la situación actual de las relaciones entre los órdenes nacional e internacional, se requiere un nuevo esquema epistemológico que si bien retoma ideas de las anteriores teorías, las reconfigura en aras de darle un mayor grado de sofisticación a la comprensión de los mecanismos de protección de derechos humanos.

El nuevo esquema se identifica con la teoría del pluralismo constitucional, la cual reconoce un concierto entre los diversos órdenes jurídicos para lograr la mejor garantía de los derechos, sin considerar elementos subyacentes irrelevantes como son la fuente de emanación de las normas sobre derechos humanos o la jerarquía de las y los juzgadores, dichos elementos no tienen trascendencia cuando se trata de configurar la máxima protección de la dignidad de todas las personas.

Por su parte, la doctrina del control de convencionalidad presenta buenas bases para que todos los países de la región –principalmente sus juezas y jueces– sean parte y se comprometan con el modelo actual de vigencia de los derechos humanos, el cual requiere de un proceso amplio de difusión entre todos los juzgadores nacionales, los cuales se constituyen como los principales guardianes de los derechos frente a ilegítimas afectaciones provenientes de las autoridades o de los particulares.

Para la materialización del control de convencionalidad, las y los jueces deben conocer con detalle todas las normas jurídicas sobre derechos humanos, ya sean de sede interna o internacional, así como las interpretaciones que se hayan efectuado sobre éstas, con el fin de que puedan realizar un correcto examen de compatibilidad, el cual se sustente en el principio pro persona. Asimismo, para la adecuada aplicación de dicho control, las y los jueces nacionales deben dialogar y comunicarse con las y los jueces interamericanos, esto es, tienen que crear canales de discusión de sus determinaciones y criterios para mejorar la protección de los derechos. El éxito de la doctrina de control de convencionalidad depende mucho del nivel del diálogo y compromiso entre las juezas y los jueces nacionales e interamericanos en su totalidad.

Desde este sendero es claro que el constitucionalismo multinivel para la región americana –el cual se sustenta en el pluralismo constitucional– no es *per se* una receta para resolver todos los problemas que se tienen en América Latina en materia de violaciones a los derechos humanos, sin embargo, sí puede ser comprendido como un modelo teórico que privilegia la promoción, difusión, eficacia y defensa de los derechos humanos, al encomendar y recurrir sin distinción a todos los órdenes jurídicos para lograr su cometido, esto es, la protección más amplia de la dignidad humana.

Como resultado, las y los juzgadores nacionales e interamericanos deben asumir los desafíos que comporta el sistema de protección multinivel de derechos, si realmente quieren conseguir el triunfo de los derechos en la región interamericana.

Por todo ello, se comprende que el futuro de los derechos humanos no es una cuestión nacional sino un tema central en la agenda de todos los países de la región, los cuales ahora comparten la gran tarea de vigilar que día con día se realicen de la mejor manera los derechos humanos, si desean que la cultura de los derechos humanos no sea una cultura vacía, sino una forma de vida de nuestro siglo.

VIII. Bibliografía

- Acosta Alvarado, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalista multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567002> (fecha de consulta: 2 de abril de 2017).
- _____. “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. *Estudios constitucionales*, núm. 1 (julio 2016): 15-60.
- Bazán, Víctor y Claudio Nash, eds. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2012. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3513/17.pdf> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2017).
- Bogdandy, Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi, coords. *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- Bogdandy, Armin von. *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Castañeda, Mireya. *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Control de convencionalidad”. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7 (s/f). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2009.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, coords. *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, t. I. México: Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, 233-236. <https://www.cjf.gob.mx/resources/diccionarioDPCC/diccionario%20Tomo%20I.pdf> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Luzzati, Claudio. “Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el derecho internacional”. *Doxa*, núm. 22 (1999): 135-170. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10295/1/doxa22_05.pdf (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).
- Peczenik, Aleksander. *Derecho y razón*. México: Distribuciones Fontamara, 2003.
- Pernice, Ingolf. “La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización”. *Documento de trabajo*. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, núm. 61 (2012).
- Pizzolo, Calogero. “Derecho constitucional en la Unión Europea. El constitucionalismo multinivel como alternativa al problema de la jerarquía normativa”. *Anales*, núm. 42 (2012): 120-121. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27005/Documento_completo.pdf?sequence=1 (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).
- Puppo, Alberto. “El monismo internacionalista kelseniano: Las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista”. *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 18 (2015): 35-66. <http://www.rtf.d.es/numero18/02-18.pdf> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2016).
- Rigaux, Francois. “Hans Kelsen on International Law”. *European Journal of International Law*, núm. 9 (1998): 325-343. <http://www.ejil.org/pdfs/9/2/1493.pdf> (fecha de consulta: 7 de marzo de 2017).
- Romero Martínez, Juan Manuel. “La argumentación jurídica maximalista. Su aplicación al análisis del Caso Iridia Salazar Blanco”. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 9 (enero-junio 2012): 345-382.
- Torres Zúñiga, Natalia. “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Ponencia presentada en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El diseño institucional del Estado democrático, Bogotá, Colombia, 16, 17 y 18 de septiembre de 2015).
- Vara Martín, Julián. *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo. Lecciones de teoría del derecho y de derecho natural*. Madrid: Tecnos, 2007.
- Walker, Neil. *Multilevel constitutionalism. Looking beyond the german debate*. Edinburgh: London School of Economics, 2009. <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS%20Discussion%20Paper%20Series/LEQSPaper8Walker.pdf> (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

Sentencias

Corte IDH, “Caso Yatama *vs.* Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

____ “Medidas provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos. Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* Estados Unidos Mexicanos”. Sentencia del 1 de julio de 2011. http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/rosendo_se_02.pdf (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

Corte Constitucional de Colombia, Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S, Expediente T-4.067.849, Sentencia T-970-2014 del 15 de diciembre de 2014. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm> (fecha de consulta: 23 de abril de 2017).

INVESTIGACIÓN

Ingresos geriátricos y derecho a la libertad. España y México

María Eugenia Torres Costas*

Universidad de Santiago de Compostela (usc)

Madrid, España.

eugeniatorrescostas@gmail.com

Recibido: 28 de abril de 2017.

Dictaminado: 23 de mayo de 2017.

* Abogada en España desde 1993. Asesora jurídica de los Centros de Información a la Mujer de los Ayuntamientos de Redondela y Porriño, en España (1998-2004). Directora de la Fundación Galega de Tutela de Adultos, única fundación pública gallega de tutela de adultos (2004-2007). Directora de un geriátrico catalogado como gran centro residencial (2008-2013). Docente en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid en el área de Formación Inicial para Fiscales durante cinco años. Actualmente doctoranda por la Universidad de Santiago de Compostela. Proyecto de tesis: La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva de la autora, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en que colabora.



Resumen

En 2008 entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España y México, país promotor. Pese a las recomendaciones del Comité ambos Estados mantienen hoy legislaciones limitantes de la capacidad jurídica y sistemas de sustitución de ésta, manteniendo igualmente procedimientos que permiten los internamientos forzosos. El artículo analiza el sistema de ingresos asistenciales de personas mayores en ambos ordenamientos jurídicos tras la entrada en vigor de la Convención.

Palabras clave: mayores, ingresos, voluntad, derechos, libertad, jurisprudencia.

Abstract

In 2008, the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities entered into force in Spain and Mexico, a promoter country. Despite the Committee's recommendations, both states currently maintain legislation limiting their legal capacity and systems of substitution, while also maintaining procedures that allow for forced internment. The article analyzes the system of elderly care income in both legal systems after the entry into force of the Convention.

Keywords: elderly, income, will, rights, freedom, jurisprudence.

Sumario

I. Introducción; II. Informes iniciales. Recomendaciones del Comité (artículos 12, 14 y 19 de la CNUDPD); III. Situación de las personas mayores con demencia. España y México; IV. Los ingresos en centros de personas mayores. España; V. Los ingresos en centros de personas mayores. México; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

En 2016 se cumplió una década de la publicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNUDPD), tratado internacional del cual México fue impulsor y promotor. Dicha Convención fue firmada y ratificada tanto por España como por México y entró en vigor en ambos países en 2008. La principal innovación de este primer tratado sobre derechos humanos del siglo XXI fue el cambio de paradigma que supuso con respecto al tratamiento de la discapacidad, donde se supera el sistema asistencialista que entendía que las personas con discapacidad eran objeto de derechos pasando ahora a ser sujetos de éstos, cuyo máximo exponente se encuentra en su artículo 12, que unifica en un solo concepto los que hasta entonces habían sido diferenciados: capacidad jurídica y capacidad de obrar.

El artículo 12 establece –y ese es el verdadero y revolucionario cambio con respecto a los sistemas anteriores– que todas las personas, sin discapacidad o con ella, ostentan tanto la titularidad como la capacidad de goce de sus derechos. Considerado como el *espíritu de la Convención*, este artículo aboga por la supresión de los sistemas de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad y por la implantación, en su lugar, de un sistema de apoyos para ello. La CNUDPD y, particularmente este precepto, se fundamentan en el respeto a la persona, en la implementación de su autonomía a través de los apoyos precisos para que ejerza su capacidad jurídica y el respeto, incluso, a su derecho a equivocarse. Sustituye también el principio de *interés superior* de la persona con discapacidad por el de *interés preferido*, que tiene en cuenta sus gustos o preferencias.

Este artículo fue aprobado en su redacción actual incluso a pesar de la *reserva* –México la denominó *observación*– que con respecto al concepto de *capacidad jurídica* había presentado este Estado promotor. La plasmación concreta de esa capacidad jurídica son los derechos de la persona con discapacidad a decidir el lugar donde quiere vivir y a no ser obligada a existir con arreglo a un sistema de vida específico; a disfrutar de su libertad y a no ser privada de ésta por ninguna razón de

discapacidad, derechos que se recogen en los artículos 19 y 14 de la CNUDDP, de forma respectiva, así como en el artículo 7º de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores¹²⁰ aprobada en 2015, y cuya firma y ratificación por parte del Estado mexicano se espera que se produzca en breve.

II. Informes iniciales. Recomendaciones del Comité¹²¹ (artículos 12, 14 y 19 de la CNUDDP)

España fue el primer país en presentar el informe inicial¹²² sobre el cumplimiento de la CNUDDP según ordena su artículo 35, México lo hizo después.¹²³ Tras los trámites de rigor, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité) formuló sus observaciones a cada uno de los informes. En los casos de España y México se identifican ciertas similitudes. En concreto, el Comité expresa su preocupación por que subsistan en ambos ordenamientos jurídicos –no son los únicos estados donde esto ocurre– procedimientos que limiten o anulen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: en el caso de España se mantiene todavía hasta hoy el procedimiento de *incapacitación* y en el caso de México el de *interdicción*; ambos modelos están basados en la *sustitución* de la toma de decisiones de las personas legalmente declaradas *incapaces* en vez de haber procedido a su supresión y sustitución por el modelo de apoyos propugnado por la CNUDDP. Además, le preocupa al Comité el mantenimiento del sistema vigente de *tutela* en ambos ordenamientos jurídicos. En consecuencia, exhorta a los dos Estados para que supriman dichos sistemas, los dejen sin efecto y operen otros que sean acordes con el espíritu de la Convención.¹²⁴

¹²⁰ La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores entró en vigor en enero de 2017 sólo para Costa Rica y Uruguay un mes después de que se hubiese depositado la ratificación del segundo Estado, tal como lo exige el artículo 37, para su entrada en vigor. De manera reciente Bolivia ha depositado también su ratificación ante la Secretaría de la OEA, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp (fecha de consulta: abril 2017).

¹²¹ Véase CNUDDP, artículo 34;

¹²² España fue el primer Estado en presentar el informe inicial al Comité, siendo felicitado por ello. El Comité examinó el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en sus sesiones 56ª y 57ª (véase CRPD/C/6/SR.3 y SR.4), celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó sus siguientes observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

¹²³ El Comité examinó el informe inicial de México (CRPD/C/MEX/1), en sus sesiones 145ª y 146ª, celebradas los días 16 y 17 de septiembre de 2014 respectivamente, y aprobó en su 167ª sesión, del 30 de septiembre de 2014, sus observaciones finales.

¹²⁴ El Comité formuló en sus Observaciones finales tras el examen de los informes presentados por los Estados Partes, en virtud del artículo 35 de la Convención, en el sexto periodo de sesiones que tuvo lugar del 19 al 23 de septiembre de 2011, la siguiente observación y recomendación: Igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12) 33. El Comité observa que la Ley núm. 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. 34. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción

En España, desde la entrada en vigor de la CNUDPD (2008), muchas voces se han hecho escuchar para indicar la necesidad de proceder a un cambio legislativo en las materias relativas a la modificación de la capacidad de las personas, al régimen de tutela y otras figuras de protección –entre ellas los ingresos geriátricos– con el fin de adaptarlos a la Convención, en especial a la luz del cambio de paradigma que introduce su artículo 12. No sólo ha sido parte de la doctrina la que ha clamado por el cambio, sino que así lo han ordenado diferentes normas aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor de la CNUDPD, fijándose incluso plazos que hasta ahora han sido reiteradamente incumplidos por la y el legislador.¹²⁵ A pesar de los requerimientos del propio Comité, continuamos con la misma legislación aprobada por la Ley 13/1983 en materia de modificación de la capacidad, tutela y otras figuras de protección.

En la práctica, el papel que la o el legislador no acaba de asumir es suplido de alguna manera por los juzgados y tribunales a través de las distintas resoluciones dictadas a lo largo de estos 10 años, interpretando las normas vigentes al amparo de lo previsto en la Convención. Algunas sentencias han dado lugar a cierta polémica doctrinal polarizada principalmente entre quienes hasta esta fecha consideran que la normativa en vigor no necesita de ningún tipo de modificación al concordar con lo previsto en la CNUDPD, y quienes piensan que debe optarse de una vez por un cambio más o menos radical en la legislación para fijar un nuevo ordenamiento que recoja de

de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes. Véase Naciones Unidas CRPD/C/ESP/CO/1. En el mismo sentido, el comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos exhortó a España para que complete el proceso de reforma legislativa en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15, c) del anexo de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la Resolución 16/21 del Consejo relativo a España, UN Doc. A/HRC/WG.6/21/ESP/3, de 27 de octubre de 2014, párrafo 74.

¹²⁵ La Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad ordenó literalmente la Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, *que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*, para su adaptación a las previsiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”. Después, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introdujo la siguiente Disposición adicional séptima, Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones: “El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el *proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*”. [La cursiva es énfasis de la autora].

forma fiel el sistema de apoyos previsto en la Convención, bajo el prisma de que todo ser humano goza de capacidad jurídica y de obra, y el Estado sólo debe proporcionar a la persona que así lo precise, y cuando lo demande, los ajustes necesarios para poder ejercer dicha capacidad en plena igualdad con los demás.

El Tribunal Supremo (TS) español ha tenido ocasión de pronunciarse y lo ha hecho en el sentido de entender que la legislación actual concuerda con los principios recogidos en la CNUDDP, siempre que se entienda que la figura de la tutela es una más de entre las que puede escoger la jueza o el juez que corresponda entre los diferentes apoyos a proporcionar a aquellas personas con necesidades *más intensas*.¹²⁶

El Comité, en ambos casos, muestra además su preocupación en torno a que los ordenamientos jurídicos respectivos permitan el internamiento de personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial en establecimientos especiales y por la situación de malos tratos existentes en tales instituciones. En consecuencia, recomienda a ambos Estados que revisen sus legislaciones y supriman los mecanismos que permiten los internamientos y tratamientos médicos no basados en el consentimiento informado.

III. Situación de las personas mayores con demencia. España y México

Al 1 de enero de 2016 había en España 8 657 705 personas de 65 años o más, lo que supone el porcentaje de 18.4% sobre el total de la población que se situaba en la cifra de 46 557 008 habitantes, lo que indica que el país continúa su tendencia al envejecimiento, creciendo en mayor medida el porcentaje de octogenarios que representan 6% de la población. Según las previsiones del Instituto Nacional de Estadística (INE) este porcentaje se incrementará hasta llegar a 34.6% de la población en 2066.¹²⁷ Para 2050 se prevé que la población mayor triplique la de niñas y niños. El sexo pre-

¹²⁶ La sts de 29 de abril de 2009 fundamenta que: el sistema de protección establecido en el Código Civil (cc) sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: primero, que se tenga siempre en cuenta que el *incapaz* sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del cc y del artículo 760, numeral 1, de la LEC. Segundo, la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por lo tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada. En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las ssts del 24 de junio de 2013 (núm. 421/2013) o la sts del 30 de junio de 2014 (núm. 337/2014).

¹²⁷ Antonio Abellán García *et al.*, “Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos”, *Informes Envejecimiento en red*, núm. 15 (2017): 48. El estudio invita a una reflexión sobre el *inicio de la vejez* (p. 9) en el que indica lo siguiente: “El nivel de envejecimiento de una sociedad depende mucho de los indicadores con los que se mida. Tradicional-

dominante en la vejez en España continúa siendo el femenino, habiendo 32.9% más mujeres que hombres.

España es el tercer país del mundo con mayor prevalencia de la demencia, 6.3% de los españoles de más de 60 años.¹²⁸ La demencia afecta en este país a 600 000 personas, y se prevé que la cifra se vaya incrementando hasta alcanzar 1 500 000 en 2050.

En México¹²⁹ se estima que en 2014 existían 10 000 000 de personas mayores de 60 años y más, lo cual supone 9.7% de la población total, siendo este grupo más numeroso que el de niños menores de cinco años. Asimismo, se calcula que 800 000 personas se encuentran afectadas de demencia (de ellas 64% son mujeres), y se prevé que aumente a 3 000 000 para 2050. La prevalencia de la demencia se sitúa en México en torno a 6.1%.¹³⁰ En definitiva, el fenómeno del envejecimiento poblacional es un elemento en común en ambos países y presentan un índice similar de prevalencia de la demencia. Sólo una cuarta parte de las personas mayores mexicanas perciben pensión (26.1%); este porcentaje es casi dos veces mayor en los varones (35%) que en las mujeres (18.5 %).¹³¹ La pobreza se añade como un elemento más de vulnerabilidad en este sector de la población.

En España la totalidad de las personas mayores recibe alguna prestación económica del sistema público de pensiones, de forma directa o a través de la pensión de su cónyuge. El importe medio de la pensión de jubilación ha superado el umbral de los 1 000 euros en 2016 (1 041.9 euros/mes). El número de personas mayores que viven en residencias se triplicó en España en la última

mente se utiliza la edad de jubilación, 65 años (edad cronológica), ahora en proceso de retraso. Esta forma de medir no tiene en cuenta que se están produciendo progresos (mejoras) en las condiciones de salud, en la tasa de discapacidad de las personas mayores y en la esperanza de vida. Si en vez de utilizar este umbral fijo de la vejez, establecemos un umbral móvil usando la esperanza de vida, y no la edad desde el nacimiento, se corrigen en parte los inconvenientes citados. Es lo que se conoce como 'edad prospectiva'. Según este criterio, la vejez empezaría cuando la gente tuviese una edad en la que su esperanza de vida, o vida restante, fuese de 15 años. Por lo tanto, el umbral de inicio de la vejez sería móvil en el tiempo [...], porque la esperanza de vida a las diferentes edades va cambiando. La cifra de 15 años es arbitraria y podría modificarse. En 2015 la edad prospectiva, umbral móvil, sería de 71 años para los hombres y 75 para las mujeres [...]. Si se utiliza el criterio de umbral móvil se puede obtener otra medida del envejecimiento: la proporción de personas con esperanza de vida de 15 o menos años respecto del total de la población", <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos17.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹²⁸ Ana Arbores Mainar, "El Alzheimer en cifras. Informes y estadísticas", *Ortoweb*, <https://www.ortoweb.com/podcast/19-el-alzheimer-en-cifras-informes-y-estadisticas> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹²⁹ Luis Miguel Gutiérrez Robledo e Isabel Arrieta Cruz, coords., *Plan de acción Alzheimer y otras demencias, México 2014* (México: Instituto Nacional de Geriátrica, Secretaría de Salud, 2014), http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/noticias/plan_alzheimer.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).

¹³⁰ Silvia Mejía-Arango y Luis Miguel Gutiérrez-Robledo, "Prevalence and incidence rates of dementia and cognitive impairment no dementia in the Mexican population: data from the Mexican Health and Aging Study", *Journal of aging and health*, núm. 7 (2011), <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0898264311421199> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹³¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadísticas a propósito del Día internacional de las personas de edad*, <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2014/adultos0.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).

década, pasando de 96 338 personas en 2001 a 270 286 en 2011, lo cual representa 60.9% de la población española que reside en viviendas colectivas, siendo el número de mujeres muy superior al de los hombres en todas las edades —2.18 mujeres por cada hombre—, proporción que se incrementa hasta en más de siete mujeres por cada hombre en edades superiores a los 100 años. Aunque éste es el grupo de edad menos numeroso en residencias españolas, la cifra asciende hasta las 2 480 personas de más de 100 años repartidas por todo el territorio nacional, de las que 307 son hombres y 2 172, mujeres. El grupo de edad más grande de personas mayores que habita en residencias (75 925) se encuentra en el rango de los 85 a los 89 años. Dentro de este grupo, 5 618.45 (7.4%) son hombres y 15 488.7 (20.4%) son mujeres.¹³²

Los datos en México no parecen tan fiables. En octubre de 2014, la senadora de Nuevo León (México), Cristina Díaz, denunciaba ante el Senado de la República que lo más cercano al padrón de *asilos* de ancianos en México lo había proporcionado el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), instancia que informaba que hasta 2010 el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) contaba con 744 establecimientos en los que se albergaban 17 938 personas mayores.¹³³ Exhortaba entonces al Poder Ejecutivo para que crease un registro único de centros de atención para personas mayores, ya que la falta de control había generado una proliferación de centros que no cumplían los requisitos mínimos exigidos, lo cual incrementaba el riesgo de malos tratos a quienes estaban ingresadas en éstos. Pocos son los datos existentes sobre el número de personas mayores que en la actualidad se encuentra residiendo en este tipo de lugares. Sin embargo, lo cierto es que aunque el cuidado de la vejez recae en específico en la familia y de manera particular en las mujeres —al igual que en España—, su capacidad de hacerlo está cambiando. Como sucede en otros países, la transformación de la familia, la inserción de la mujer al mercado laboral, las migraciones y la organización son factores que contribuyen a afirmar que cada vez más personas mayores carecerán de estos cuidados, por lo que la demanda de los centros gerontológicos aumentará. El Comité Intersectorial México por la Convención de los Derechos Humanos de las Personas Mayores afirma que la Ciudad de México, segunda entidad más poblada del país, carece de programas de geriatría, gerontología, psicogerontología, etc., de calidad, acordes a la necesidad de la demanda poblacional. Según denuncia, las personas mayores son social, económica y políticamente invisibilizadas, lo que fortalece la discriminación y el aislamiento en que se encuentran. A menudo son objeto de violencia y no cuentan con el respeto

¹³² Julia Cruz, “Las personas mayores que viven en residencias se triplican en la última década”, *El Mundo*, sec. Vivienda, 8 de mayo de 2013, <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/07/espana/1367925825.html> (fecha de consulta: abril de 2017). Véase también, Instituto Nacional de Estadística, “Censos de población y vivienda 2011. Colectivos”, <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e244/colectivos/p01/l0/&file=01001.px> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹³³ Senado de la República, INAPAM deberá contar con registro único de atención para adultos mayores: Cristina Díaz (14 de octubre de 2014), <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/grupos-parlamentarios/16079-inapam-debera-contar-con-registro-unico-de-centros-de-atencion-para-adultos-mayores-cristina-diaz.html> (fecha de consulta: abril de 2017).

debido a su autonomía en la toma de decisiones, por lo que *en ocasiones no son libres para decidir su lugar de residencia y dónde y con quién quieren vivir*,¹³⁴ contexto extrapolable a todo el Estado en general.

Sobre la cuestión relativa a la libertad para decidir vivir en una residencia cuando se trata de mayores, *–en especial mayores con demencia–*, se ha debatido mucho doctrinal y jurisprudencialmente en España. Cuando la persona conserva intacta su capacidad para decidir se ha considerado que su ingreso en un centro es de carácter voluntario. De no ser así, podríamos encontrarnos ante un ilícito penal *–coacciones, amenazas, detención ilegal, etc.–* que no es objeto de este estudio. El problema principal lo ha venido presentando el ingreso en geriátricos de personas mayores que, por tener mermada su capacidad volitiva o cognitiva, no se han resistido a aquél, pero tampoco han manifestado una voluntad que pueda calificarse de libre y plena. En la mayoría de los casos la persona mayor es institucionalizada por decisión de sus familiares o de los servicios sociales a falta de éstos. ¿Son legales este tipo de ingresos?

IV. Los ingresos en centros de personas mayores. España

La regulación jurídica de los ingresos de personas mayores en centros asistenciales en España ha sido cuestión polémica desde que la propia normativa relativa a los internamientos involuntarios irrumpe en el ordenamiento jurídico español a través del derogado artículo 211 del Código Civil (en adelante CC) introducido por la Ley 13/1983, del 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.¹³⁵ Esta ley supuso un cambio paradigmático en el tratamiento español de la tutela, dejando atrás el sistema de familia para dar paso al vigente sistema de autoridad donde el juez adquiere la máxima importancia, junto con el Ministerio Fiscal, en la vigilancia y protección no sólo de la persona declarada *incapaz* sino también en la de presuntos *incapaces* o *incapaces* naturales. El artículo 211 fue derogado y sustituido en el 2000 por el vigente artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), del cual se tratará más adelante. La CNUDPD propugna el derecho de las personas con discapacidad a *elegir su lugar de residencia y a no ser institucionalizados en contra de su voluntad por el solo hecho o en base únicamente al hecho de su discapacidad*. El Comité ha recomendado al Estado español modificar su regulación relativa a los ingresos involuntarios, instando a que la que se dicte se base *únicamente en el consentimiento informado* de la persona afectada para ingresar. El problema surge cuando la persona afectada no goza

¹³⁴ Instituto para la Atención de los Adultos Mayores del Distrito Federal *et al.*, *Los derechos de las personas mayores en la Constitución de la Ciudad de México* (México: CDHDF, 2016), <http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/Carpeta-Propuestas-Derechos-Personas-mayores.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹³⁵ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 256, del 26 de octubre de 1983.

de capacidad suficiente para poder manifestar su voluntad de entrar o permanecer en un centro. Asimismo, surgen otros conflictos cuando la persona no goza de capacidad suficiente para autocuidarse y poder vivir de forma autónoma en su propio domicilio, sin riesgo para su integridad o, incluso, para su vida. Esta situación se evidencia cada vez más en las *personas mayores*. Nuestra esperanza de vida ha aumentado pero ello no significa que la calidad de nuestra salud nos permita vivir de forma independiente. El deterioro cognitivo se encuentra presente según aumenta la edad, al igual que ciertas enfermedades que de forma paulatina se convierten en incapacitantes, lo que priva a la persona de su capacidad para tomar decisiones con plena libertad –por ejemplo, la enfermedad de Alzheimer–. El modo de vida actual en las sociedades *desarrolladas* impide a las hijas e hijos –más a las hijas– hacerse cargo del cuidado de sus progenitores –en particular las progenitoras– de forma permanente. Las personas mayores de hoy pertenecen a una generación que ha vivido de forma independiente de sus hijos, y *la mayor parte de ellas han elegido su propio domicilio*¹³⁶ como el lugar en el que les gustaría seguir viviendo. Muy pocas elegirían pasar los últimos días de su vida ingresadas en un geriátrico. Por ello quizá permanecen durante tanto tiempo en su vivienda, aunque diferentes deficiencias –que inciden de forma negativa sobre su capacidad volitiva o cognoscitiva– vayan apareciendo con mayor frecuencia cada vez, unidas a otras de carácter sensorial o funcional. Tampoco las hijas e hijos quieren ver a sus padres confinados en un centro. El deterioro y la pérdida de dignidad que la propia enfermedad evidencia en la persona anciana se suman a los terribles sentimientos de culpabilidad de sus hijas e hijos, quienes al final se ven obligados a ingresar a sus padres en estas instituciones donde puedan proporcionarles los cuidados y asistencia que de forma permanente precisan. Por eso, las personas mayores son institucionalizadas cada vez más tarde cuando ya son los mayores de los mayores y cuando su grado de deterioro cognitivo es tan grande y su nivel de dependencia funcional tan severo que los exigentes cuidados que precisan ya no les pueden ser proporcionados en su domicilio. A esto, en varias ocasiones se une el hecho de que pocas se pueden permitir el lujo de pagar una residencia privada y que las listas de espera para obtener una plaza pública o concertada en España es tan larga que cuando por fin a uno le toca, ya ha llegado a ese nivel de dependencia y deterioro. A veces las familias en concordancia con la persona afectada –que ante la tesitura de molestar a sus familiares o ingresar en un centro por unos días, opta por lo segundo– comienzan realizando pequeños ingresos temporales en la residencia que más adelante elegirán para un ingreso definitivo. Es una manera, cada vez más habitual, de ir probando los servicios y la adaptación al centro. Comienzan quedándose un fin de semana, luego un *punte*, más tarde unas vacaciones de Semana Santa, las estivales... y eso cada vez más frecuentemente hasta que un buen día esos ingresos temporales

¹³⁶ UDP / Simple Lógica, “El ‘cohousing’ (viviendas colaborativas) y las Personas Mayores”, *Informe Mayores UDP*, año III cohousing, edición 7 (abril de 2015) “UDP ha consultado a las personas mayores, a través del último Informe de Mayores realizado por Simple Lógica Investigación, sobre su opinión y expectativas con respecto a las alternativas de residencia para la jubilación, incluyendo ésta”, <http://www.mayoresudp.org/wp-content/uploads/2014/09/El-cohousing-y-las-personas-mayores-abril-2015.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).

se convierten en uno definitivo. Otras veces son primero usuarias del centro de día gestionado por la misma empresa y en la misma ubicación que el centro residencial que se convertirá en su domicilio futuro. Una forma más de adaptación paulatina. Entretanto, el deterioro cognitivo de la persona va avanzando al igual que su edad y su falta de capacidad para tomar decisiones. En ocasiones, la persona mayor no tiene familia o, si la tiene, no se hace cargo de ella. En estos supuestos, los ingresos en residencias suelen venir tras una estancia más o menos corta en alguna unidad hospitalaria. Son los servicios sociales los que, conscientes de que la persona no podrá cuidar de sí misma en su domicilio sin riesgo para su integridad o incluso su vida, la derivan a un centro residencial ocupando, en ocasiones, alguna de las plazas de *emergencia social* que las administraciones públicas reservan para este tipo de casos. Si la persona tiene ingresos se suele gestionar de manera directa un ingreso en una plaza privada, sin perjuicio de tramitar solicitud para una pública o concertada por la vía ordinaria. La fotografía que se repite sistemáticamente en la mayoría de los casos es la ausencia de procedimiento judicial para la obtención de la preceptiva autorización de ingreso por parte del juez competente. ¿Significa eso que la persona esté desprotegida? ¿Existe vulneración de su derecho a la libertad? ¿Existe colisión con el derecho a la integridad? Vayamos por partes.

a) El derecho a la libertad. El artículo 763 de la LEC

El artículo 763 de la LEC,¹³⁷ regulador de los ingresos forzosos en España, ha sido siempre polémico hasta el punto de haber sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional

¹³⁷ “Artículo 763 de la LEC: Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

“1. El internamiento, *por razón de trastorno psíquico*, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde reside la persona afectada por el internamiento.

“La autorización será *previa* a dicho internamiento, salvo que razones de *urgencia* hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

“En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

“2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

“3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

español (TC)¹³⁸ pero con el efecto denominado *nulidad diferida*, es decir, el precepto continuaría aplicándose hasta que la legisladora o el legislador subsanase el problema de constitucionalidad de la norma, dados los enormes perjuicios que podría ocasionar su no aplicación teniendo en cuenta la materia de la que se trataba.¹³⁹ Aunque el artículo continuó –y continúa en vigor, habiendo ya sido enmendada la irregularidad¹⁴⁰ que dio lugar a su inconstitucionalidad– la polémica en torno a si debía ser aplicable o no a los ingresos asistenciales, en particular los geriátricos, continuó. Tras la entrada en vigor de la Ley 39/2006 de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y la CNUDPD, parecía que ganaba la aplicación de la primera tesis expuesta, esto es, la preceptiva aplicación del artículo 763 de la LEC. Sin embargo, no todos estaban de acuerdo, por lo que se mantenían dos tipos de tesis doctrinales y jurisprudenciales claramente opuestas. Una entendía que, como se hace de forma general en la práctica, los ingresos en centros de mayores no precisan autorización judicial, es decir, el artículo 763 de la LEC no es de aplicación en estos casos. Las razones en que la doctrina y las resoluciones judiciales sustentaban esta

“En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

“4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

“Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

“Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

N. del E. La cursiva es énfasis de la autora.

¹³⁸ La expresión “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial” del artículo 763, numeral 1, de la LEC fue declarado inconstitucional por la sentencia STC 132/2010, del 2 de diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento jurídico tercero, esto es, el de nulidad diferida, por haber sido aprobado por una ley que se calificó a estos efectos de ordinaria y no orgánica pese a tratar de la limitación de un derecho fundamental, el derecho a la libertad. La sentencia, pese a declarar nulo el inciso, determinó que su efecto debía ser no el de dejar de aplicarse, sino el de continuar aplicándolo requiriendo al legislador para que subsanase esa deficiencia, lo cual fue así atendido tras la aprobación de la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección. La expresión “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida” del artículo 763, numeral 1, segundo párrafo, de la LEC fue igualmente declarado inconstitucional por la STC 132/2010, del 2 de diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

¹³⁹ La STC 132/2010, de 2 de diciembre, señala en su fundamento jurídico tercero sobre los efectos de la inconstitucionalidad declarada que: “A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento Jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999 (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia. Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”.

¹⁴⁰ Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, del 23 de julio de 2015).

tesis era que la edad no puede identificarse con trastorno psíquico y que los centros de mayores no son centros psiquiátricos.¹⁴¹ Por otra parte, quienes defienden que el precepto sí es de aplicación para el ingreso en centros geriátricos, argumentan que no se trata de equiparar la edad con el trastorno mental, por lo tanto no a todas las personas mayores que ingresan en un centro les será de aplicación el precepto; sino que ciertos padecimientos o enfermedades padecidos por aquéllas sí pueden considerarse *trastorno psíquico*, que es lo que exige el artículo. El caso más claro de padecimiento o enfermedad en personas mayores puede ser la demencia tipo Alzheimer. Pero tampoco será suficiente con que la persona padezca esta enfermedad, porque lo relevante será que dicho trastorno *le impida tomar sus propias decisiones* y que incida de tal manera en la capacidad volitiva de la persona anciana que le impida manifestar de forma expresa y clara su voluntad de ingresar en un centro. Por otra parte, el artículo 763 de la LEC no menciona el tipo de centro al que ingresa, por ello resulta irrelevante que éste sea sanitario, sociosanitario o sólo asistencial pues, se insiste, lo importante es que la persona pueda, sin su consentimiento, quedar *privada de libertad*, con independencia del tipo de equipamiento o recurso al que se la va a conducir. Esta polémica fue al final zanjada por nuestro Tribunal Constitucional mediante la sentencia STC 13/2016, del 1 de febrero,¹⁴² en la que resolvió en el sentido de que el artículo 763 de la LEC *es preceptivamente aplicable a los ingresos en centros geriátricos cuando la persona padezca un trastorno, padecimiento o enfermedad, que le impida tomar decisiones libremente sobre su voluntad de ingresar*. Ello significa que, en estos casos, antes de procederse al ingreso debe recabarse *previa* y preceptivamente *autorización judicial* para llevarlo a cabo, con excepción de los casos de urgencia, donde se solicitará su *ratificación judicial*. El TC añade que nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el *centro* al que se refiere el artículo 763, numeral 1, de la LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico (médico psiquiatra que pueda emitir informe que diagnostique el trastorno mental de la persona afectada y motive en su caso la necesidad del internamiento; equipos y recursos materiales para el cuidado integral de la o el interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise, etc.). Aclarado entonces que el artículo 763 de la LEC debe aplicarse preceptivamente para los ingresos involuntarios de carácter asistencial, entendiendo por *involuntario* todo aquél en el que la persona carece de capacidad para expresar su voluntad clara y libre de in-

¹⁴¹ Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 19 de marzo de 1996 (*Revista General del Estado*, 1996, 11980 y ss.); 4 de junio de 1996 (*Revista General del Estado*, 1996, 844 y ss.); 19 de noviembre de 1996 (*Az. Civil*, 2151); de La Rioja, 27 de octubre de 1998 (*Az. Civil*, 7837); etcétera.

¹⁴² STC 13/2016, del 1 de febrero (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 57, del 7 de marzo de 2016, 18409 y ss.): “nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el ‘centro’ al que se refiere el artículo 763-1º LEC, siempre que, además de cumplir con todos sus requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico”. En el mismo sentido véase la STC 34/2016, del 29 de febrero (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 85, del 8 de abril), o la STC 132/2016, del 18 de julio (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 196, del 15 de agosto de 2016).

gresar, cabe preguntarse qué ocurre en aquellos casos en los que la persona anciana con demencia o deterioro cognitivo ha sido trasladada a un geriátrico por su familia o terceros sin que antes –o después, en caso de urgencia– se haya recabado la preceptiva autorización judicial, es decir, en la mayoría de los casos. El TC ha dejado claro que los ingresos así realizados constituyen una vulneración del derecho fundamental a la libertad de la persona ingresada. Pero ¿puede regularizarse *a posteriori* esta situación? La polémica en torno a la aplicación del artículo 763 de la LEC surge de nuevo.

b) Regularización a posteriori: SSTC 34/2016, del 29 de febrero de 2016 y 132/2016, del 18 de julio de 2016

Estas sentencias dictadas el año pasado por el TC español recogen supuestos de hecho muy similares pero con planteamientos procesales diferentes. El resultado final es idéntico.

SSTC 34/2016, del 29 de febrero de 2016. El supuesto de hecho es el ejemplo más común de ingreso a una residencia. La señora M.R.S. es llevada por su hija a una residencia de mayores tras habersele concedido una plaza concertada después de haberle sido reconocido y certificado un año antes por el organismo administrativo competente un elevado grado de dependencia debido al estado de dependencia funcional y de deterioro cognitivo que presentaba y que le impedían valerse y gobernarse por sí misma, y precisaba cuidados constantes. Los funcionarios públicos que examinaron y certificaron su estado no comunicaron al Ministerio Fiscal la existencia de causa limitativa de la capacidad de doña M.R.S.¹⁴³ Tampoco su hija y guardadora. Con carácter previo al ingreso y pese a que la anciana no podía manifestar su consentimiento de forma libre y voluntaria, nadie solicitó autorización judicial previa para llevarlo a cabo. Una vez ingresada, la dirección del centro comunicó la situación al Ministerio Fiscal quien, tras solicitar varios informes, insta unos meses después, expediente judicial de autorización judicial para *regularizar el ingreso ordinario*, con el fin de que éste pueda ser sometido a control judicial a partir de entonces. En este caso, el juzgado *admitió a trámite* la solicitud tramitando todo el expediente hasta dictar la resolución que se comentará.

STC 132/2016, del 18 de julio. La sobrina de doña C.C.H. ingresa a su tía sin haber solicitado autorización judicial. Al momento del ingreso, la anciana es examinada por el facultativo del centro quien emite informe según el cual “evidencia claros síntomas de deterioro cognitivo y una manifiesta incapacidad para la toma de decisiones. Presenta una dependencia absoluta para las actividades básicas de la vida diaria. Es imprescindible que se le preste

¹⁴³ El artículo 757, numeral 3, de la LEC indica que: “Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

atención, cuidados y supervisión las 24 horas del día”. Ante esta circunstancia, la dirección del centro promueve el expediente para la *ratificación* de lo que considera un *ingreso urgente* de doña C.C.H., presentando la solicitud en el juzgado dentro del plazo de 24 horas previsto en el artículo 763, numeral 1, segundo párrafo, de la LEC. En esta ocasión, el juzgado dictó resolución fuera del plazo máximo de 72 horas marcado por la ley *inadmitiendo a trámite* la solicitud presentada por la dirección del centro, al considerar que no existía causa de urgencia, consideración con la que discrepamos de plano por razones que no son susceptibles de exposición en este momento. Esta resolución sorprendentemente no fue recurrida. Días después el Ministerio Fiscal instó otro procedimiento para solicitar otra vez la *regularización* de este ingreso, ahora según los trámites previstos para el *ingreso ordinario*. A partir de aquí, la nueva situación procesal pasa a ser idéntica a la expuesta en el caso anterior: el Ministerio Fiscal insta expediente judicial solicitando la *regularización* de la situación de la anciana ingresada en centro sin autorización judicial. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido con anterioridad, en este caso el juzgado, tal como hiciera con el expediente de ratificación de ingreso urgente, de nuevo *inadmite a trámite* el nuevo expediente sin practicar gestión alguna por las razones que a continuación se exponen y que fueron después reproducidas por la Audiencia Provincial tras el recurso presentado por el Ministerio Fiscal y nuevamente por el TC que sienta jurisprudencia en los siguientes términos:

1. Los expedientes de autorización judicial para ingresos involuntarios ordinarios requieren que la autorización judicial se recabe con carácter *previo* al ingreso;
2. el ingreso realizado sin contar con dicha previa autorización, *produce una vulneración de su derecho fundamental a la libertad* porque la persona no ha manifestado su consentimiento;
3. esta privación de libertad constituye *una situación nacida o producida extramuros de la regulación legal*,
4. y la *regularización que se postula vendría a dar cobertura legal a una situación que no la tiene, acaso porque el legislador no quiso que, salvo en los supuestos de urgencia, se produjeran internamientos no voluntarios sin la preceptiva y previa autorización judicial*. [Las cursivas son énfasis de la autora].

Por todo ello, *no se autoriza* la regularización instada. Incluso afirma que en ambos casos lo que procedería ante la vulneración del derecho a la libertad sería la incoación de un procedimiento de *habeas corpus* ordenando la inmediata *puesta en libertad* de las ancianas.

Tanto el TC como el Ministerio Fiscal concuerdan en la existencia de la vulneración al derecho a la libertad. Sin embargo, sus posturas no son coincidentes. Para el TC la vulneración se encuentra en la ausencia de autorización judicial *previa*. Sin embargo, para el Ministerio Fiscal la violación del derecho se encuentra en la negación de la autorización y, por consiguiente, en la *negación del debido control judicial* del ingreso así efectuado.

Siendo manifiesto el trastorno psíquico y la falta de capacidad para decidir sobre el ingreso, la solución que propone el TC al resolver la cuestión concreta relativa a cuál ha de ser el procedimiento “constitucionalmente adecuado para el control judicial del internamiento en centros asistenciales o sociosanitarios de personas ancianas que, por sufrir un deterioro severo de sus facultades cog-

nitivas, carecen de la capacidad de decidir libremente sobre su ingreso o permanencia en dichos centros”, indicó que

si existen datos que desde el principio permitan sostener que *el padecimiento mental* que sufre la persona, por sus características y *visos de larga duración o irreversibilidad* [lo que, sin duda, ocurre en los supuestos de demencia tipo Alzheimer, por ejemplo] deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e *imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad*, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (artículo 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (artículo 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del artículo 756 y ss. [de la] LEC.

Es decir, niega la autorización por los motivos expuestos y ordena devolver las actuaciones al juzgado de Primera Instancia con el fin de que éste inste al Ministerio Fiscal para que *promueva procedimiento de incapacitación* y acuerde como medida cautelar del artículo 762 de la LEC,¹⁴⁴ si procede, el ingreso de las ancianas en tanto se resuelve el procedimiento sobre su capacidad. Es decir, *obliga* a promover un procedimiento de *incapacitación* que nadie ha interesado y que, además, resulta superfluo al estar ambas mujeres perfectamente amparadas por sus *guardadoras de hecho*, y desproporcionado porque el único objeto de tutela que se pretende en ambos casos es el del control de los ingresos para salvaguardar los intereses de aquéllas ante eventuales abusos.

c) El artículo 763 de la LEC y la CNUDPD

La tesis mantenida por el TC choca, desde mi punto de vista, con el espíritu de la CNUDPD y, por ende, contra los deseos y las conquistas de las personas con discapacidad plasmadas precisamente en dicho tratado.

Con respecto a la interpretación y aplicación del artículo 763 de la LEC. Como ya se ha mencionado, el Comité formuló la recomendación a España de que revisase las “disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad”, que derogase “las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada”, y adoptase “medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado” con conoci-

¹⁴⁴ El artículo 762, numeral 2, de la LEC establece: “Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación”.

miento de causa por el interesado. Según esta recomendación debería derogarse el artículo 763 de la LEC porque justo lo que hace es regular el internamiento o ingreso forzoso.¹⁴⁵ Sin embargo, la aplicación del artículo 763 de la LEC puede ser también interpretado de acuerdo con el nuevo paradigma impuesto por la Convención. Así debe de ser, a tenor de lo previsto en los artículos 1º, numeral 5, y 3º numeral 1, del Código Civil en relación con el artículo 10, numeral 2º, y artículo 96 de la Constitución Española.¹⁴⁶ En este caso debería desaparecer del precepto el calificativo de *no voluntario*, por lo menos como sinónimo de *contrario a su voluntad*, puesto que lo que habría que averiguarse en el procedimiento sería la voluntad real de la persona para ingresar y, de comprobarse que éste sería su *deseo, preferencia o voluntad*, autorizar *forzosamente* ese ingreso. El procedimiento, interpretado a la luz de la Convención, cumpliría dos finalidades: la primera de ellas, la fijación de la voluntad inequívoca de la persona de ingresar, y la segunda, el establecimiento del control judicial como medida de salvaguardia de la persona ante posibles abusos durante el ingreso, salvaguardia a la que también obliga la Convención. Nada de esto se ha tenido en cuenta en ninguna de las sentencias mencionadas. Los juzgados de Primera Instancia y las audiencias provinciales -como el TC- parten de un hecho que para ellos es incuestionable y al que también podría unirse incluso la postura del fiscal: la falta de autorización judicial implica una *vulneración del derecho a la libertad*. Sin embargo, ninguna de esas instancias se ha esforzado en averiguar la voluntad real de la persona acerca del mismo. Si así se hubiese hecho y se hubiese concluido que la persona *sí* quería ingresar no se podría hablar de vulneración al derecho a la libertad, sino más bien de un acto de *ejecución de la voluntad de la persona* y, en este caso, la obtención *previa* de la autorización judicial no dejaría de ser más que una mera formalidad. Además, si la averiguación de la voluntad diera como resultado la negativa de la persona a ingresar, a

¹⁴⁵ Recuérdese que su enunciado lo refiere como *internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico*.

¹⁴⁶ El artículo 10, numeral 2, de la Constitución Española establece que: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Se determina así, el doble efecto que los tratados internacionales pueden tener en derecho español: en primer lugar, el directamente aplicable, sobre la base del artículo 96.1 de la Constitución y, en segundo lugar, el efecto interpretativo, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 10.2 del texto constitucional”.

“Los tratados internacionales ocupan, en la jerarquía normativa, un lugar intermedio entre la Constitución y las leyes, tal y como se deduce de los artículos 95 y 96 de la Constitución, pues, por una parte, la celebración de tratados internacionales que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional (artículo 95.1), y para salvaguardar la preeminencia de la Constitución sobre los tratados se prevé expresamente (artículo 95.2) un control previo de constitucionalidad que puede ser requerido al Tribunal Constitucional tanto el Gobierno como por cualquiera de las Cámaras. Por otra parte, el artículo 96.1 establece que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

“De estos preceptos se deduce que una vez que un tratado internacional celebrado válidamente se ha incorporado al ordenamiento jurídico español, no se podrán desarrollar ni aplicar normas internas que conculquen los preceptos internacionales. En caso de conflicto entre la norma interna e internacional, resultaría inaplicable el precepto nacional”. Véase Observatorio Estatal de la Discapacidad, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España, Informe Olivenza 2010*, http://ascane.org/lecturas/ConvenciónInternacional_derechos_personas_con_discapacidad.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).

la luz de las observaciones y recomendaciones del Comité, ese ingreso no se podría llevar a cabo ya que no estaría basado en el *consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado*. El modo de averiguación y determinación de la voluntad forman parte del reto impuesto por el nuevo paradigma de la discapacidad incorporado a la Convención. La legislación española cuenta desde hace bastantes años, con anterioridad incluso a la aprobación de la CNUDPD, con diferentes herramientas previstas para plasmar la voluntad de la persona ante una posible y futura incapacidad: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,¹⁴⁷ introduce la figura de las *voluntades anticipadas* en su artículo 5º; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹⁴⁸ introdujo por primera vez en el ordenamiento español la figura de la *autotutela* o, según su preámbulo: “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas”. Asimismo, aportó importantes modificaciones al artículo 1732 del Código Civil relativo al *mandato* con la incorporación del *poder preventivo*, previsto para que despliegue sus efectos tras una eventual *incapacitación*. Además de estos instrumentos, la o el juzgador puede disponer de otros elementos. En el caso de las personas mayores debería traer al procedimiento su *historia de vida*, de la cual se podrán obtener conclusiones acerca de su voluntad. Además, habrán de valorarse los hechos previos o coetáneos al ingreso y su capacidad residual para emitir su voluntad. Durante esos primeros ingresos temporales que terminan convirtiéndose en permanentes, o en la asistencia al centro de día, muchas de estas personas generan lazos afectivos y de confianza tanto con usuarias y usuarios como con el personal, a quienes manifiestan su deseo de residir en el centro en el futuro. Estos elementos, entre otros, pueden ser tenidos en cuenta para definir la voluntad y concluir que la persona *sí* desea ingresar y por consiguiente que *no hay una situación de partida de vulneración al derecho fundamental*. Todas las voluntades, incluidas las relativas al ingreso que hayan sido expresadas cuando la persona es plenamente capaz en previsión de una incapacidad futura, *han de ser respetadas siempre* y cuando, desde un punto de vista objetivo, su decisión no sea la mejor para alcanzar su *interés superior*, tal como lo ordena la CNUDPD, sino que lo que ha de primar por encima de éste es su *interés preferido* según su *voluntad, gustos y preferencias*.¹⁴⁹ Esta importante novedad incide de forma directa en el procedimiento y supone

¹⁴⁷ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 12, del 2 de diciembre de 2002. Con anterioridad, otras normas autonómicas precedieron a ésta de carácter estatal. Como ejemplo: Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

¹⁴⁸ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esa finalidad (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 277, del 19 de noviembre de 2003).

¹⁴⁹ Concretamente, entre otros, el Preámbulo de la Convención reconoce en primer lugar “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” y después, el apartado 4 del artículo 12 ordena: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la

un mayor esfuerzo probatorio en la averiguación de dicho interés, adoptándose para ello, si fuese preciso, los *ajustes de procedimiento necesarios*, según ordena el artículo 13 de la CNUDPD. Nada de esto se ha tenido en cuenta en ninguna de las sentencias comentadas, pues se apega a la tradicional interpretación del artículo 763 de la LEC no acorde –por lo expuesto y según mi punto de vista– con la CNUDPD.

d) El procedimiento de control (artículos 756 y ss de la LEC) y la CNUDPD

La negativa a autorizar los ingresos realizados sin autorización judicial previa coloca a las ancianas en una situación poco deseable: acreditada la existencia de un trastorno psíquico que les impide manifestar su voluntad y vivir de forma independiente fuera de la institución, se les niega también el control judicial requerido vía artículo 763 de la LEC como medida de protección ante eventuales abusos. El ejercicio de tal control deberá realizarse, según el TC, a través de un procedimiento ordinario de modificación de la capacidad (*incapacitación*) y con la adopción previa o coetánea de una medida cautelar de ingreso (artículo 762 de la LEC). La remisión a este procedimiento se opone a los principios de la Convención, en particular a su artículo 12,¹⁵⁰ que refleja el reconocimiento como *persona* de quienes antes sólo eran *objeto* de derechos y que está ligado con su derecho a su *dignidad*, a su autodeterminación y a tomar sus propias decisiones siendo provistas, *sólo cuando sea necesario*, de los apoyos que precisen para ello. Para aquellas decisiones o actos que puedan desarrollar por sí mismos no necesitarán ser dotados de apoyo alguno, aban-

capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica *respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*". N. del E.: La cursiva es énfasis de la autora.

¹⁵⁰ El artículo 12 de la CNUDPD se titula Igual reconocimiento como persona ante la ley y dice textualmente:

"1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

"2. Los Estados Partes reconocerán que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica* en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

"3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para *proporcionar acceso* a las personas con discapacidad *al apoyo* que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

"4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen *salvaguardias* adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas *al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y *adaptadas a las circunstancias de la persona*, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán *proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*.

"5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria". N. del E.: Las cursivas es énfasis de la autora.

donándose de este modo el paternalismo imperante en los vigentes sistemas de protección donde se da por hecho que la persona carece de capacidad para tomar *todas* las decisiones que le afecten y por ello se les dota de un tutor que las *sustituya* en el ejercicio de su voluntad. El propio artículo 12 obliga a que se proporcionen salvaguardas que garanticen el ejercicio de la capacidad jurídica libre de abusos y acordes a sus derechos, voluntad y preferencias, y que además sean adecuadas a sus circunstancias y proporcionales, al grado en que dichas medidas afecten a sus derechos e intereses. En los casos comentados ambas ancianas cuentan con sendas guardadoras de hecho, que velan por ellas tanto antes como durante su estancia en el centro. Nada indica que, salvo garantizar el control judicial de su ingreso y, en todo caso, del ejercicio de la propia guarda de hecho, precisen de ninguna otra medida de protección. La propia Fiscalía descartó la tramitación del procedimiento propuesto por el TC al entender que, a pesar de existir *causa* (trastorno psíquico) no existe *motivo* para ello. El Tribunal Constitucional indica de manera expresa que “el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del artículo 763 [de la] LEC [...], siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende a favor del afectado.” Esto es justo lo único que se pretende en ambos casos. Por lo tanto, la conclusión debiera ser que el control de los ingresos de personas mayores, dado que su trastorno psíquico no les permite decidir por sí mismas, puede ser ejercitado a través del artículo 763 de la LEC. Siendo esto así, de entenderse que el ingreso se ha realizado indebidamente nada obstaría a la tramitación de un expediente nuevo del artículo 763 de la LEC, de cumplirse el resto de requisitos, con la adopción, de ser preciso, de una medida cautelar de ingreso durante su tramitación con fundamento en los artículos 158, numeral 4º,¹⁵¹ y 216 del Código Civil.¹⁵² Sin embargo, el TC cierra esta posibilidad en el caso de las personas mayores con demencia por los claros visos de larga duración e irreversibilidad¹⁵³ de la enfermedad, remitiendo al procedimiento de *incapacitación* por ser el *régimen jurídico de protección más completo*, afirmación generalista que no tiene en cuenta en modo alguno el caso particular de cada persona y es contraria al fomento de la autodeterminación de las personas con discapacidad y su sometimiento a un sistema de protección paternalista superado tras la ratificación de la Convención. En su informe de 2010, el Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED) advertía que “los sistemas jurídicos que aceptan la restricción de la capacidad jurídica por razón o motivo de discapacidad impidiendo el autogobierno de la persona así como la administración, disposición y gestión de sus bienes, derechos e intereses personales y patrimoniales, *admiten la desigualdad ante la Ley, vulnerando el principio de igualdad que consagra la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”.¹⁵⁴ Recordaba que el

¹⁵¹ El cual permite expresamente que las medidas se puedan adoptar en un procedimiento de *jurisdicción voluntaria*.

¹⁵² Referido, entre otros, a los supuestos de *guarda de hecho*.

¹⁵³ Véase FJ 4 de la STC 132/2016 “si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad o imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad”.

¹⁵⁴ Observatorio Estatal de la Discapacidad, *Las personas con discapacidad en España. Informe Olivenza 2010* (España: Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2010): 205.

ordenamiento jurídico español, de profunda tradición latina, al igual que el mexicano, sigue el sistema de sustitución en la toma de decisiones plasmado por regla general a través de la tutela y que en nuestro derecho la presencia de una discapacidad que opera como un elemento que anula o limita toma de decisiones pone en marcha los variados mecanismos de sustitución que actúan no sólo en la esfera patrimonial sino también en la personal, alcanzando incluso derechos personalísimos e inviolables (ingresos involuntarios) y comprometiendo los derechos humanos más básicos de la persona pues pervive la creencia de que la discapacidad permite y *obliga* a la sustitución. La Convención aboga por un modelo en el que las personas con discapacidad puedan necesitar de apoyos pero siendo ellas las dueñas de sus decisiones en una clara reivindicación de su derecho a equivocarse y a ser dueñas de su propia vida. Este desafío supone la incorporación del artículo 12 de la Convención que obliga a revisar nuestro ordenamiento jurídico, según el Informe 2010 antes citado, en cinco aspectos de entre los cuales señalamos: “El establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo” y la “revisión de los ordenamientos nacionales que restringen la capacidad jurídica por razón de discapacidad”. Un año después, el Comité remitía a España sus recomendaciones en el mismo sentido. Entendemos que la solución propuesta por el TC español no puede ser más contraria al espíritu de la Convención porque:

1. Evidencia el tratamiento paternalista de la discapacidad que la CNUDDP pretendía superado al derivar a la persona que presenta una discapacidad con *visos de permanencia* a un procedimiento más *idóneo* para su *protección integral*.
2. Pretende dotar a la persona con discapacidad de *más apoyos que los solicitados* o que los que, *basados en sus exclusivas circunstancias, sean necesarios y proporcionales*.¹⁵⁵
3. Les priva de un procedimiento, el del artículo 763 de la LEC, previsto como *salvaguardia* ante posibles y eventuales abusos durante su ingreso en una institución cuando este es justo el único apoyo que se pretende.
4. Da por hecho, generalizando y prejuzgando, que la persona tiene un patrimonio que se ha de proteger.
5. Se desprecia o, al menos, se coloca en un nivel inferior, una figura de apoyo válida y legal como lo es la guarda de hecho.
6. Con carácter principal, se pretende con la derivación al procedimiento de modificación de la capacidad únicamente dar cobertura legal a la situación de *privación de libertad* en la que, según el Tribunal Constitucional se encuentran las ancianas ingresadas, a través

¹⁵⁵ La Confederación Española de Asociaciones de Familiares de Personas con Alzheimer y Otras Demencias (CEAFA, 2011) ha dicho que existen numerosos casos en los que encontramos personas que con una ayuda mayor o menor puede decidir por sí mismos en cuyo caso, someterles a tutela es un abuso porque significa la sustitución de la voluntad de la persona tutelada. Asimismo, para la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (FEAFES), el internamiento y la incapacitación civil no son necesarias en muchos casos. Enrique Esbec Rodríguez, “Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad”, *Psicopatología Clínica legal y forense*, vol. 12 (2012): 121-147.

- primero de la adopción de una medida cautelar y segundo, de ser estimada esta pretensión en el pleito principal, de una medida definitiva.
7. La adopción del ingreso como medida definitiva de la sentencia sólo podría ser removida a través de un nuevo procedimiento ordinario para la modificación de la sentencia en la que se haya acordado dicho ingreso mientras que, de seguirse el procedimiento del artículo 763 de la LEC, no sería preciso, ya que éste *autoriza*, en su caso, el ingreso mientras la sentencia dictada en el procedimiento del artículo 756 y ss de la LEC *obliga* al mismo, salvo que se indique lo contrario, de este modo, la medida de protección puede convertirse en una medida perversa de privación de libertad ordenada en el propio procedimiento.
 8. Nada obsta a que se inste un procedimiento nuevo del artículo 763 de la LEC con la adopción de una medida cautelar de ingreso provisional basada en el artículo 158 del Código Civil para resolver la situación de *ilegalidad* cometida en los casos comentados, con todos los efectos inherentes.

e) Incapacitados, discapacitados. *El uso del lenguaje*

En 2009 el legislador español previó el inicio de la reforma de los procedimientos de *incapacitación judicial*, que se denominarían *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*. La propuesta no se presentó por lo que se impulsó de nuevo con la Ley 26/2011, instándose la presentación de un proyecto de ley que estableciera las modificaciones necesarias en el *proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*.¹⁵⁶ Tampoco se realizó pero es evidente el ánimo y la voluntad firme de cambio de denominación del procedimiento. Como afirma el fiscal David Mayor Fernández, “el cambio ha de ser bienvenido en cuanto supone el abandono de un concepto que en razón de una mala práctica por parte de los operadores jurídicos ha alcanzado un carácter estigmatizante y discriminatorio”.¹⁵⁷ Además, es necesario porque la denominación *incapacitación* resulta contraria a la dignidad de las personas y al espíritu de la Convención. No sólo ya no se puede hablar de *incapacitar* a nadie, pues ya todos tenemos la misma capacidad jurídica (y de obrar) sino de *apoyar* o *asistir* a quien lo precise. La propia Convención obliga a los Estados Parte a poner en valor la discapacidad y potenciar el valor de la diversidad lo que resulta incompatible con el verbo *(in)capacitar*. La doctrina ha propuesto otras denominaciones: *delimitación de la capacidad de obrar*;¹⁵⁸ *procesos de modificación de la capacidad y determinación de apoyos*, propuesta por el fiscal Carlos Ganzenmüller Roig; *valoración de la facultad de autogobierno y necesidad de asistencia*,¹⁵⁹

¹⁵⁶ *Vide supra*, n. 125.

¹⁵⁷ David Mayor Fernández, “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 2133 (julio 2011): 9.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Pilar Ladrón Tabuena, “Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V* (2012): 203-222.

etc. Es común en los foros especializados hablar en cualquiera de estos términos habiendo caído totalmente en desuso la palabra *incapacitación*. Por ello y, aunque en puridad la palabra *jurídico* todavía en vigor sea el de *incapacitación*, es tanta la insistencia del Tribunal Constitucional por mantener esta terminología como el nulo esfuerzo por introducir la que, según el propio mandato del legislador, debiera estar en uso hace años. Igual cabe decir del uso sistemático del sustantivo *discapacitado*. En España el empleo del concepto *persona con discapacidad* es obligado desde el 1 de enero de 2007, según lo previsto en la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia¹⁶⁰ que sustituyó los términos *minusválido* y *persona con minusvalía* que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ya había desechado en 2001 por su connotación peyorativa.¹⁶¹ Además, sólo si se comprende el significado del concepto *discapacidad* acuñado por la CNUDPD (artículo 1º) se entenderá por qué el término adecuado es el de *persona con discapacidad*. La discapacidad no es un *atributo humano* sino que surge de la *interactuación* con barreras que impiden el ejercicio de la capacidad de la persona. *Discapacitado* es un término todavía usualmente empleado por nuestros tribunales en general y por el TC en particular que, a nuestro juicio debe ser corregido de forma inmediata. El lenguaje sí importa y la forma en que nos expresamos define y difunde las maneras de ver el mundo y a las personas. Ello tiene consecuencias en el respeto a los derechos y por eso es de vital importancia la rectificación del TC y pasar a decir *personas con discapacidad*.

v. Los ingresos en centros de personas mayores. México

En México no existe un procedimiento judicial específico que esté previsto para los ingresos involuntarios por razón de trastorno psíquico en general y en relación con las personas mayores en particular. Hasta el día de hoy, el cuidado y la responsabilidad de las personas con trastorno psíquico, discapacidad o mayores es asumido por la familia. El propio sistema de tutela mexicano es un sistema de familia y no de autoridad como el español. Así, cuando una persona mayor es judicialmente declarada incapaz, la familia o el tutor deciden por ella, al margen de su voluntad, su ingreso en un centro, aunque la mayoría continúa viviendo con su familia. A tenor de lo previsto en la legislación mexicana actual, existen tres tipos de ingresos previstos como de carácter *hospitalario*: *voluntario*, cuando es el propio enfermo quien lo solicita, debiendo constar informe médico previo

¹⁶⁰ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia Disposición adicional octava. “Terminología. Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».”

“A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.”

¹⁶¹ Véase Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre.

que también lo prescriba; *involuntario*, cuando es solicitado por un familiar, tutor, representante legal o cualquier otra persona que en caso de urgencia solicite el servicio, debiendo existir un informe médico previo que indique la necesidad del ingreso; *obligatorio* cuando sea ordenado por la *autoridad sanitaria* para evitar riesgos y daños para la salud de la comunidad.¹⁶² Si bien, en el caso de internamiento involuntario la decisión corresponde principalmente a la familia previo dictamen médico, la Ley General de Salud (en adelante, LGS) exige que dicho internamiento se notifique al representante del ingresado, así como a la autoridad judicial. En el caso de urgencia, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica¹⁶³ (en adelante, RLGS) ordena la notificación al Ministerio Público y al representante de la persona y a los 15 días ésta debe ser reevaluada por la o el médico psiquiatra que determinará la pertinencia de continuar con el tratamiento hospitalario o ambulatorio, e informará a la persona, en cuanto sea posible, sobre su situación de ingreso con el fin de que manifieste su consentimiento y así cambiar su condición a la de ingreso voluntario. La LGS indica expresamente en su artículo 75 que el ingreso debe ser el *último recurso terapéutico* para personas con enfermedades mentales o trastornos de conducta, debiendo ajustarse a principios éticos, sociales y de *respeto a los derechos humanos*. La ley exige la intervención de una o un médico calificado, que determine no solo la existencia de un trastorno mental y del comportamiento, sino que dicho trastorno supone un *peligro grave o inmediato* para sí mismo o para terceras personas. En similares términos regula el internamiento la Ley de Salud Mental del Distrito Federal en su capítulo VII, artículos 47 a 58¹⁶⁴ aplicable en ese estado.

A diferencia del ordenamiento jurídico español, en el derecho mexicano la decisión de ingresar de forma involuntaria recae en particular en el equipo médico en el que se incluyen diversos profesionales (psicólogos, trabajadores sociales, neurólogos, psiquiatras, etc.) y en la familia o representante que debe firmar la solicitud, estableciéndose sólo la obligación de comunicar este ingreso a la autoridad judicial o al Ministerio Público *en caso de urgencia*, según lo previsto en el numeral 5.6.2, segundo párrafo, de la Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-2014, Para la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médico-psiquiátrica,¹⁶⁵ creándose de este modo un *cierto control judicial* al ingreso *a posteriori* y sólo siempre que desde los centros se cumpla con esta obligación, justamente lo que proscribe el TC español. En caso contrario, la autoridad judicial o el Ministerio Público desconocerán estas situaciones de efectiva

¹⁶² Artículo 75 de la Ley General de Salud, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_270117.pdf (fecha de consulta: abril de 2017). Artículos 76, 77 y 78 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/rlgsmptam.html> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹⁶³ Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

¹⁶⁴ Ley de Salud Mental del Distrito Federal, <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r410203.htm> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹⁶⁵ Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-2014, Para la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médico-psiquiátrica, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5406383&fecha=04/09/2015 (fecha de consulta: abril de 2017).

privación de libertad. La LGS establece, no obstante, otro mecanismo que permitirá a la autoridad ser conocedora y, ahora sí, entrar a valorar la procedencia o no de los ingresos involuntarios realizados. Será en los casos en que el ingreso sea impugnado ante dicha autoridad judicial por la propia ingresada o su representante. La jueza o el juez revisará lo realizado y resolverá basando su decisión en informe pericial médico. Para el caso de decidir la improcedencia del mismo establecerá un plazo para que el alta de la o el enfermo se produzca. La ley indica además, que durante ese procedimiento se garantizará la *defensa* de los intereses de la persona ingresada, aunque no indica si esto le da derecho a comparecer en el mismo asistido de letrado como ordena en España el artículo 763 de la LEC. En el caso de personas mayores con deterioro cognitivo moderado o grave resulta difícil que ellas puedan por sí mismas presentar reclamación sobre el ingreso realizado de forma normal por sus familiares o representantes, legitimados también activamente para promover esta acción, lo cual puede explicar la ausencia de jurisprudencia al respecto.

Como se ha expuesto al principio, la legislación mexicana no prevé un procedimiento específico para los ingresos involuntarios de mayores en centros residenciales. Cabría entonces preguntarse si lo previsto en los preceptos anteriores sería aplicable también a este tipo de centros y respecto a las personas mayores que por razón del trastorno psíquico que padecen no están en condiciones de decidirlo por sí mismas. Atendiendo a lo previsto en los artículos 34, 35 y 38 de la LGS podría entenderse que las residencias para mayores sí son establecimientos prestadores de servicios de salud privados –o públicos si dependen de este sector– y si en ellas se atienden a personas con demencia o cualquier otra discapacidad psicosocial que le impida autogobernarse, serían prestadores también de servicios de salud mental. Igualmente, el Programa de Acción Específico Salud Mental 2013-2018¹⁶⁶ sustentado en el Modelo Miguel Hidalgo de Atención en Salud Mental relaciona dentro de los Programas Específicos de Rehabilitación Psicosocial de dicho modelo el de *reinserción social*, en el que se incluyen dispositivos comunitarios que tienen como propósito la reintegración social de la o el usuario al medio al que pertenece a través de diferentes estructuras de atención comunitaria, entre ellas las *residencias para adultos mayores*.¹⁶⁷ Según lo anterior, podría concluirse que a los ingresos involuntarios en centros de personas mayores en México les serían de aplicación los preceptos ya indicados. Ello significaría que en los casos en los que las personas mayores padecieran un trastorno psíquico que les impidiera firmar su consentimiento informado de ingreso debieran cumplirse los mismos requisitos de acceso anteriormente indicados para considerar legal ese ingreso involuntario. A saber, que:

1. No pudiera prestársele otro tipo de tratamiento siendo el ingreso el último recurso.
2. No ingresar implicase un peligro para la persona o para terceros.

¹⁶⁶ Programa de Acción Específico Salud Mental 2013-2018, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/11918/Salud_Mental.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 18-19.

3. Lo anterior se recogiese en un informe médico expedido por una o un especialista.
4. Se le informase, en cuanto y si fuese posible, de los motivos de su ingreso.
5. Se notificase dicho ingreso al Ministerio Público, en caso de urgencia.
6. De ser impugnado por la persona o su representante, se siguiese el procedimiento judicial previsto en la LGS, garantizándole el derecho de defensa de sus intereses.

La legislación mexicana se opone también a la CNUDPD y a las recomendaciones del Comité pues prescinde del consentimiento informado del paciente que se ve privado de su libertad en contra de su voluntad por razón de su discapacidad, enfermedad o edad y fuera de control judicial, aunque respecto a este último aspecto, cabe decir que existen iniciativas legislativas que proponen un control judicial *ab initio* como la Iniciativa que expide la Ley General de Salud Mental, a cargo del diputado José Francisco Coronato Rodríguez, del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano¹⁶⁸ o recientemente la Iniciativa que expide la Ley Nacional de Salud Mental, a cargo de la diputada Leticia Amparano Gámez (PAN).¹⁶⁹ En ambos casos, el peso de la decisión de ingreso continúa estando en las familias y los médicos por encima del interés preferido de quien se va a ingresar. Para las personas mayores la situación es peor. Si los geriátricos no se consideran establecimientos de salud mental —y así podría ser si careciesen de unidades de psicogeriatría— ni siquiera sería preciso un informe multidisciplinar para avalar por lo menos de forma técnica la necesidad de un ingreso. Esta situación, según los datos facilitados por el INEGI en 2010 podría afectar a 17 938 personas adultas residentes en los 744 establecimientos del DIF, sin que se pueda precisar a cuántos más en otros centros por no existir un censo fiable de este tipo de establecimientos. Quizá esta inexactitud y falta de control sobre los geriátricos se deba a que la entrada de la atención gerontológica en la agenda política en México se produjo a finales de la década de 1970. Entonces se creó el Instituto Nacional de la Senectud (Insen), orientado en sus inicios a la atención de mayores en riesgo de pobreza, abandono o incapaces. Su función era asistencialista y las personas mayores eran consideradas *objeto de derechos*. Después, la aprobación en 2002 de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, que creó al Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (Inapam), supuso un cambio paradigmático cuyo máximo exponente es el *enfoque en derechos de las políticas de la vejez* fomentando la habilitación y participación de las personas mayores en la sociedad. Esta ley recoge de manera no exhaustiva los derechos de este colectivo sin que figure el *derecho a la libertad* que sí se recoge en el artículo 7º de la Con-

¹⁶⁸ Cámara de Diputados, Iniciativa que expide la Ley General de Salud Mental, a cargo del diputado José Francisco Coronato Rodríguez, del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano (*Gaceta Parlamentaria*, octubre de 2013), <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/oct/20131008-VI.html> (fecha de consulta: abril de 2017).

¹⁶⁹ Cámara de Diputados, “Iniciativa que expide la Ley General de Salud Mental, a cargo de la diputada Leticia Amparano Gámez del Grupo Parlamentario del PAN” (*Gaceta Parlamentaria*, abril de 2017), <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/oct/20131008-VI.html> (fecha de consulta: abril de 2017).

vención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores aún no firmada ni ratificada por México. A pesar del cambio de paradigma propugnado, la práctica evidencia la vigencia del enfoque asistencialista en las instituciones del propio Inapam, el cual choca y vulnera diferentes derechos fundamentales de las personas ingresadas incluso de forma voluntaria. La lectura del Reglamento Interno de Albergues y Centros de Día¹⁷⁰ del Inapam lo evidencia. El artículo 1° exige para el ingreso que la persona *se valga física y mentalmente por sí misma* (apartado iv) y que de preferencia *cuenta con un responsable* (apartado vii), a pesar de ser capaz. Una de las funciones de éste es el de *autorizar previamente* las salidas solicitadas por el mayor ingresado que sólo se llevarán a cabo si el equipo interdisciplinar también las *aprueba* (es curioso que el artículo 8° esté dedicado a los derechos de las personas usuarias). Otro ejemplo de vulneración del derecho fundamental, en este caso, también al de la intimidad, es el artículo 9° que obliga a la persona albergada a exponer las razones por las que ha de ausentarse del centro durante más de 24 horas y sólo si convencen al equipo interdisciplinar y a su representante, se le permitirá hacerlo. El artículo 12, relativo a las obligaciones del *responsable* es una exhibición de actuaciones contrarias a la promoción de la autonomía en la toma de decisiones de la persona mayor quien *de facto* y de manera obligada es sustituida o acompañada sin siquiera contar con su opinión en la realización de actos que, ateniéndonos a los propios criterios de ingreso, podría hacer por sí misma o decidir a quién encomendárselos pues debiera estar capacitada física y mentalmente para ello. El artículo 20 es otro ejemplo de violación del derecho a la libertad, al trasladar la autorización sobre la recepción de visitas de la persona anciana a su *responsable*, obviando la suya propia. Preocupante es todo ello si se tiene en cuenta que la vulneración de estos derechos se produce en el marco institucional público. Parece que el cambio de paradigma propugnado en la Convención –promovida por México– todavía no ha calado en los niveles más básicos e inmediatos de atención a las personas mayores contribuyéndose de este modo desde las propias instituciones a ahondar la brecha de su vulnerabilidad. Invocando los principios de la CNUDDP, en relación con los ingresos asistenciales de personas con discapacidad se presentaba en enero pasado la Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, suscrita por la senadora Yolanda de la Torre Valdez¹⁷¹ por la cual se solicitaba la incorporación de un nuevo artículo 7° *Ter* con la siguiente redacción:

¹⁷⁰ Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, *Modelos de atención gerontológica* (México: Inapam), [http://www.inapam.gob.mx/work/models/INAPAM/Resource/Documentos_Inicio/Libro_Modelos_de_Atencion_Gerontologica_\(web\).pdf](http://www.inapam.gob.mx/work/models/INAPAM/Resource/Documentos_Inicio/Libro_Modelos_de_Atencion_Gerontologica_(web).pdf) (fecha de consulta: abril de 2017).

¹⁷¹ Cámara de Diputados, “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en materia de asistencia personal, suscrita por la senadora Yolanda de la Torre Valdez, del Grupo Parlamentario del PRI” (*Gaceta parlamentaria*, LXIII/2PPR-3/68346, enero de 2017), <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=cp&mn=4&cid=68346> (fecha de consulta: abril de 2017).

Queda prohibido el internamiento involuntario de personas con discapacidad en centros de asistencia social, refugios, albergues o clínicas de salud mental. Las personas con discapacidad que requieran tratamiento médico, psicológico o de cualquier índole que implique su internamiento deberán ser consultadas y conocer el periodo de internamiento y los tratamientos necesarios. Las casas de asistencia social, asilos, refugios o cualquier otra de índole similar deberán respetar la dignidad de las personas con discapacidad, evitando cualquier trato inhumano o degradante, privilegiando su reinserción a la comunidad.

El precepto aprobado sería aplicable a los ingresos en geriátricos y supondría una adaptación a los principios de la Convención y un cambio importante en el sistema de tutela del ordenamiento jurídico mexicano pues ni la familia ni el tutor podrían autorizar estos ingresos si la o el tutelado no lo consintiese de forma libre. En todo caso, la vigente normativa debería ser igualmente interpretada a la luz de la Convención, con lo cual las prácticas expuestas dejarían de considerarse lícitas.

VI. Conclusiones

1. Diez años después de publicada la CNUDPD ni España ni México han adaptado su legislación a lo previsto en el artículo 12 de la Convención ni han seguido las recomendaciones del Comité al respecto.
2. Ambos Estados mantienen procedimientos restrictivos de la capacidad de obrar. En España, el de *incapacitación*; en México, el de *interdicción*.
3. El fenómeno del envejecimiento poblacional es un elemento en común en ambos países que presentan un índice de prevalencia de la demencia similar en torno a seis por ciento.
4. Ambos países mantienen procedimientos legales que permiten el *internamiento involuntario* de personas mayores en contra de lo previsto en los artículos 14 y 19 de la CNUDPD y las recomendaciones del Comité.
5. En España ha sido el TC el que, jurisprudencialmente, ha declarado que el artículo 763 LEC es aplicable a los ingresos geriátricos perfilando a través de sus resoluciones los diferentes requisitos y aspectos exigibles a los mismos.
6. México carece de jurisprudencia relevante y relativa al tema.
7. Ninguno de los procedimientos sobre *internamiento involuntario* vigentes en ambos Estados tiene en cuenta *opinión, gustos, deseos y/o preferencias* de la persona ingresada ni se basan en el otorgamiento previo de su *consentimiento informado* ni por lo tanto en el *interés preferido* de la persona ingresada.
8. El sistema español exige del *control judicial previo* a los ingresos involuntarios incluso de personas mayores, salvo en casos de urgencia. La ausencia de dicho control se considera *vulneración del derecho a la libertad*, incluso sin realizar averiguación previa de la voluntad real de la persona ingresada.

9. El sistema mexicano exige un *cierto control a posteriori* sólo en los casos de urgencia al exigir notificación al *Ministerio Público* o cuando la o el ingresado o su familiar impugna ante la *autoridad judicial* el ingreso realizado.
10. El peso sobre la decisión de ingreso corresponde a la jueza o juez en España y a la autoridad sanitaria junto con la familia en México, al margen de la opinión de la persona ingresada, manteniéndose en ambos casos la tradición de sistemas asistencialistas y paternalistas.
11. Los procedimientos de ingreso en ambos Estados contravienen la Convención al no prever *sistemas de apoyos* ni *ajustes razonables de procedimiento* para que las personas afectadas puedan decidir libremente su ingreso en centro con base en un consentimiento libre e informado.

VII. Bibliografía

- Abellán García, Antonio, Alba Ayala García y Rogelio Pujol Rodríguez. “Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos”. *Informes. Envejecimiento en red*, núm. 15 (enero 2017): 48. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enredindicadoresbasicos17.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Arbones Mainar, Ana. “El Alzheimer en cifras. Informes y estadísticas”. *Ortoweb.com* <https://www.ortoweb.com/podcast/19-el-alzheimer-en-cifras-informes-y-estadisticas/> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Cisternas Reyes, María Soledad. “Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global”. *Anuario de Derechos Humanos*. núm. 11 (2015): 17-37. <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/search> (fecha de consulta: febrero de 2017).
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Derechos de los adultos mayores*. México: CNDH, 2012. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/9_Cartilla_Adultos_Mayores.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/ESP/CO/1, España.
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su 45 periodo ordinario de sesiones, el 15 de junio de 2015. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp (fecha de consulta: abril de 2017).

- Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada y abierta a la firma de ratificación o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), Resolución A/RES/61/611, 6 de diciembre de 2006. <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcccconvs.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Cruz, Julia. “Las personas mayores que viven en residencias se triplican en la última década”. *El Mundo*, Sec. Vivienda, 8 de mayo de 2013. <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/07/espana/1367925825.html> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Cuenca Gómez, Patricia. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”. *Derechos y libertades*, núm. 24 (enero 2011): 221-257.
- De Asís Roig, Rafael. “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención”. *77 Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V* (2012).
- Esbec Rodríguez, Enrique. “Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad”. *Psicopatología clínica legal y forense*, vol. 12 (2012): 121-147.
- García Pons, Antonio. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
- González Ramos, Alonso Karim. *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2010. http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Var_32.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).
- Gutiérrez Robledo, Luis Miguel e Isabel Arrieta Cruz, coords. *Plan de acción Alzheimer y otras demencias, México 2014*. México: Instituto Nacional de Geriátrica, Secretaría de Salud, 2014. http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/noticias/plan_alzheimer.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. *Estadísticas a propósito del Día internacional de las personas de edad*. <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2014/adultos0.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Instituto Nacional de Estadística. *Censos de población y vivienda 2011. Colectivos*. <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e244/colectivos/p01/l0/&file=01001.px> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores. *Modelos de Atención Gerontológica*. México: Inapam. [http://www.inapam.gob.mx/work/models/INAPAM/Resource/Documentos_Inicio/Libro_Modelos_de_Atencion_Gerontologica_\(web\).pdf](http://www.inapam.gob.mx/work/models/INAPAM/Resource/Documentos_Inicio/Libro_Modelos_de_Atencion_Gerontologica_(web).pdf) (fecha de consulta: abril de 2017).
- Instituto para la Atención de los Adultos Mayores del Distrito Federal. *Los derechos de las personas mayores en la Constitución de la Ciudad de México*. México: CDHDF, 2016. <http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/Carpeta-Propuestas-Derechos-Personas-mayores.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).

- Ladrón Tabuena, Pilar. “Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V*, núm. 5 (2012): 203-222.
- Legerén Molina, Antonio. *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293-3 del Código Civil*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.
- Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado* núm. 7 (8 de enero de 2000): 575-728. <https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/08/pdfs/A00575-00728.pdf>; última reforma publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, de 27 de mayo de 2017, Sec. I. 42835-42840, <https://www.boe.es/boe/dias/2017/05/27/pdfs/BOE-A-2017-5855.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley 1/2009, del 25 de marzo de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 73 (26 de marzo de 2009): Sec. I, 29137-29142. <https://www.boe.es/boe/dias/2009/03/26/pdfs/BOE-A-2009-5028.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley 13/1983, del 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 256, de 26 de octubre de 1983, Sec. I, 28932-28935. <https://www.boe.es/boe/dias/1983/10/26/pdfs/A28932-28935.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley 26/2011, del 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 184 (2 de agosto de 2011): Sec. I, 87478-87494. <https://www.boe.es/boe/dias/2009/03/26/pdfs/BOE-A-2009-5028.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017); última reforma publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 261 (31 de octubre de 2015): Sec. I, 103105-103159. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/31/pdfs/BOE-A-2015-11719.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 299 (15 de diciembre de 2006): 44142-44156. <https://www.boe.es/boe/dias/2006/12/15/pdfs/A44142-44156.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 274 (15 de noviembre de 2002): Sec. I, 40126-40132. <https://www.boe.es/boe/dias/2002/11/15/pdfs/A40126-40132.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley 41/2003, del 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esa finalidad publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 277 (19 de

- noviembre de 2003): Sec. I, 40852-40863. <https://www.boe.es/boe/dias/2003/11/19/pdfs/A40852-40863.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley de Salud Mental del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 23 de febrero de 2011. <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r410203.htm> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Ley General de Salud del 7 de febrero de 1984. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada el 27 de enero de 2017. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_270117.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).
- Mayor Fernández, David. “La reforma de la protección jurídica civil de la Discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2133 (2012). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915491> (fecha de consulta: febrero de 2017).
- Mejía Arango, Silvia y Luis Miguel Gutiérrez Robledo. “Prevalence and incidence rates of dementia and cognitive impairment no dementia in the Mexican population: data from the Mexican Health and Aging Study”. *Journal of Aging and Health*, núm. 7 (septiembre 2011), DOI <https://doi.org/10.1177/0898264311421199> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-2014, Para la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médico-psiquiátrica, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de septiembre de 2015. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5406383&fecha=04/09/2015 (fecha de consulta: abril de 2017).
- Observatorio Estatal de la Discapacidad. *Las personas con discapacidad en España. Informe Olivenza 2010*. España: OED, 2010.
- Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica del 14 de mayo de 1986. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada 19 de diciembre de 2016. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGS_MP-SAM_191216.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).
- Secretaría de Salud. *Programa de Acción Específico Salud Mental 2013-2018*. México: Secretaría de Salud, 2014. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/11918/Salud_Mental.pdf (fecha de consulta: abril de 2017).
- Senado de la República. “Inapam deberá contar con registro único de atención para adultos Mayores: Cristina Díaz.” <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/grupos-parlamentarios/16079-inapam-debera-contar-con-registro-unico-de-centros-de-atencion-para-adultos-mayores-cristina-diaz.html> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 13/2016, de 1 de febrero de 2016, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 57 (marzo de 2016): 18.409 y ss. <https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/07/pdfs/BOE-A-2016-2330.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- _____. Sentencia núm. 132/2010, del 2 de diciembre de 2010. <https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/05/pdfs/BOE-A-2011-274.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).

- _____ Sentencia núm. 132/2016, del 18 de julio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 196 (agosto de 2016). <https://www.boe.es/boe/dias/2016/08/15/pdfs/BOE-A-2016-7897.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- _____ Sentencia núm. 282/2009, del 29 de abril de 2009. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=4566650&links=%22282%2F2009%22&optimize=20090521&publicinterface=true> (fecha de consulta: abril de 2017).
- _____ Sentencia núm. 34/2016, del 29 de febrero, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 85 (abril de 2016): 24889-24906. <https://www.boe.es/boe/dias/2016/04/08/pdfs/BOE-A-2016-3400.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- Torres Costas, María Eugenia y Cristóbal F. Fábrega Ruíz. “Breve comentario de la aplicación en la jurisprudencia española de la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad”. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, vol. 2013-II (2013): 278-289.
- Unión Democrática de Pensionistas y Jubilados de España. “El ‘cohousing’ (viviendas colaborativas) y las Personas Mayores”. *Informe Mayores UDP*, edición 7 (abril 2015). <http://www.mayoresudp.org/wp-content/uploads/2014/09/El-cohousing-y-las-personas-mayores-abril-2015.pdf> (fecha de consulta: abril de 2017).
- “Iniciativa que expide la Ley General de Salud Mental, a cargo del Diputado José Francisco Coronato Rodríguez, del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano”. *Gaceta Parlamentaria*, año XVI, núm. 3878-VI (8 de octubre de 2013). <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/oct/20131008-VI.html> (fecha de consulta: abril de 2017).
- “Iniciativa que expide la Ley General de Salud Mental, a cargo de la diputada Leticia Amparano Gámez del Grupo Parlamentario del PAN”. *Gaceta Parlamentaria*, año XX, núm. 4753-VII, 4 de abril de 2017. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/oct/20131008-VI.html> (fecha de consulta: abril de 2017).
- “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en materia de asistencia personal, suscrita por la senadora Yolanda de la Torre Valdez, del Grupo Parlamentario del PRI”. *Gaceta Parlamentaria*, LXIII/2PPR-3/68346 (enero de 2017), <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=cp&mn=4&id=68346> (fecha de consulta: abril de 2017).

INVESTIGACIÓN

Nunca más un México sin nosotras. La voz de las trabajadoras del hogar en su lucha por la ratificación del Convenio 189 de la OIT

Mauricio Patrón Rivera*

Universidad Iberoamericana (UIA)

Ciudad de México, México

patron.mauricio@gmail.com

Recibido: 30 de abril de 2017.

Dictaminado: 24 de mayo de 2017.

* Realizó estudios de periodismo en la Universidad Nacional Autónoma de México, el Programa de Estudios Independientes del Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona, y Derechos Humanos en la Universidad Iberoamericana. Desde 2015 ha colaborado con el Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar y el Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar. Es parte del colectivo Tepetongo, Balneario Crítico, que busca generar discurso a partir del cruce del arte y la política, con énfasis en los feminismos y la descolonialidad.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.



Resumen

Este artículo explora la dimensión discursiva de los derechos humanos en la lucha de las trabajadoras del hogar organizadas en México. En particular, se abordan los casos del Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar (CACEH) y el Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar (Sinactraho).

Para dar a entender la importancia de hacer un nuevo uso de los vocablos en el campo de lo político, se expone la relación entre *palabra* e *institución*, para luego avanzar sobre el surgimiento de las trabajadoras del hogar como un nuevo sujeto político colectivo definido con base en un esencialismo estratégico.

A partir de aquí, se propone un recorrido por los marcos legales internacionales y nacionales para entender cómo el vocabulario de las trabajadoras del hogar se ha instalado en el lenguaje de los derechos humanos. Posteriormente, se realiza un análisis de diversos testimonios y documentos de las trabajadoras del hogar organizadas, teniendo como eje su lucha por la ratificación del Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (C189) de la Organización Internacional del Trabajo.

Palabras clave: trabajadoras del hogar, Convenio 189, derechos humanos, giro lingüístico, ratificación.

Abstract

This article explores the discursive dimension of human rights in the struggle of organized domestic workers in Mexico. In particular, the cases of the Center for Support and Training for Home Employees (CACEH, by its spanish acronym) and the National Union of Men and Women Home Workers (Sinactraho, by its spanish acronym) will be addressed.

To understand the importance of making a new use of words in the field of politics, I appeal to exposing the relationship between *word* and *institution*, and then advance over the emergence of home workers as a new political and collective subject defined from a strategic essentialism.

From here, I propose a path over international and national legal frameworks to understand how the vocabulary of home workers has been placed in the language of human rights. Subsequently, I make an analysis of various testimonies and documents of organized home workers, based on

their struggle for the ratification of Convention 189 Concerning Decent Work for Domestic Workers of the International Labor Organization.

Keywords: home workers, Convention 189, human rights, linguistic turn, ratification.

Sumario

I. Introducción; II. La temible materialidad del discurso; III. Legislación internacional sobre el trabajo remunerado en el hogar; IV. La legislación sobre el trabajo remunerado en el hogar en México; v. Las trabajadoras del hogar en México: CACEH y Sinactraho; VI. El discurso y las narrativas de las trabajadoras del hogar; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía; IX. Siglas y acrónimos.

I. Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo xx muchos de los paradigmas epistémicos y políticos imperantes en Occidente dieron un vuelco y permitieron articular la existencia de nuevos sujetos colectivos. Dos de estos giros fueron el lingüístico y el de los derechos humanos, que permitieron la existencia de una especie de *esperanto* de la injusticia y la indignación, y una forma de homologar el sufrimiento bajo un lenguaje común y exigible.

A la par de estos surgimientos también llegó su propia crítica y transformación. Se puso en duda el género, las cosmovisiones de los pueblos y la propia definición de humanidad; ya no se trata sólo del hombre individual y blanco. En este sentido, se demostró que el derecho es también una herramienta de legitimidad para hacer verdad lo que primero se exige en la voz.

Este es el caso de las trabajadoras del hogar¹⁷² en México, quienes se han hecho visibles transformando las palabras con las cuales las nombramos. Su lucha organizada ha significado su inserción como sujetas de derecho y han optado por convertir la ratificación del Convenio 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (C189) en su bandera, a la vez que ya se están encargando de hacerla realidad en el discurso.

¹⁷² Me referiré a las y los trabajadores del hogar en femenino porque quienes integran este grupo laboral son en su mayoría mujeres. En el caso de México, 91% de las personas que se dedican al trabajo en el hogar son mujeres según la más reciente Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Al tiempo, vale la pena aclarar que utilizo el concepto *trabajadoras del hogar* sabiendo que es el que las trabajadoras organizadas –cuyo caso analizo– prefieren. En la legislación y en la literatura anglosajona se utiliza el término *trabajadoras domésticas* pero ellas lo rechazan principalmente porque la palabra *doméstica* refiere al adiestramiento y a la pertenencia.

Las trabajadoras del hogar han entendido a los derechos humanos más allá del campo de lo jurídico, donde tradicionalmente encuentran exigibilidad, vinculación y aplicación. Han hallado fuerza en la creación de un discurso propio.

En el caso de México, las estrategias y luchas del Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar (CACEH) y del recientemente creado Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar (Sinactraho) operan tanto en el campo del discurso como en el del derecho internacional de los derechos humanos.

Las trabajadoras han descubierto que las palabras son capaces de crear realidades en la medida en que las narrativas producidas se puedan convertir en ley. La ley es un relato. Los derechos humanos son un relato. Mijaíl Bajtín decía que la lucha de clases está en la arena del signo. Entre el significado y el significante está el espacio para la disputa de lo político.

Su lucha es una apuesta directa por el uso del lenguaje en su capacidad para generar una realidad. Es tomar las armas con las palabras. Si se genera discurso en el espacio público, y ese discurso se vuelve un eco, una coincidencia, una revelación de una situación social, ese discurso se convierte en el instructivo del cambio. El discurso puede hacer tutoriales y manuales para el cambio. Es por ello que merece la pena aclarar que no me refiero a que sólo por enunciar las cosas éstas se hagan realidad. Al analizar las estrategias de las trabajadoras del hogar en México, lo que propongo, sustentado en la teoría del discurso y el giro lingüístico, es que es necesario nombrar lo que se desea transformar.

Ello ha permitido el surgimiento de nuevos sujetos políticos más allá de los conceptualizados por el sistema antagonista de la lucha de clases en el que se basa el marxismo y ha provocado que los logros alcanzados, por ejemplo, por el movimiento obrero internacional, ahora se vean traducidos en términos de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etcétera. Lo que ha provocado que instancias como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ahora se enmarquen y entiendan dentro del sistema internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, el cambio de paradigma también ha significado el despliegue de diversos catálogos de derechos, cada vez más específicos, que intentan abarcar las diversas realidades donde se despliega la injusticia, y que se extienden desde todos los tratados e instrumentos logrados por el movimiento de derechos de las mujeres hasta, por ejemplo, los instrumentos de derechos humanos de los pueblos indígenas u originarios, y por supuesto llegando al eje del análisis de este artículo, el C189.

Desde este punto de vista, analizando el trabajo, la organización y la lucha de las trabajadoras del hogar en México, planteo una reflexión sobre cómo convergen el giro lingüístico y los derechos humanos en las acciones y estrategias de estas mujeres.

II. La temible materialidad del discurso

En el caso del trabajo de CACEH y Sinactraho se puede observar que el uso de los derechos humanos no está centrado en su aplicación jurídica, sino en su aplicación más amplia dentro del espectro político. Ello se debe, principalmente, a que el trabajo remunerado en el hogar aún no cuenta con amplio reconocimiento en instrumentos jurídicos aplicables dentro del derecho positivo mexicano, y en paralelo a que la propia cultura en torno a éste tiende a informalizarlo, haciendo que históricamente el primer punto de la lucha esté puesto en hacer que sea aceptado como un trabajo y que se trate a la persona trabajadora del hogar como tal y no como servidumbre.

Ese reconocimiento empieza por la forma en la que se nombran las cosas, y que en este caso encuentra su mejor ejemplo en el cambio que hacen las trabajadoras del hogar en su propio nombre. En el momento en que rechazan ser llamadas “sirvientas” –entre otros términos discriminatorios que evitaré reproducir– y se posicionan más allá del mundo de las y los subalternos, es cuando realizan el giro lingüístico para comenzar a nombrar sus realidades desde otro lugar. “El discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse”,¹⁷³ explica Michel Foucault en *El orden del discurso*.

En la obra mencionada, Foucault señala algunas claves que nos permitirán entender las bases de esta filosofía del lenguaje y que encuentran eco en las palabras de las trabajadoras del hogar. En ese curso el filósofo francés atribuye al lenguaje una fuente de ordenamiento del mundo, pero a la vez explica que los discursos sólo se autorizan como válidos en la medida en que siguen ciertas reglas y son modelados por las instituciones:

Yo supongo que en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad.¹⁷⁴

¹⁷³ Michel Foucault, *El orden del discurso* (Buenos Aires: Tusquets, 1992), 6.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 5.

Pero entonces, él mismo sigue: “¿qué hay de peligroso en el hecho de que las gentes hablen y de que sus discursos proliferen indefinidamente?”.¹⁷⁵ Situado desde la sospecha, se puede replicar esta pregunta frente a la voz de las trabajadoras del hogar ¿Cómo pueden sus discursos ser tan incisivos para descolocar el orden de las cosas? Tal vez es porque ellas, desde su colectividad, han entendido que “el discurso, por más que en apariencia sea poca cosa, las prohibiciones que recaen sobre él revelan muy pronto, rápidamente, su vinculación con el deseo y con el poder”.¹⁷⁶

Conocer que las relaciones de poder también recaen en el discurso no basta para realizar los cambios necesarios. El lenguaje está controlado y el poder que tenga sobre la realidad dependerá de muchas otras condiciones de enunciación. Foucault propone que “cuatro nociones deben servir de principio regulador en el análisis: la del acontecimiento, la de la serie, la de la regularidad y la de la condición de posibilidad”.¹⁷⁷

Me parece que las cuatro nociones llevan al discurso al campo de la enunciación. Atan el discurso a la realidad material y política. No se puede pensar que las trabajadoras del hogar están cambiando solamente las palabras, sino que en este cambio de lenguaje llevan una apuesta política de irrupción en el espacio público, saltan de los confines privados de sus lugares de trabajo a la plaza, generan el *acontecimiento* y se sitúan en él. Luego aparece la *serie*, que se refiere a la continuidad del discurso, no aparece una vez y se va para siempre, sino que se vuelve una declaración en relación con otras, y también se ve confirmada en la *regularidad*. Si poco a poco la sociedad va notando que las trabajadoras del hogar tienen cada vez más presencia en la opinión pública y que toman la palabra en lo relacionado con sus condiciones de vida es porque llevan diciéndolo ya cierto tiempo. Finalmente, las *condiciones de posibilidad* son clave, el discurso puede circular porque hay quien lo escuche, porque la autoría está aunque sea mínimamente reconocida por algún interlocutor o alguna interlocutora, porque le hace sentido a algún otro u otra, por minoritario que sea, bien puede ser otra trabajadora del hogar o los medios de comunicación.

Foucault propone un diálogo entre el deseo y la institución para explicarnos que el discurso no se restringe a la expresión, sino que también delimita lo que se puede hacer o no, “esquivar su pesada y terrible materialidad”,¹⁷⁸ como se menciona arriba:

El deseo dice: ‘No querría tener que entrar yo mismo en este orden azaroso del discurso; no querría tener relación con cuanto hay en él de tajante y decisivo; querría que me rodeara como una transparencia apacible,

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 5.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 6.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 34.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 5.

profunda, indefinidamente abierta, en la que otros responderían a mi espera, y de la que brotarían las verdades, una a una; yo no tendría más que dejarme arrastrar, en él y por él, como algo abandonado, flotante y dichoso'. Y la institución responde: 'No hay por qué tener miedo de empezar; todos estamos aquí para mostrarte que el discurso está en el orden de las leyes, que desde hace mucho tiempo se vela por su aparición; que se le ha preparado un lugar que le honra pero que le desarma, y que, si consigue algún poder, es de nosotros y únicamente de nosotros de quien lo obtiene'.¹⁷⁹

En la transformación del lenguaje está también la transformación de la realidad, pero las condiciones que logran que ambas acciones se empaten no son sencillas. Si yo digo: trabajadora, salario digno, libertad de asociación, seguridad social, contrato por escrito, derecho a jubilarse, a no sufrir violencia y acoso en el lugar de trabajo... resulta inofensivo, pero si lo ponemos en voz de las trabajadoras del hogar organizadas, que en los hechos nunca han tenido esos derechos, las y los empleadores en general se posicionan en contra, ni el presidente ni el Senado actúan para ratificar el C189, y el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) se muestra en extremo evasivo.

Algunas pistas de este camino del uso político de la voz para conformar nuevas subjetividades en el plano de la política las podemos ver en el relato de Marcelina Bautista, activista y trabajadora del hogar durante 21 años. Ella salió de Nochixtlán, Oaxaca, cuando aún era una niña, para venir a trabajar a la Ciudad de México:

Los nombres despectivos son justamente lo que hacen, generan desprecio. Da mucha pena que te digan que eres "la sirvienta", que eres "la muchacha", que eres "la criada", eso te da pena a ti y te escondes en tu mundo y nunca dices que eres una trabajadora del hogar y entonces eres una sirvienta. Pero hoy que le llamamos *trabajadoras del hogar*, pues muchas dicen: 'soy trabajadora del hogar porque mi trabajo vale, porque apporto para otras mujeres'; y si esto va cambiando, por supuesto que van cambiando las concepciones que se tienen también. Sí, por supuesto que las palabras dicen mucho.¹⁸⁰

Las trabajadoras del hogar surgen como un nuevo sujeto político en el panorama contemporáneo. Y con ello no me refiero a que no existiera el trabajo en el hogar, sino a que las mujeres que realizaban esta labor no habían adoptado una identidad colectiva definida por ellas mismas de forma reivindicativa, como se explica en el testimonio anterior.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 4.

¹⁸⁰ Marcelina Bautista, entrevista con Mauricio Patrón (México, 12 de abril de 2017). El testimonio de Bautista es una de las fuentes de discurso que analizaremos más adelante.

Por eso podemos decir que no existían las trabajadoras del hogar, porque no había un marco conceptual, social y discursivo que permitiera nombrar a todas estas mujeres bajo la idea de *trabajadoras*.

El trabajo que hacemos, para muchas personas no lo es. En nuestras familias el trabajo del hogar que no es pagado es hecho por mujeres y su aportación está en el cuidado. Y lo mismo, cuando vamos a otras casas a trabajar no reconocen nuestro esfuerzo y nuestra aportación y no pagan lo que vale el trabajo. Estamos en el ámbito de lo privado y no hay una ley de cómo te debe tratar esa familia. Estamos siempre metidas en un ámbito de lo privado y nuestro trabajo nunca es trabajo, te toca naturalmente hacerlo y al querer ejercer el derecho de nosotras como mujeres, se deshace. Es un trabajo necesario pero siempre invisible, desconocido.¹⁸¹ Narra Marcelina.

Esta invisibilidad descrita no es un rasgo que pueda ser adoptado románticamente para describir la opresión sufrida, sino que constituye una de las características clave de la relación público-privado en la generación de valor. La invisibilidad está en la base de la división sexual del trabajo que también explica Bautista:

Es de toda la historia del patriarcado y de la historia de esclavitud de donde proviene esta idea de que el trabajo privado, del hogar, de la casa y doméstico le toca a las mujeres y se va haciendo la división sexual del trabajo: trabajo privado para las mujeres, trabajo público para los hombres; y entonces, se va desarrollando de esa manera y cuando tomamos conciencia nos damos cuenta de que ha repercutido en nuestra vida de muchas maneras.¹⁸²

En estos pares jerárquicos complementarios, a lo público le corresponde la voz y la visibilidad; mientras que, a lo privado, la invisibilidad y el silencio. Sin embargo, son la voz, la organización y alianzas lo que han permitido a las trabajadoras del hogar emerger como sujetas de derecho.

Hasta este punto se ha colocado en primer plano la importancia del discurso en la transformación de la realidad de las trabajadoras del hogar, y también cómo es que éstas han surgido como sujetas políticas colectivas.

A partir de esta base que relaciona a la palabra con la creación de colectividades, es que me gustaría entonces avanzar hacia una revisión del marco jurídico internacional que incluye a las trabajadoras del hogar, para después analizar la aparición de éstas en la legislación mexicana y finalmente abordar su organización y estrategias discursivas en México.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

III. Legislación internacional sobre el trabajo remunerado en el hogar

El Estado mexicano aprobó en junio de 2011 la reforma constitucional en materia de derechos humanos, lo que implicó el reconocimiento del sistema internacional, que ha adoptado a lo largo de la segunda mitad del siglo xx y lo que va de éste, al mismo nivel de la propia Constitución.

Dentro de este marco internacional es que se encuentra el Convenio 189 sobre trabajo decente para los trabajadores y las trabajadoras domésticas¹⁸³ de la OIT. Éste se aprobó en el mismo año de la reforma en materia de derechos humanos gracias, entre otras, a la firma del Estado mexicano, pero hasta la fecha no se han realizado los procedimientos necesarios para su ratificación y por lo tanto no ha entrado en vigor.

Retomando el enfoque del cual partimos, es decir, el uso de los derechos humanos desde el punto de vista o marco teórico del giro lingüístico, es que se hace relevante analizar cómo la OIT es un organismo internacional que pasó de utilizar un lenguaje inscrito en el paradigma de la lucha de clases y del sujeto político *trabajador*, a uno del derecho internacional de los derechos humanos. La OIT es un espacio de encuentro entre estas dos grandes formas de leer la realidad y transformarla: la lucha laboral y los derechos humanos. Y de ahí entender la relevancia de instrumentos como el C189.

Al principio de su historia, y en concordancia con las revoluciones sociales de inicios del siglo xx, la OIT aprobó convenios sobre distintos aspectos de la dimensión laboral, desde el establecimiento de las jornadas de trabajo, hasta permisos de maternidad, inspecciones, salario, salud, seguridad social, vida sindical; conforme avanzó la aprobación de convenios también resultó relevante analizar otras formas de trabajo –como entrar al mundo de la economía informal, por ejemplo, dentro de la cual se contempla al trabajo del hogar–, la identificación de personas y colectividades que por sus características intrínsecas necesitaban un tipo de protección particularizada que fuera complementaria a las demás normas transversales y para todas y todos los trabajadores.

Así fue que se aprobaron convenios como el 169 sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales o el 189 que nos ocupa en este artículo, u otros también sobre trabajo infantil, de jóvenes, sobre género, trabajadores rurales, medio ambiente, migración, regulación marítima, discapacidad, VIH/sida, globalización, multinacionales, economía informal, etcétera.

¹⁸³ Convenio 189 sobre trabajo decente para los trabajadores y las trabajadoras domésticas de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su centésima reunión, Ginebra, 16 de junio de 2011.

Este avance responde además al principio de progresividad de los derechos humanos que aplica a todo el derecho internacional de los derechos humanos, y en consecuencia podemos ver que estos últimos temas son de reciente inclusión. El C189 fue aprobado el 16 de junio de 2011 cuando la Conferencia Internacional del Trabajo sesionaba por centésima vez en su historia y ha sido el último convenio en aprobar.

Este convenio entró en vigor el 5 de septiembre de 2013 y ha sido ratificado por 23 países miembros. En él se contempla la especificidad del trabajo doméstico remunerado, y es la primera vez que un instrumento internacional aborda de manera directa el reconocimiento del derecho al trabajo decente¹⁸⁴ de las personas trabajadoras del hogar.¹⁸⁵

La académica Marta Cebollada es muy sintética al abordar algunos de los contenidos clave del C189:

El Convenio 189 insta a los Estados miembros a establecer mecanismos de comunicación y diálogo con los actores involucrados, trabajadoras/es y empleadoras/es. Reconoce el derecho de asociación y de negociación colectiva (artículo 3). Aboga por el diseño y puesta en marcha de procedimientos para la investigación de quejas y abusos (artículo 15) y de medidas para la inspección de trabajo (artículo 17). Es objetivo principal del Convenio eliminar las medidas discriminatorias que afectan a las trabajadoras y los trabajadores del hogar y al resto de trabajadoras/es en aspectos como: horas de trabajo y descanso, salario, derecho a la seguridad y salud en el trabajo, condiciones de vivienda para quienes trabajan de planta, acceso a seguro social, protección de maternidad y erradicación de abusos.¹⁸⁶

En suma, con respecto a la legislación nacional, el C189 es un instrumento más amplio de derechos y de ahí la importancia de que el Estado mexicano lo ratifique. Además de la especificidad en las condiciones del trabajo de las personas trabajadoras del hogar y sus derechos, a lo largo de su articulado el C189 está acompañado de la Recomendación 201¹⁸⁷ (R201), que fue aprobada en la misma fecha del Convenio.

¹⁸⁴ El concepto *trabajo decente* ha sido abordado ampliamente por la OIT en diversas ocasiones, con particular atención a su relación con el género. Es un concepto que busca incluir los principios y fundamentos de la propia organización sobre las condiciones mínimas necesarias para un trabajo digno, que dignifique la vida de quien lo hace.

¹⁸⁵ Marta Cebollada nos recuerda que “en 1952 se aprobó el Convenio sobre la protección de la maternidad, que en su contenido se dirige explícitamente a trabajadoras del hogar en casas privadas” como uno de los pocos antecedentes de la aparición del término. Marta Cebollada, *Trabajo del hogar: Convenio 189 de la OIT y la legislación en México* (México: Conapred, 2016).

¹⁸⁶ *Ibíd.*, 12-13.

¹⁸⁷ Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, núm. 201, Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su centésima reunión del 16 de junio de 2011, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R201 (fecha de consulta: 8 de abril de 2017).

La Recomendación 201 consiste en una serie de señalamientos sobre la forma en la que los Estados que se adhieran al C189 deberán impulsar el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras del hogar. En su segundo capítulo, apartado A, señala que los Estados miembro deben “identificar y suprimir las restricciones legislativas o administrativas u otros obstáculos al ejercicio del derecho de los trabajadores domésticos a constituir sus propias organizaciones o a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que estimen convenientes”.¹⁸⁸

Justo dentro de este marco, el artículo 2° de la Recomendación sobre la organización de las trabajadoras es clave para incentivar el autoreconocimiento de este colectivo, la valorización de su trabajo y la decisión sobre la forma en la que ellas mismas quieren hacer valer y ejercer sus derechos.

Es por ello que en este texto hago un esfuerzo por articular las estrategias discursivas que las trabajadoras han tomado en relación con sus implicaciones al transformar la realidad. La estrategia principal que ellas han adoptado en México es justamente comunicar que el C189 y su Recomendación 201 son los textos fundamentales para el reconocimiento de su trabajo, sus identidades y sus vidas.

Este convenio, si bien es el instrumento más avanzado en materia de protección a las trabajadoras del hogar, se fundamenta en su legitimidad y el compromiso y voluntad política para llevarlo a cabo. Cuando el Estado mexicano lo ratifique, junto con la Recomendación, tardará un año en entrar en vigor y una vez que esto suceda deberá entregar un informe de su implementación con periodicidad anual. Esto no exime que su implementación debe ser progresiva, como el propio C189 señala, ya que la finalidad de éste no se limita en ningún momento a cumplir con este informe cada año.

Ya que estos instrumentos de seguimiento de los convenios de la OIT no representan la posibilidad de ser sancionados y éstos se convierten en una obligación jurídica para los Estados, resulta fundamental el proceso social y comunicativo que se articule a su alrededor.

El C189 es el primer instrumento internacional que contempla a las trabajadoras del hogar, pero a partir de ahí cada vez es más frecuente encontrar interpretaciones en casos y recomendaciones

¹⁸⁸ La Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores (R201) también hace señalamientos sobre el derecho de las trabajadoras a la protección de sus datos personales y la eliminación de la discriminación (artículo 3°), erradicación del trabajo infantil (artículo 5°), comprender la especificidad de sus condiciones de trabajo como las horas de trabajo, características mínimas del contrato de trabajo (artículo 6°), evitar la violencia de género (artículo 7°), condiciones de vivienda cuando se trata de trabajadoras de planta (artículo 17), descansos y vacaciones (artículos 11-13), condición de migración (artículos 21 a 24), seguridad social (artículo 20), educación y capacitación (artículo 25), entre otros.

a los Estados, surgidas de los diversos órganos de control de los tratados y las declaraciones que protegen a las personas trabajadoras del hogar comenzando con consignarlas bajo ese término.

Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cuyo Comité ha recomendado al Estado mexicano en 2012 la ratificación del Convenio 189¹⁸⁹ y que revise el marco jurídico para asegurar la protección social de las trabajadoras del hogar;¹⁹⁰ así también, en el Examen Periódico Universal (EPU) en 2013 se le recomendó a México, por parte Uruguay, “ratificar el Convenio núm. 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”.¹⁹¹

Ha habido otros momentos en el plano internacional donde se ha reconocido a las trabajadoras del hogar en México, como en el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que en distintas ocasiones se ha referido a las mujeres trabajadoras domésticas, la propia Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un informe que también refiere a las trabajadoras domésticas migrantes,¹⁹² o la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) cuando en la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe en 2013 (Cepal-ONU) se llegó al Consenso de Montevideo.¹⁹³

Estas son algunas muestras en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos de la configuración de las trabajadoras del hogar como un nuevo sujeto político. Su aparición en

¹⁸⁹ El inciso *e* del párrafo 29 de las recomendaciones del Comité CEDAW al Estado mexicano en 2012 a la letra dice: “*e*) Ratifique el Convenio núm. 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, y el Convenio núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos.” Oficina en México de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en México *et al.*, *México ante la CEDAW* (México: ACNUDH, 2012), 84.

¹⁹⁰ También en sus recomendaciones en 2012, párrafo 29, inciso *d*: “Revise el marco jurídico de protección social para formular una política integral que asegure a los trabajadores domésticos acceso en pie de igualdad a una remuneración y tratamiento iguales por trabajo de igual valor, con inclusión de prestaciones, así como acceso en pie de igualdad a la seguridad social y a condiciones de trabajo seguras”. Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *et al.*, “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, *México ante la CEDAW* (México: ACNUDH, 2012), 84.

¹⁹¹ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal a México, 2013, http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/InformeGpoMxEPU_ES.pdf (fecha de consulta: 10 de abril de 2017).

¹⁹² Para conocer las recomendaciones de diversos organismos internacionales de derechos humanos a México consúltese la base de datos impulsada por el Centro de Investigación y Docencia Económica: Secretaría de Relaciones Exteriores, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Centro de Investigación y Docencia Económicas, “Recomendaciones internacionales a México en materia de derechos humanos”, <http://recomendacionesdh.mx/> (fecha de consulta: 26 de abril de 2017).

¹⁹³ Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo, adoptado en la Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe el 15 de agosto de 2013, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9232.pdf?view=1> (fecha de consulta: 26 de abril de 2017). Su acuerdo 32 dice: “Ampliar los sistemas de protección y seguridad social, con perspectiva de género, incorporando a las mujeres que han dedicado sus vidas al trabajo productivo, trabajadoras domésticas, mujeres rurales y trabajadoras informales.”

relación con los derechos se enmarca en las características de vulnerabilidad en las que viven su trabajo y de ahí la necesidad de nombrar de manera específica sus derechos sin que por ello se deje de luchar para que tengan acceso a todos los demás derechos humanos.

La aparición de las trabajadoras del hogar como un actor en este plano internacional encuentra un contraste extremo con la situación legal dentro del Estado mexicano; y precisamente ante esta ausencia ha sido importante para las propias trabajadoras alzar la voz para hacer ver que es posible tener mucho mejores estándares, instrumentos, políticas y acciones para mejorar su trabajo en nuestro país.

IV. La legislación sobre trabajo remunerado en el hogar en México

El marco de protección en México para las trabajadoras del hogar es mínimo, insuficiente y muchas veces incluso va en contrasentido de estándares básicos alcanzados históricamente.

Un ejemplo de esta situación fue la reforma de 2012 a la Ley Federal del Trabajo, que en su Título Sexto de Trabajos especiales tiene el capítulo XIII dedicado a los trabajadores domésticos, y en su artículo 333 dice: “Los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios deberán disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas”,¹⁹⁴ que en sentido negativo implica que una trabajadora del hogar podrá trabajar hasta 12 horas diarias, lo cual va en contra de las disposiciones generales de la propia ley y del artículo 123 constitucional, que adoptaron la jornada universal de ocho horas –eso sin mencionar la nula perspectiva de género.

En una publicación reciente de la Secretaría del Trabajo federal se hace una recopilación de las leyes mexicanas que comprenden el marco jurídico de las trabajadoras del hogar y en ese mismo documento se advierte de la deuda que el Estado mexicano tiene para con sus trabajadoras. El estudio es explícito al respecto: “A la fecha, no se cuenta con el marco jurídico ni con políticas públicas integrales que permitan propiciar, en términos de lo que dispone el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo, el trabajo digno o decente en este espacio laboral”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Ley Federal del Trabajo, del 1 de abril de 1970 (*Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012).

¹⁹⁵ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *El trabajo doméstico en México: la gran deuda social* (México: STPS, 2016), 11.

La Ley del Seguro Social también actúa negativamente contra las trabajadoras del hogar ya que en su artículo 12 determina que los trabajadores domésticos no forman parte del régimen obligatorio, y en el 13 dice que podrán asegurarse en el régimen voluntario. Una vez más, dicha norma va en contra de los estándares internacionales que marca el C189, porque el régimen voluntario no da acceso a derechos laborales fundamentales como el sistema de pensiones, guarderías, etc., y exime a las y los empleadores de aportar su parte correspondiente a la seguridad social de las trabajadoras.

Con casos como éstos dentro del marco jurídico mexicano, se hace aún más evidente la legitimidad de las luchas de las trabajadoras del hogar por la ratificación del C189, una normativa internacional que resulta mucho más protectora de sus derechos.

Ya no me detendré más en la legislación mexicana que contempla a las trabajadoras del hogar, pero un excelente resumen sobre la situación de ésta se encuentra en el libro *El trabajo doméstico en México: la gran deuda social*, donde se valora que “resulta conveniente garantizar las mejores condiciones legales y normativas para estos trabajadores, mediante las reformas correspondientes al marco legal, como la posible ratificación del C189 de la OIT en el escenario internacional”.¹⁹⁶

v. Las trabajadoras del hogar en México: CACEH y Sinactraho

El ejemplo más acabado de activismo y organización por parte de las trabajadoras del hogar en México lo dan quienes se agruparon primero (2000) en el Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar (CACEH) y que luego (2015) conformaron el primer Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar (Sinactraho). Ellas pueden ser consideradas la clave de la conformación de la identidad de las trabajadoras del hogar como una colectividad estratégica para la exigencia y reivindicación de sus derechos humanos. Recuerda Marcelina Bautista:

Antes de fundar CACEH yo me formé en la Conlactraho y con la Red de Mujeres Sindicalistas. Sin embargo, cuando definimos que queríamos ser independientes de movimientos, por ejemplo del de mujeres feministas y organizaciones no gubernamentales, optamos por hacer oír nuestra propia voz. Desde 1988 y hasta el 2000 hubo mucha preparación y por eso surge CACEH, y no era el momento porque no había coyuntura, no estaban las trabajadoras del hogar, no teníamos fuerza, éramos yo y cinco compañeras más, pero aprovechamos la oportunidad de la beca –un financiamiento otorgado por la Fundación McArthur– y desde el inicio de la organización estuvo la idea de la formación sindical de las trabajadoras. Era una organización no gubernamental pero

¹⁹⁶ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *El trabajo doméstico en México*, 89.

funcionaba como un sindicato, pedíamos cuotas, hacíamos capacitación sindical con las trabajadoras y siempre con la idea de que iríamos hacia [convertirnos en] un sindicato.¹⁹⁷

Desde CACEH ellas han sabido comunicarse con otras trabajadoras del hogar y así hacen que la red de soporte se vaya ampliando bajo un mismo lenguaje en común. Han construido una identidad colectiva propia de las trabajadoras, sus actividades siempre están enfocadas en el trabajo colectivo y en reforzar la idea de que el trabajo del hogar remunerado puede y debe ser digno.

Por ejemplo, una de las primeras acciones en términos de comunicación que han realizado son jornadas de difusión los domingos en distintos parques de la ciudad, sobre todo en aquellos donde ellas saben que hay trabajadoras del hogar durante su día de descanso. Ahí se dedican a hacer trabajo sobre el terreno, alzan la voz para denunciar la situación de las trabajadoras del hogar. Se trata de escuchar de viva voz las estadísticas de este grupo minoritario, pero convertidas en relatos, historias que se van decantando para que al ser escuchadas por ellas mismas y sus compañeras comiencen a ser el punto de partida para su empoderamiento.

CACEH ha tenido una gran cantidad de logros en defensa de las trabajadoras del hogar y en pro de su organización, como por ejemplo la entrega a su directora, Marcelina Bautista, del Premio Nacional por la Igualdad y la No Discriminación, entre otros premios nacionales e internacionales; tener reconocimiento en Latinoamérica y el mundo, siendo una de las organizaciones que estuvo presente en la creación, negociación y aprobación del C189 de la OIT.

Sin embargo, su mayor logro ha sido la creación del Sinactraho hace casi dos años. Éste fue resultado de un proceso intenso de organización y de suma de una mayoría al interior de la organización, mientras que al exterior de ésta implicó el resultado de campañas de sensibilización, negociación política y una fuerte estrategia jurídica.

Una de las partes más importantes en este proceso de creación, con particular atención al uso estratégico del lenguaje en la lucha de las trabajadoras, es la serie de talleres que llevaron a la conformación del sindicato.¹⁹⁸

Durante la primera mitad de 2015, en seis sesiones organizadas los domingos quincenalmente, las trabajadoras se reunieron para ensayar lo que era tener un sindicato. En las sesiones se

¹⁹⁷ Bautista, entrevista.

¹⁹⁸ Vale la pena explicar que tuve la oportunidad de conocer el proceso de primera mano, ya que estuve trabajando durante este proceso para CACEH. Comencé esta colaboración en marzo de 2015 y se ha mantenido en distintos ritmos hasta la fecha, centrándome principalmente en labores de comunicación social.

practicó cómo hacer asambleas, cómo conformar al órgano de gobierno del sindicato, los pasos necesarios para su reconocimiento por parte del gobierno y la representación patronal, cómo hacer y qué debía tener un contrato colectivo de trabajo, qué valores y principios debían ser fundamentales en éste, la importancia de la participación de todas y todos, y la constancia y compromiso para con la vida sindical. Las trabajadoras del hogar fueron ensayando con palabras y en la puesta en escena cómo era ser sindicalista, y fue muy gratificante entender entonces la forma de trabajar de CACEH, porque en efecto muchas de las trabajadoras que lo integran ya estaban preparadas desde años atrás para hacerlo.

El proceso concluyó con la asamblea general de formación del Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar el 30 de agosto de 2015, en las instalaciones del Sindicato Mexicano de Telefonistas, y tuvo un carácter nacional porque lo integraron 100 trabajadoras de Puebla, Colima, Chiapas, Estado de México y la Ciudad de México. En la actualidad a casi dos años de su conformación, se han afiliado cerca de 800 trabajadores y trabajadoras del hogar, y durante este año han convocado a personas trabajadoras de todos los estados de la república.

Su órgano de gobierno comprende la Secretaría General Colegiada, que se compone de tres secretarías porque decidieron que era la forma de equilibrar este mandato, y nueve secretarías más (Organización; Actas y Archivo; Finanzas; Trabajo y Previsión Social; Género y Derechos Humanos; Capacitación y Formación; Prensa y Comunicación; Cultura y Promoción al Deporte; Relaciones Nacionales e Internacionales) y dos comisiones autónomas que buscan ser transversales al trabajo del sindicato: la Comisión de Vigilancia y la Comisión de Honor y Justicia.

Toda esta estructura es soportada por 14 trabajadoras del hogar, la mayoría de las cuales aún tienen sus trabajos en hogares ya sea de planta o de entrada por salida. Son mujeres sindicalistas y defensoras de derechos humanos que han sabido integrar su experiencia de vida a la organización y que han convertido su día a día en un modelo de pedagogía de lucha para todas las demás 2.3 millones de trabajadoras del hogar en México. Son un ejemplo de prácticas políticas creativas, transparentes, horizontales y abiertas.

Dentro de sus objetivos, además de la capacitación, asesoría y defensa, y todas las implicaciones de la organización sindical por sus derechos, sigue la exigencia de la ratificación del C189. Han convertido la ratificación en su bandera de lucha, lo cual las hermana con otras compañeras que tienen el mismo objetivo a nivel internacional. Además, es una lucha que les permite tener un horizonte amplio, y conjuntar los distintos objetivos que quieren cumplir. El C189 les permitiría elevar el nivel de discusión y exigencia sobre las jornadas de trabajo, el sueldo mínimo, la firma de contrato por escrito, el acceso a la seguridad social, etcétera.

Me gustaría continuar hablando del trabajo de CACEH y el Sinactraho, pero retomaré algunas muestras de sus palabras y trabajos para entender el papel que el discurso juega en su lucha.

VI. El discurso y las narrativas de las trabajadoras del hogar

Para entender mejor la importancia del uso estratégico del lenguaje, en particular el de los derechos humanos en la lucha de las trabajadoras del hogar, me gustaría analizar algunas fuentes en específico.

Primero, y regresando a los planteamientos iniciales de Michel Foucault, quiero introducir el testimonio de Marcelina Bautista, cuya voz ha sido clave, junto con la de muchas otras compañeras, en el activismo de las trabajadoras del hogar en México.

Después recuperaré algunos documentos de CACEH y el Sinactraho para poder tener un acercamiento a este discurso más institucional con el que buscan, por un lado, comunicarse con las trabajadoras del hogar no organizadas; y por otro, con la opinión pública, medios de comunicación e instancias gubernamentales.

A partir de ese punto, un último momento de análisis es el de la creación de narrativas para ampliar la red de alianzas con otras contrapartes rumbo a la ratificación del C189.

Inicio este apartado con Marcelina Bautista, directora de CACEH y de una Secretaría General Colegiada del Sinactraho. Esto, aunado a su propia historia de vida y su actividad política, la convierte en una presencia importante en todo el movimiento en México. Pero también a nivel internacional fungió como titular/miembro de la Secretaría General de la Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar (Conlactraho), actualmente es la representante para América Latina de la Federación Internacional de Trabajadoras del Hogar y fue una de las trabajadoras presentes en todo el proceso de creación y aprobación del C189.

Por decirlo en los términos de *El orden del discurso*,¹⁹⁹ Bautista es una sindicalista y defensora que ha sabido posicionarse favorablemente en las condiciones de posibilidad, regulación, serie y acontecimiento del discurso; es una representante de un colectivo cuya realidad ha estado en muchos sentidos negada por el orden del discurso, pero que ha sabido “poner en duda nuestra voluntad de verdad; restituir al discurso su carácter de acontecimiento; levantar finalmente la soberanía

¹⁹⁹ Foucault, *El orden del discurso*.

del significante”;²⁰⁰ tres grupos de funciones que debemos analizar en el discurso y que Foucault ubica como necesarias para “analizarlo en sus condiciones, su juego, y sus efectos.”²⁰¹

Marcelina Bautista piensa que hay que usar

justamente las palabras clave. Por ejemplo si estoy haciendo difusión en un parque y a una trabajadora le digo: ‘te va mal en el trabajo’ y empiezo a decir[le] desde mi experiencia ‘mira, no te pagan bien y trabajas mucho, no tienes vacaciones’, entonces empieza a imaginar que sí es cierto. Desde su forma de decirlo, usando su propio lenguaje es que empiezan a identificarse, y yo creo que el identificarse también ha sido un momento muy importante con nosotras, si no nos identificamos con nadie pues no vamos avanzando, ¿no? Entonces creo que ahí está la importancia de colocarnos en los parques.²⁰²

Asimismo pone un ejemplo muy didáctico para entender el orden del discurso, ya que en su relato identifica una situación (los *Domingos de difusión*), una hablante hipotética (una trabajadora del hogar organizada) y una oyente también hipotética (trabajadora del hogar que no se identifica como tal). Y así arroja luz sobre la repetición de dicho evento, a tal grado que lo puede reproducir testimonialmente sin ser un acontecimiento único, a raíz de su repetibilidad; además, utiliza un vocabulario que justamente marca la diferencia y el interés existente entre la que elabora el discurso y la que lo recibe cuando nos aclara que “usando su propio lenguaje es que empiezan a identificarse”, y finalmente ella misma ofrece un análisis de lo estratégico que es este acto lingüístico.

Este uso estratégico del lenguaje no se detiene en la forma en la que habla, sino que su discurso también implica la adhesión a otras tradiciones discursivas, como por ejemplo la sindical, la de los derechos humanos, la de los feminismos, etcétera.

Cuando tú dices *democracia*, cuando tú dices *igualdad*, cuando dices *participación*, cuando dices *sindicato*... eso es justamente lo que no hemos aprendido a vivir. ¿Cómo que todas iguales[?], [¿]cómo que vamos a participar todas? Y a partir de ahí está el cómo nosotras definimos la democracia, la equidad, la participación, el que digamos: “la lucha está aquí adentro también”.²⁰³

²⁰⁰ *Ibíd.*, 32

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Bautista, entrevista.

²⁰³ *Ibíd.*

Lo anterior lo dice Bautista para mostrar justo el punto de este artículo.

Las trabajadoras del hogar organizadas en México utilizan un lenguaje que precede a su realidad, ellas hablan de la misma forma en la que les gustaría que se les hablara. Cuando se expresan, su discurso está cargado de derechos y de dignidad.

En la medida en que las trabajadoras del hogar han aprendido sus derechos, van poniéndolos en práctica y esto es lo más importante. También hemos dicho que no es necesario reformar todo y esperar a que suceda para empezar a ejercer nuestros derechos, hay violaciones de derechos, discriminación y maltrato diario y no puedes esperar a que haya una ley.²⁰⁴

Es curioso que diga que no se puede esperar a que haya una ley, cuando una de las principales estrategias del Sinactraho es exigir la ratificación del C189. Ella explica también esta contradicción:

Tiene que ver con que nadie nos ha enseñado que tenemos derechos y especialmente a las mujeres, y venimos de un esquema de familia donde quien manda se supone que es el hombre. Están nuestros papás, nuestros hermanos y es el hombre quien nuevamente nos mantiene, nos casamos con esa persona. Y cuando llegamos con las empleadoras las vemos dentro de esa figura protectora. Ellas son las que mandan y las que dicen qué hacer, y estamos siempre en una fase de obedecer, obedecer, obedecer, y entonces luego se vuelve muy complicado decir “yo tengo derechos”.²⁰⁵

De alguna forma el saber que se tiene derechos es un acto que sucede al mismo tiempo en que los derechos de hecho se tienen. Al decir “yo tengo derechos”, la propia frase transforma la realidad y entonces el siguiente paso es exigirlos. Parte de esos derechos es hacer que sus actividades sean reconocidas como un trabajo, y ésta nuevamente es una lucha que inicia con el cambio en el vocabulario:

Ellas [las empleadoras] nunca ven el nuestro como trabajo, siempre lo ven como una ayuda, y te pagan pero ponen el precio y siempre estamos a la merced de ellas. Mientras tú no le des esa connotación de trabajo... cuando lo aprendimos empezamos a decir “trabajo digno” y muy claramente retomamos el artículo de la Ley Federal del Trabajo donde dan las características: trabajo bien remunerado, seguridad social, organización, etc.,²⁰⁶ y tam-

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ El artículo segundo dice: “Artículo 2o. Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

“Se entiende por *trabajo digno o decente* aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, reli-

bién la OIT cuando define el “trabajo decente” es el trabajo que tiene todas la prestaciones que dan una calidad de vida a las personas trabajadoras y entonces también cuando nosotras nos reconocemos como trabajadoras empezamos a asumir todo esto.²⁰⁷

Así, con la narración de Marcelina Bautista podríamos seguir analizando varios términos, que en efecto están en algunas leyes, pero su uso se convierte en un argumento. No esperan a aplicar esas leyes en los tribunales, las incorporan a sus campañas, sus discursos, sus entrevistas y sobre todo en sus encuentros (talleres, capacitaciones, ida a los parques) con otras trabajadoras del hogar.

Muestra de ello es el material que han generado desde CACEH y el Sinactraho. Uno de los documentos más importantes que tienen es la Carta de los Derechos de las Trabajadoras del Hogar que reúne los derechos de las trabajadoras contemplados en el marco nacional e internacional. Este documento recupera estos derechos de forma reivindicativa, los narra apropiándolos como una de las bases que conforma la creación de un nuevo sujeto político colectivo.

Con el título Conoce tus derechos y obligaciones laborales como trabajador y trabajadora del hogar²⁰⁸ esta carta de derechos cumple la función de una ley en el contexto enunciativo donde una trabajadora del hogar podría estar defendiendo sus derechos. Se trata de un folleto que se puede interponer como argumento y material en una conversación, por ejemplo, entre la trabajadora y la empleadora al especificar sus condiciones de contratación. Sin embargo, no tiene como objetivo sustentar los derechos en instrumentos jurídicos, ni hacer referencia a dónde se encuentran contenidos, sino más bien busca ser un material de consulta, de autovaloración y defensa de las trabajadoras del hogar.

Está redactado de manera que invoca a las trabajadoras, no se trata de un sujeto ajeno al documento (por ejemplo, en tercera persona) sino que se dirige de manera directa a ellas (segunda persona): “Tienes derecho a denunciar el acoso sexual”, se lee en una parte. El folleto se divide

gión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

“El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

“Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

“La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres”. Véase Ley Federal del Trabajo, del 1 de abril de 1970 (*Diario Oficial de la Federación*, 30 de noviembre de 2012).

²⁰⁷ Bautista, entrevista.

²⁰⁸ Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar, “Conoce tus derechos y obligaciones laborales como trabajador y trabajadora del hogar”, *Folleto Informativo* (México: febrero de 2017).

en derechos laborales, obligaciones laborales y recomendaciones, y busca ser de uso sencillo e inmediato.

Como este instrumento discursivo, el Sinactraho también tiene otros, como el que explica por qué el término *trabajadora del hogar* tiene la relevancia de ser un nombre digno.

Consideramos ofensivos los términos de “servidumbre”, o “doméstica” [...] El término “servidumbre” tiene su origen en el feudalismo (en la Edad Media) y las características que lo distinguen, no corresponden con la noción actual de trabajadores y trabajadoras del hogar como sujetos(as) de derechos. Tampoco aceptamos que nos llamen “domésticas”, porque alude a creer que somos propiedad de las personas para las que trabajamos. Por lo tanto reivindicamos insistentemente [que] se nos nombre: “trabajador o trabajadora del hogar”.²⁰⁹

Con este tipo de explicaciones las trabajadoras organizadas buscan ayudar y hacer colectividad con quienes no conocen sus derechos y no se sienten dignas de su trabajo.

Estas tres muestras del discurso de las trabajadoras —el testimonio de Bautista y dos materiales de difusión— ayudan a dimensionar el peso que las palabras tienen en la reivindicación de su trabajo para comunicarse con otras compañeras.

Para cerrar este análisis, me gustaría referir tres casos en que las trabajadoras se han congregado con otros grupos más amplios para buscar la ratificación del C189: la creación del colectivo de empleadoras Hogar Justo Hogar, la Plataforma política por los derechos de las trabajadoras y trabajadores del hogar en México, y el Grupo interinstitucional para la ratificación del C189 de la OIT.

El primero de ellos, Hogar Justo Hogar, se trata de un ejercicio que sigue el ejemplo de países como Uruguay, que ha agrupado a los empleadores para poder ser parte de la negociación tripartita. Bautista recuerda que distintas personas interesadas le preguntaban cómo podían ayudar a mejorar la situación de las trabajadoras del hogar, ella pensando en estos casos, les impulsó a que se reconocieran como empleadoras, y que desde ahí apoyaran:

Empecé a ver que muchas mujeres decían ‘¿Y cómo les ayudamos?’ Y para mí no hay otra manera más que ellas hicieran conciencia en sus amigas y las personas que conocen, y entonces eso ha sido el lugar clave de Hogar Justo Hogar: ‘si nosotras [las empleadoras] ya nos dimos cuenta y somos defensoras de derechos humanos, periodistas, amas de casa, etc., tenemos que dar el ejemplo de decir que los derechos humanos no solamente

²⁰⁹ Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar, “¿Por qué ‘Trabajadoras del Hogar?’”, *Folleto Informativo*, (México: febrero de 2017).

son un privilegio de unos cuantos sino convencernos desde donde nosotras estamos que cuando tenemos una persona que está trabajado para nosotras debemos renombrarlas, son trabajadoras con derechos, y no necesitamos o no se debería esperar hasta cambiar las leyes porque ya nosotras somos conscientes'. Y justamente esto lo plantean en tres puntos:

1. Queremos que se ratifique el C189 para las trabajadoras porque también a nosotras nos beneficia;
2. Queremos que los demás empleadores comiencen a respetar los derechos de sus trabajadoras, no necesariamente hasta que cambie la ley; y
3. Queremos ir viendo como nosotras como empleadoras tenemos más oportunidades de incidencia o de conocer gente más en la política y pues irlos convenciendo.²¹⁰

Este es un caso que ameritaría un amplio desarrollo, porque se trata de nueva cuenta de la creación de una subjetividad política. El gran problema de las trabajadoras es que no cuentan con una contraparte para la negociación laboral, como normalmente sucedía en otras formas tradicionales de trabajo, así que tienen que impulsar que esta colectividad de empleadoras se conforme, ya no como el opuesto con mayor jerarquía que tradicionalmente supone la figura del *patrón*, sino desde una posición favorable, entendiendo que la mejora en las condiciones de trabajo de algunas (trabajadoras) no demerita la situación de otras (empleadoras). El lema de este colectivo es *El país que queremos comienza en casa*.

Por un lado, Hogar Justo Hogar es un polo muy importante en la opinión pública a favor no sólo de las trabajadoras, sino en general de que el tema de la servidumbre, la discriminación y la crisis de derechos humanos de este sector se abra a la sociedad mexicana; y por otro, hacer ver que una representación de la parte patronal de la ecuación sí está abierta al diálogo y a escuchar propuestas, lo cual deja al gobierno cada vez más aislado en su creencia errónea de que es imposible formalizar y otorgar derechos a 2.3 millones de mujeres económicamente activas.

El segundo ejemplo de las estrategias que han adoptado las trabajadoras es el de la Plataforma política por los derechos de las trabajadoras y trabajadores del hogar en México. Este espacio se centra en aportar argumentos y hechos sobre la viabilidad de dar cobertura en seguridad social a las trabajadoras del hogar.

²¹⁰ Bautista, entrevista.

La Plataforma surgió en un encuentro organizado por el Sinactraho, CACEH, el Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir (ILSB) y Mujeres en Empleo Informal: Globalizando y Organizando (WIEGO), al cual asistieron trabajadoras del hogar de distintas partes de la república mexicana, y de Jamaica, Chile, Uruguay, Costa Rica y Argentina, así como personas de la academia mexicana y representantes de la OIT, cuyo objetivo fue crear una base común enfocada al proceso de incidencia para la ratificación del C189, tomando como primer punto un análisis de los distintos aspectos de seguridad social.

Dicha Plataforma sumó todas las experiencias tanto del sistema internacional de derechos humanos (OIT), como de las propias trabajadoras en México y en los países con casos exitosos en la implementación y ratificación del C189, y profundizó sobre las necesidades de las trabajadoras en servicios de salud, pensión y retiro, maternidad y estancias infantiles, y salarios y prestaciones.

La idea era hacer una red y ofrecer los argumentos para mostrar que es completamente viable la incorporación de las trabajadoras del hogar a la seguridad social, de acuerdo con lo establecido por la OIT.

Hicimos un encuentro para trabajar en los argumentos para explicar por qué queríamos [el] seguro social para las trabajadoras. Planteamos cómo decirle al gobierno que la sociedad sí se está beneficiando del trabajo de las trabajadoras y que muchas veces la salud de las trabajadoras del hogar está siendo cada día peor. Hay que demostrar que gracias al trabajo de las compañeras muchos empleadores sí tienen un beneficio muy notorio: mientras la salud de las trabajadoras se deteriora, la salud de las empleadoras es mejor; mientras las trabajadoras se cansan todos los días por el extenso horario de trabajo, las empleadoras descansan; mientras las trabajadoras no tienen tiempo, dinero, oportunidades profesionales de superación, sus empleadoras sí se están profesionalizando; mientras las trabajadoras no tienen derechos, hay legisladores que no están trabajando para que los tengan.²¹¹

El resultado de este encuentro es una primera declaración de la plataforma, donde se demuestra que partes de la legislación mexicana protegen a las trabajadoras –como la Constitución– pero como las demás normas siguen siendo insuficientes o discriminatorias, clasistas, xenófobas y violatorias de los derechos humanos (Ley Federal del Trabajo, Ley del Seguro Social, etc). Lo cual exige “que la falta de voluntad política para avanzar los derechos de las trabajadoras del hogar en México, así como el desconocimiento generalizado de nuestros derechos entre el sector trabajador y el empleador, deben terminar”.²¹²

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Mujeres en Empleo Informal: Globalizando y Organizando et al., Plataforma política por los derechos de las trabajadoras y los trabajadores del hogar en México* (México: CACEH, Sinactraho, ILSB, WIEGO, 2017), <http://www.wiego.org/sites/default/files/resources/files/WIEGO-Plataforma-Politica-trabajadoras-hogar.pdf> (fecha de consulta: 26 de abril de 2017).

Y frente a ello se hace una serie de demandas, a modo de un pliego petitorio o manifiesto, en términos generales, a las autoridades correspondientes, por ejemplo: “Al Poder Ejecutivo y al Senado de la República exigimos la inmediata ratificación del Convenio 189 de la OIT”.²¹³ Y luego se amplían estas demandas para especificarlas en el caso de salud, maternidad y guarderías, retiro y pensión, así como salarios, condiciones de trabajo y vivienda.

De esta manera, con una estrategia que alía a múltiples sectores, a nivel local, nacional e internacional, las trabajadoras lograron tener un posicionamiento firme y concreto ante la falta de acción del Estado. Utilizan herramientas de la organización, se alían con expertos en diversos temas y logran tener argumentaciones fuertes que desmontan los pretextos de diversos funcionarios públicos y ejercen presión ante la falta de atención e invisibilización de esta colectividad.

El tercer ejemplo es el Grupo Interinstitucional para la Ratificación del C189 de la OIT, que es el más reciente de los tres casos y acaba de ser instalado. El grupo comprende a integrantes de la sociedad civil, trabajadoras del hogar y funcionarios públicos, tiene el objetivo de organizar varias sesiones en el Senado de la República para invitar a todos los actores involucrados en la ratificación del C189. Está integrado por CACEH, ILSB, Hogar Justo Hogar y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) junto con un grupo plural de senadoras, y funcionará de abril a septiembre de 2017. Aunque por ahora no es posible agregar más información, es un gran logro poder reunir a las y los funcionarios públicos responsables del proceso de ratificación y abrir el diálogo al respecto.

Estos tres ejercicios: el colectivo de empleadoras y empleadores, la plataforma política y el grupo interinstitucional sirven para entender la forma de trabajo de CACEH y del Sinactraho, que han sabido conversar y compartir su discurso hacia otros sectores abiertos a la escucha e involucramiento, lo cual se suma a la propia historia de su formación.

La estrategia de generar plataformas intersectoriales e interinstitucionales, que se caracterizan por crear discurso argumentativo alrededor de los derechos exigidos, muestra cómo la normatividad y el reconocimiento de derechos debería venir de un proceso de organización, de autoreconocimiento colectivo y de una toma de conciencia por parte de la sociedad en general, entorno a la exclusión e invisibilización de mujeres cuyo trabajo es fundamental para el funcionamiento diario de este país.

²¹³ *Ibíd.*,

VII. Conclusión

Ante la falta de narrativas legales que garanticen los derechos humanos y laborales de las trabajadoras del hogar, son ellas las que se han lanzado a las calles, a la investigación y a la creación de redes y alianzas para comenzar a cambiar el sentido común que existe en México con respecto al trabajo en el hogar.

En esta tarea ha sido fundamental la renovación de los discursos, como un primer paso para romper las jerarquías e intercambiarlas por relaciones basadas en el respeto a los derechos humanos bajo el principio de la no discriminación.

Con esa idea, en este artículo se ha reflexionado primero sobre el paradigma en el que se ubica actualmente la lucha de las y los trabajadores del hogar organizados en México. Entendiendo que por un lado se colocan en el sistema de los derechos humanos, conjugados con la tradición de lucha y organización laboral; y por el otro, atendiendo al giro lingüístico que otorga a las palabras una importancia clave en el campo de lo político y la transformación social.

En un segundo momento se exploró bajo el paradigma anteriormente resumido, cómo es que las *trabajadoras del hogar* han conformado un nuevo sujeto político, y cómo dicho sujeto se ve inserto en la legislación internacional y nacional.

Finalmente, se aterrizaron dichos planteamientos en los casos concretos del trabajo y estrategias del Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar y del Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar, para ejercer sus derechos y exigir la ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT.

En estas tres etapas de análisis se tomó como eje conductor el Convenio núm. 189 sobre trabajo decente para los trabajadores y las trabajadoras domésticas de la OIT y se procuró recurrir a diversas fuentes de textualidad como pronunciamientos, materiales pedagógicos, legislación nacional e internacional, y testimonios de personas trabajadoras del hogar.

A raíz de esta reflexión, se puede concluir que la voz de las trabajadoras del hogar ha sido un elemento fundamental en su lucha y su organización. Por un lado, creando un nuevo vocabulario para nombrarlas a ellas y a su trabajo; y por el otro, reconstruyendo la historia haciendo suya la lucha de las y los trabajadores, la tradición de los derechos humanos y de los feminismos, pero siempre apropiándose de estas historias desde su perspectiva y su situación de vida.

También, que es desde su voz, desde su decir, que las trabajadoras del hogar han emprendido su organización, y esto ha significado que se creen como un nuevo sujeto político colectivo posicionándose desde un esencialismo estratégico.

Las trabajadoras del hogar organizadas han entendido que a la par de nombrarse y nombrar su mundo de una manera reivindicativa, también abrieron la senda del ejercicio de sus derechos por cuenta propia. Muestra de ello son la creación del sindicato, ejerciendo su derecho a la asociación; la creación de una carta de derechos, una manera alternativa de legislar para sí mismas; la implementación de un contrato mínimo en CACEH y ahora de un contrato colectivo de trabajo con el Sinactraho, entre otras acciones.

A lo largo del artículo, la exposición de las estrategias y los testimonios de las trabajadoras plantean lo que en apariencia es una contradicción: que las trabajadoras por un lado están exigiendo la legislación de sus derechos –lo cual comprueba su apuesta por la confianza en la ley–; pero por el otro, su proceso opera fuera de la ley porque no pueden esperar frente a la lentitud de los procesos de legislación y ratificación. Se puede concluir que esta aparente contradicción realmente es complementaria porque el ejercicio *de facto* de sus derechos tiene una relación directa con querer verlos plasmados en las leyes para que sean derechos exigibles por todas las 2.3 millones de trabajadoras del hogar y no sólo por aquellas que han decidido alzar su voz y organizarse.

Otra de las conclusiones que refuerza el uso estratégico del discurso en el caso de CACEH y el Sinactraho es que, ante la falta de voluntad política del Estado para avanzar en garantizar los derechos para este colectivo, la respuesta de ellas ha sido comenzar a abrir el tema en otros espacios aliados y con la opinión pública en general para cambiar el sentido común al respecto, y hacer ver a la sociedad en general y al Estado propio que negar los derechos que les corresponden a las trabajadoras del hogar no es algo lógico dentro de un régimen democrático.

Después de todo, el texto con mayor legitimidad que respalda las exigencias de las trabajadoras y trabajadores del hogar es el Convenio núm. 189 de la OIT y por eso es que su estrategia política se centra en exigir que se ratifique. La ratificación de este instrumento internacional significaría la aceptación legal y en el sentido común de que lo que propone debe ser el piso mínimo para acabar con la cultura de discriminación y de violación a los derechos que envuelve al trabajo remunerado en el hogar.

Cuando las trabajadoras del hogar gritan en las manifestaciones y repiten en foros, encuentros y reuniones, ya sea con empleadores o con funcionarios públicos, *Nunca más un México sin nosotras*, se refieren a que no es posible que nuestra cotidianidad económica, política y social funcione sin su aportación y su trabajo, y es por ello que se vuelve fundamental, como lo enuncia el lema de CACEH, *hacer visible lo invisible*.

VIII. Bibliografía

- Cebollada, Marta. *Estudio comparativo de la legislación para el trabajo del hogar en América Latina*. México: Conapred, 2016.
- _____. *Las personas trabajadoras del hogar remuneradas en México: perfil sociodemográfico y laboral*. México: Conapred, 2016.
- _____. *Trabajo del hogar: Convenio 189 de la OIT y la legislación en México*. México: Conapred, 2016.
- Consejo de Derechos Humanos de la ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal a México* (diciembre 2013). http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/Informe-GpoMxEPU_ES.pdf (fecha de consulta: 10 de abril de 2017).
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. *Condiciones Laborales de las Trabajadoras Domésticas. Estudio Cuantitativo con trabajadoras domésticas y empleadoras*. México: Conapred, 2015. http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/TH_completo_FINAL_INACCCSS.pdf (fecha de consulta: 26 de abril de 2017).
- Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo adoptado en la Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, 15 de agosto de 2013. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9232.pdf?view=1> (fecha de consulta: 26 de abril de 2017).
- Convenio 189 sobre trabajo decente para los trabajadores y las trabajadoras domésticas de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su centésima reunión, Ginebra, 16 de junio de 2011.
- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998. <http://ilo.org/declaration/lang--es/index.htm> (fecha de consulta: 11 de abril de 2017).
- Foucault, Michel. *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets, 1992.
- Ley Federal del Trabajo. (*Diario Oficial de la Federación*, 1 de abril de 1970); última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (30 de noviembre de 2012).
- Mujeres en Empleo Informal: Globalizando y Organizando. *Plataforma política por los derechos de las trabajadoras y los trabajadores del hogar en México*, México: CACEH, Sinactraho, WIEGO, 2017. <http://www.wiego.org/sites/default/files/resources/files/WIEGO-Plataforma-Politica-trabajadoras-hogar.pdf> (fecha de consulta: 26 de abril de 2017).
- Oficina en México de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en México, *et al. México ante la CEDAW*, 2012. http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/MxicoAnteLaCEDAW.pdf (fecha de consulta: 26 de abril de 2017).
- Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201) de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en

su centésima reunión. Ginebra, 16 de junio de 2011. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R201 (fecha de consulta: 8 de abril de 2017).

Secretaría de Relaciones Exteriores, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Centro de Investigación y Docencia Económicas. “Recomendaciones internacionales a México en materia de derechos humanos”. <http://recomendacionesdh.mx/> (fecha de consulta: 26 de abril de 2017).

Secretaría del Trabajo y Previsión Social. *El trabajo doméstico en México: la gran deuda social*. México: STPS, 2016.

Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar. “¿Por qué ‘Trabajadoras del Hogar’?” *Folleto Informativo*. México: Sinactraho, febrero de 2017.

_____. “Conoce tus derechos y obligaciones laborales como trabajador y trabajadora del hogar”. *Folleto Informativo*. México: Sinactraho, febrero de 2017.

Siglas y acrónimos

C189: Convenio 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos de la Organización Internacional del Trabajo.

CACEH: Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar.

CEDAW: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres.

Conactraho: Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar.

EPU: Examen Periódico Universal.

ILSB: Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir.

IMSS: Instituto Mexicano del Seguro Social.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

R201: Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (núm. 201) de la Organización Internacional del Trabajo.

Sinactraho: Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar.

WIEGO: Mujeres en Empleo Informal: Globalizando y Organizando.

ARTÍCULOS GANADORES

Derechos humanos y accesibilidad: nuevos retos y perspectivas

Héctor Ivar Hidalgo Flores*

Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe)
Ciudad de México, México.
ivarhidalgo@gmail.com

Recibido: 14 de octubre de 2016.

Dictaminado: 9 de noviembre de 2016.

* Estudiante de la maestría en Juicio Oral y Proceso Penal Acusatorio en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Es licenciado en Derecho por la Universidad Tecnológica de México. Obtuvo el premio al desempeño de excelencia en el Examen General para el Egreso de la Licenciatura.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.



Resumen

La accesibilidad es un tema fundamental para crear una verdadera igualdad entre los miembros de una sociedad. Las nuevas tecnologías de la información han venido cambiando la forma en que las personas acceden a los servicios públicos. Este texto pretende describir la manera en que los avances de la ciencia han sido utilizados para mejorar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios públicos, poniendo énfasis en el transporte. Asimismo, se comenta un criterio internacional relativo a la obligación de los Estados de brindar accesibilidad a la era digital y al transporte a las personas con discapacidad visual.

Palabras clave: accesibilidad, derechos humanos, tecnologías de la información, servicios públicos, transporte.

Abstract

Accessibility is a fundamental issue to create true equality among the members of a society. New information technologies have been changing the way people access to public services. This paper aims to describe how advances in science have been used to improve access of persons with disabilities to public services, with an emphasis on transportation. Likewise, an international criterion regarding the obligation of States to provide accessibility to the digital age and transportation to persons with visual impairment is discussed.

Keywords: accessibility, human rights, information technologies, public services, transportation.

Sumario

I. Introducción; II. Accesibilidad y nuevas tecnologías de la información: un cambio de paradigma; III. La supervisión de la Convención: un reto permanente; IV. Conclusiones; v. Bibliografía.

I. Introducción

Un Estado moderno y democrático se caracteriza por reconocer la dignidad de sus habitantes.²¹⁴ Ésta es la piedra angular de prácticamente la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos.²¹⁵ Su preponderancia se ha ido consolidando y definiendo en los criterios jurisprudenciales,²¹⁶ así como en las propias constituciones domésticas.²¹⁷ La dignidad cobra es-

²¹⁴ Hobbes señalaba que la *dignidad* es la estimación pública que se tiene de las personas; este reconocimiento –añadía– se puede ver reflejado en el encargo de empleos o comisiones de importancia. Véase Thomas Hobbes, *Leviatán* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 71. En la obra de Kant, la dignidad es un valor intrínseco de la persona, el cual no puede ser sustituido ni admite equivalente. Véase Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres* (Madrid: Tecnos, 1989). Para mayor información véase Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona* (Madrid: Civitas, 1986).

²¹⁵ Véanse, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹⁶ En el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló que está “más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)”, Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm 4, párr. 154. Por su parte, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que la “dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta –en su núcleo más esencial– como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, “Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética”, tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016 en materia constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro xxxiii, t. 2, 633 (agosto de 2016).

²¹⁷ En Europa, la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, en el artículo 1º reconoce la intangibilidad de la dignidad humana. Véase Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949. Por su parte, en América Latina, la Constitución colombiana establece en su artículo 1º que: “Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana [...]”. Constitución Política de Colombia, promulgada el 4 de julio de 1991. Asimismo, la Constitución peruana señala, también en su artículo 1º, que “la defensa de la persona humana y el

pecial relieve cuando se habla de personas con discapacidad. En efecto, el aparato gubernamental se encuentra fuertemente vinculado a brindar una protección reforzada a éstas. Sin grandes esfuerzos institucionales es imposible garantizar una participación en sociedad en igualdad de condiciones. Las autoridades se hallan constreñidas a crear el contexto necesario para que todas las personas, incluyendo las que viven con algún tipo de discapacidad, puedan gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Desde que se adoptara la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la Convención o la CDPD se ha ido desterrando, poco a poco, el paradigma de marginación que han sufrido de manera histórica las personas con discapacidad,²¹⁸ ya que ha quedado claro que la simple existencia de normas que reconozcan de manera general derechos humanos no es suficiente para construir un verdadero marco de igualdad entre los miembros de una sociedad.

En efecto, la CDPD pretende, principalmente, insertar los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales a ámbitos concretos para así suprimir las barreras y obstáculos específicos que enfrentan las personas con discapacidad, y de esta forma lograr la verdadera operatividad y justiciabilidad de todos sus derechos humanos, lo que traerá como consecuencia el acceso e igualdad de oportunidades para participar en las distintas esferas que conforman la vida en sociedad.²¹⁹

La Convención y las normas de *soft law* relacionadas²²⁰ responden a una coyuntura global que merece toda la atención. En efecto, se estima que más de 1 000 millones de personas viven con discapacidad; esto representa aproximadamente 15% de la población mundial.²²¹ En México, el

respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad [...]”. Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993.

²¹⁸ Dentro de los principales derechos que ven violados las personas con discapacidad se encuentran: el derecho a la educación, a la libertad de movimiento, a la vida independiente, al empleo, a acceder a la información, a la asistencia sanitaria y a tomar sus propias decisiones. Véase Organización de las Naciones Unidas, *Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo* (Ginebra: ONU, 2007), 5.

²¹⁹ Véase Nuria González Martín, “Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120 (septiembre-diciembre 2007): 952.

²²⁰ Por ejemplo, en orden cronológico, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, adoptado en 1981; los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados en 1991; las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, adoptadas en 1993; y la Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en 1995. Al referirse a éstas, la ONU señaló que aunque “las directrices, declaraciones, principios, resoluciones y otros documentos no son jurídicamente vinculantes, expresan un compromiso moral y político de los Estados y pueden servir como directriz para la promulgación de legislación o la formulación de políticas en relación con las personas con discapacidad. Es importante señalar que algunas de las disposiciones de los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental han recibido críticas y que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prevalece sobre esas normas en caso de existir algún conflicto entre ambos instrumentos”. Organización de las Naciones Unidas, “Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=24&pid=787#iq3> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²²¹ Véase Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre la Discapacidad* (Ginebra: OMS, 2011).

panorama también constituye un gran reto, ya que alrededor de 5 millones de personas padecen de algún tipo de discapacidad; es decir, alrededor de 5% de la población.²²² Los motivos que producen discapacidad suelen ser atribuidos principalmente a las siguientes causas: nacimiento, enfermedad, accidente y edad avanzada.²²³

La CDPD establece en su artículo 1º, segundo párrafo, que

las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.²²⁴

Por otro lado, el artículo 3º consagra la accesibilidad como uno de los principios de la Convención, y en el numeral 1 del artículo 9º la define como todas aquellas

medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.²²⁵

La accesibilidad es uno de los temas principales cuando se habla de personas con discapacidad. Las buenas prácticas urbanas son necesarias para crear normas universales que no distingan entre capacidades y discapacidades.²²⁶ En el caso del transporte, la *accesibilidad* podría definirse como la adecuación en la infraestructura e instalaciones fijas de acceso público, así como en el material móvil de los medios de transporte, que permite a las personas con movilidad reducida su uso en igualdad de condiciones que el resto de las personas usuarias.²²⁷ Como se ve, la accesibilidad garantiza la utilización de la infraestructura fija o móvil, independientemente de si se es o no una persona con discapacidad.

²²² Véase Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de Población y Vivienda* (México: INEGI, 2010).

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (13 de diciembre de 2006), artículo 1º.

²²⁵ *Ibíd.*, artículo 9º. En México, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad define a la *accesibilidad* en exactos términos al concebirla como las “medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales [...]”. Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, del 30 de mayo de 2011 (*Diario Oficial de la Federación*; última reforma del 17 de diciembre de 2015).

²²⁶ Véase José Antonio Juncá Ubierna, “Buenas prácticas en accesibilidad universal”, *Revista Ingeniería y Territorio*, núm. 63 (2003): 16-23.

²²⁷ Véase Francisco García Aznárez, “La accesibilidad en el transporte”, *Revista Ingeniería y Territorio*, núm. 63 (2003): 34.

En este sentido, es menester señalar que la accesibilidad no se acota al espacio real, sino que se expande al virtual. En efecto, la Convención señala en el mencionado artículo 9º, numeral 1, que se deberá asegurar el acceso a “la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones [...]”.²²⁸ Por su parte, el artículo 4º, numeral 1, inciso g, establece que los Estados Partes se comprometen a

promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible.²²⁹

Esto permite establecer que existe una obligación positiva a cargo de los Estados Partes de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a los avances de la ciencia.

Precisado lo anterior, en este texto se pretende analizar el tema de la accesibilidad en el transporte y su relación con las tecnologías de la información, lo anterior a la luz de los derechos humanos consagrados en la Convención, y con énfasis en la discapacidad visual. En este sentido, se intentará describir cómo la accesibilidad ha evolucionado conforme a los avances de la ciencia. Finalmente, se comentará un caso resuelto por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité o el Comité CDPD) en el que se dictaminaron violaciones a la Convención.

II. Accesibilidad y nuevas tecnologías de la información: un cambio de paradigma

En octubre de 2015, la revista *Slate* publicó un artículo titulado “The Blind Deserve Tech Support, Too”.²³⁰ Independientemente del título elegido, lo importante es el contenido de la historia que narra Sina Bahram, un estudiante de doctorado en Ciencias de la Computación en la Universidad Estatal de Carolina del Norte, Estados Unidos, quien llamó a la compañía Lenovo con el propósito de que enviaran personal a su casa para que reparara el sistema de audio de su laptop. Sin embargo, el personal de servicio al cliente le informó que la compañía ya no proporcionaba servicios a domicilio, y en lugar de esto le pidió que comenzaran una inspección visual del puerto de audio de la laptop. Al escuchar esta petición, Bahram respondió que era ciego –“I’m blind”–.

²²⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 9º.

²²⁹ *Ibid.*, artículo 4º.

²³⁰ Véase Jon Kelvey, “The Blind Deserve Tech Support, Too. Why don’t tech companies care more about customers with disabilities?”, *Slate* (9 de octubre de 2015), http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2015/10/tech_companies_should_care_more_about_customers_with_disabilities.html (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

El personal de servicio al cliente, en lugar de dar una salida alternativa, le cuestionó preguntándole desde cuándo lo era.

Después de muchas llamadas y contactos a través de Twitter (la nueva forma de hacer pública cualquier inconformidad), Lenovo se disculpó y envió personal a la casa de Bahram para que reparara su laptop. En el artículo se señala que él es el presidente de Prime Access Consulting, una compañía que ayuda a otras compañías e instituciones a adaptar sus páginas electrónicas o productos conforme a los principios del diseño universal.²³¹ En el artículo se pone de relieve lo novedoso que es éste, y las bondades que puede tener. A Bahram se le hacía increíble que siendo él una persona que lucha porque los productos y las páginas electrónicas sean accesibles para todos, haya recibido un trato rudo –ajeno a los principios del diseño universal– por parte del *staff* de la compañía que fabricó su propia laptop.

Esta pequeña historia describe muy bien que la accesibilidad y el diseño universal deben ser temas prioritarios en las políticas de las instituciones públicas y privadas. El hecho de que el *staff* de Lenovo no contara con un protocolo para proporcionar soporte técnico a distancia –en este caso a una persona con discapacidad visual– demuestra claramente la falta de una cultura de accesibilidad en el que el diseño universal sea un eje rector.

Las bondades de la accesibilidad se deben ir extendiendo conforme a los avances de la ciencia. La era digital debe ser accesible para todas las personas. El Estado se encuentra obligado a crear el contexto para que todos los miembros de la sociedad puedan participar en igualdad de condiciones en cualquier aspecto de la vida, lo anterior de manera digna y autónoma.

Ahora bien, esta evolución de la accesibilidad no se detiene. Veamos, por ejemplo, el sugerente título de un artículo publicado en la *Revista Española de Discapacidad*: “La accesibilidad en los videojuegos: una asignatura pendiente”. En éste se destaca que en España la accesibilidad se encuentra en pleno crecimiento, pero que existe la necesidad de que se mejore el acceso a los

²³¹ Según Wikipedia, el *diseño universal* “es un paradigma del diseño relativamente nuevo, que dirige sus acciones al desarrollo de productos y entornos de fácil acceso para el mayor número de personas posible, sin la necesidad de adaptarlos o rediseñarlos de una forma especial. El concepto surge del diseño sin barreras, del diseño accesible y de la tecnología asistida de apoyo. A diferencia de estos conceptos el diseño universal alcanza todos los aspectos de la accesibilidad, y se dirige a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Resuelve el problema con una visión holista, partiendo de la idea de la diversidad humana. Además, tiene en cuenta la manera en que se vende el producto y la imagen de producto, para que estos, además de ser accesibles, puedan venderse y captar a todo el rango de consumidores”. Wikipedia, “Diseño universal”, https://es.wikipedia.org/wiki/Dise%C3%B1o_universal (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016). Dentro de los principios del diseño universal se consideran los siguientes: uso equitativo, uso flexible, uso simple e intuitivo, información perceptible, tolerancia al error, mínimo esfuerzo físico y adecuado tamaño de aproximación y uso. Véase North Carolina State University, “Los principios del diseño universal”, *El Centro para el Diseño Universal*, 1997, <http://www.ub.edu/integracio/docs/normativa/internacional/PrincipisDissenyUniversal.pdf> (fecha de consulta: el 5 de octubre de 2016).

videojuegos independientemente del grado de discapacidad de las personas, para así crear una sociedad incluyente.²³²

En este sentido, se menciona que en la actualidad la mayoría de los videojuegos verdaderamente accesibles se encuentran dirigidos a un nicho de mercado específico (personas con discapacidad); es decir, son juegos creados *ex professo* para éstas, y que el grueso de la población difícilmente utilizaría, ya que son juegos con un sólo botón, o juegos de audio que se destinan a las personas con discapacidad visual.²³³ Lo anterior pone de relieve la limitación a ciertos videojuegos por parte de las personas con discapacidad (videojuegos especiales para éstas), por lo que efectivamente se debería apostar para que todos estos se pudieran jugar independientemente de capacidades o discapacidades.²³⁴

Como sea, son bienvenidos estos juegos con accesibilidad para personas con discapacidad, ya que constituyen un verdadero avance al acercar este tipo de tecnologías. En este sentido, se hace referencia al videojuego Boccia Virtual, un proyecto desarrollado por la empresa asturiana Prometeo Innovations.²³⁵ Este juego, basado en el deporte de la Boccia,²³⁶ es de estrategia.²³⁷ Para jugarlo es necesario una computadora y un mando inalámbrico de consola, o incluso un *mouse*.²³⁸ Su descarga es gratuita.²³⁹ Si bien este tipo de esfuerzos, se reitera, son bienvenidos, ciertamente

²³² Véase Isabel Díez Alegre, “La accesibilidad en los videojuegos: una asignatura pendiente”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 2 (diciembre de 2013):155.

²³³ *Ibid.*, 156.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Wikipedia señala que la “Boccia o bocha es un juego diseñado para personas con discapacidades, inspirado en el juego de origen italiano bocce o bochas, de donde toma su nombre, y aceptado como deporte paralímpico desde 1984. Se aplican las reglas de la BISFED (Federación Internacional Deportiva de Boccia). Inicialmente jugado sólo por deportistas con parálisis cerebral, actualmente puede ser jugado por deportistas en sillas de ruedas con discapacidades totales o parciales en sus extremidades. Se utilizan cuatro clasificaciones con el fin de garantizar la paridad entre los competidores (BC1, BC2, BC3 y BC4). Se juega en competencias individuales (BC1 a BC4), por parejas (BC3 y BC4) o en equipos de tres jugadores (BC1-BC2). En todas las pruebas pueden participar varones o mujeres, indistintamente”. Wikipedia, “Boccia”, en *Wikipedia*, <https://es.wikipedia.org/wiki/Boccia> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²³⁷ Díez Alegre, “La accesibilidad en los videojuegos”, 156.

²³⁸ Se señala, además, que el Centro de Referencia Estatal para la Atención a Personas con Grave Discapacidad y para la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia “creó el boccia virtual, un videojuego simulador (como la famosa Wii), en colaboración con la empresa Prometeo y la escuela de Ingeniería Informática de la Universidad de León. Consiste en un simulador de la boccia, teniendo en cuenta las diversidades funcionales de los usuarios. El mando de la videoconsola transmite los movimientos del usuario por medio de Bluetooth al ordenador. Este sistema le da al jugador la posibilidad de situarse en el punto de vista del lanzador en la pantalla. Además, este simulador incorpora todas las reglas del deporte, como por ejemplo la elección de la bola. También tiene en cuenta las diferentes categorías, incluso la opción del uso de la canaleta. Multitud de técnicas que además de divertir al usuario los entrena en su día a día, siendo ellos quienes establecen las mejoras del mismo”. “Boccia virtual, un videojuego del CRE”, *Diario de León* (31 de julio de 2011), http://www.diariodeleon.es/noticias/revista/boccia-virtual-videojuego-cre_622212.html (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²³⁹ Federación Española de Deportes de Personas con Parálisis Cerebral y Daño Cerebral Adquirido, <http://www.fedpc.org/noticias.asp?id=225> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

se tiene que señalar que la mayoría de los videojuegos carecen de la accesibilidad necesaria para que todas las personas puedan utilizarlos, lo que habla del lento transitar de las tecnologías de la información (TIC) al paradigma del diseño universal.

En este sentido, hay que señalar que la accesibilidad basada en el diseño universal juega un papel preponderante que debe ser tomado en cuenta en las políticas públicas, ya que dicha accesibilidad universal

se centra en garantizar la igualdad entre personas con cualquier tipo de discapacidad, ya sea física, mental, intelectual o sensorial para el acceso a cualquier ámbito, ya sea por ejemplo acceso a la vivienda, movilidad en el transporte, movilidad en el entorno, acceso a un puesto de trabajo [...] incluyendo productos, sistemas de información, comunicación, etcétera.²⁴⁰

En efecto, el principio de mayor accesibilidad permite crear ecosistemas idóneos para que cualquier persona se pueda desenvolver de manera autónoma en la sociedad. En correspondencia con la Convención, la accesibilidad tiene que evolucionar al paso de los avances tecnológicos, de lo contrario sería imposible cumplir con las demandas de una sociedad incluyente.

En la Observación General núm. 2 (la Observación), el Comité señaló que

la accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades.²⁴¹

En efecto, además de poner de relieve la importancia de la accesibilidad, el Comité resalta que ésta irradia no sólo al mundo de las cosas materiales, sino también al de las tecnologías de la información, e incluso a las propias personas que brindan atenciones o servicios al público en general.

²⁴⁰ Ángel Manuel Gento Municio y Juan Luis Elorduy González, “Análisis de la accesibilidad física en el transporte público en autobús en la ciudad de Valladolid”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 1 (2016): 137.

²⁴¹ Comité CDPD, Observación General núm. 2, CRPD/C/GC/2, aprobada en el 11° periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, artículo 9°, párrafo 1.

En la Observación también se precisa que

las personas con discapacidad se enfrentan a barreras técnicas y ambientales —en la mayoría de los casos, del entorno construido por el hombre— como peldaños a la entrada de los edificios, la falta de ascensores en los edificios de varias plantas y la ausencia de información en formatos accesibles.²⁴²

En este sentido, la accesibilidad se concentró en un primer momento en las barreras físicas, pero con el avance de la ciencia, éstas han pasado a insertarse en el mundo virtual de las tecnologías de la información, tal como ya se ha ido señalando.

Asimismo, en la Observación se establece que

diferentes personas y organizaciones entienden de modo distinto lo que significa la tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC), comúnmente se considera que TIC es una expresión general que incluye cualquier dispositivo o aplicación de información y comunicación y su contenido.²⁴³

También se señala que esta “definición comprende una amplia gama de tecnologías de acceso, como la radio, la televisión, los servicios satelitales, los teléfonos móviles, las líneas de telefonía fija, las computadoras, y el *hardware* y *software* de las redes”.²⁴⁴ Por otro lado, se resalta que:

La importancia de la TIC radica en su capacidad de poner al alcance un amplio abanico de servicios, transformar los servicios ya existentes y crear una mayor demanda de acceso a la información y el conocimiento, particularmente en las poblaciones subatendidas y excluidas, como las personas con discapacidad.²⁴⁵

Lo anterior enfatiza la trascendencia de los avances de la ciencia en el tema de la accesibilidad. Las TIC facilitan el acceso a diversos servicios o a la propia cultura y conocimiento. Es por ello que los avances de la tecnología tienen que hallarse al alcance de todas las personas.

Otro aspecto importante de la Observación es el relativo a la accesibilidad al transporte. A lo largo de ella se pone de manifiesto que la falta de acceso a éste vulnera otros derechos, tales como el relativo a buscar empleo, a la educación, a la atención sanitaria, entre otros. Y es que, en efecto, el hecho de que el transporte no sea accesible crea un problema de movilidad que puede vulnerar prácticamente cualquier derecho para cuyo ejercicio se necesite el traslado de un punto a otro.

²⁴² *Ibíd.*, párrafo 3.

²⁴³ *Ibíd.*, párrafo 5.

²⁴⁴ *Ibíd.*

²⁴⁵ *Ibíd.*

Es por lo anterior que los esfuerzos institucionales se deben concentrar fuertemente en hacer del transporte un espacio accesible para todas y todos. En esta tarea es importante la ayuda que puedan proporcionar las tecnologías de la información. Éstas se tienen que explotar al máximo para hacer accesible el transporte a todas las personas. Los sistemas de voz o el propio Braille pueden ayudar ante estos retos.

En efecto, por ejemplo véase la campaña de Transmilenio en Colombia llamada “Me Movilizo con Braille”, en la que se busca ayudar a la población en condiciones de discapacidad en la ciudad de Bogotá.²⁴⁶ Esta campaña, además de crear conciencia sobre la importancia del cuidado y respeto de las plaquetas de lecto escritura, permite una mayor accesibilidad al transporte al facilitar a las personas con discapacidad conocer el nombre de las paradas, la dirección de los autobuses y el teléfono de atención a la persona usuaria. Asimismo, se menciona que, también en Colombia, las papeletas de votación en el plebiscito de la paz con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) contendrán plaquetas de lecto escritura (Braille) para las personas con discapacidad, y si bien esto escapa al ámbito de la movilidad y el transporte, es importante anotar cómo la inclusión se debe dar en todos los ámbitos, incluido el electoral.²⁴⁷

Por otro lado, se tiene que señalar que el sistema Braille no es novedoso,²⁴⁸ pero se han ido creando variantes que lo actualizan. Por ejemplo, el desarrollo en la Universidad de Michigan, Estados Unidos, de una *tablet* que convierte los contenidos digitales al sistema Braille.²⁴⁹ El dispositivo utilizaría líquido o aire para generar el relieve característico del sistema.²⁵⁰ En este sentido, los

²⁴⁶ Véase “Transmilenio inició la campaña ‘Me Movilizo con Braille’”, *El diario bogotano*, Sec. Mi ciudad, 30 de septiembre de 2016, <http://www.eldiariobogotano.com/transmilenio-inicio-la-campana-me-movilizo-con-braille/> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁴⁷ Véase “La plantilla con la que personas invidentes podrán votar en plebiscito”, *El Tiempo*, Sec. Proceso de Paz, 8 de septiembre de 2016, <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/tarjeton-del-plebiscito-para-personas-invidentes/16695950> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016). Al momento de estar escribiendo este texto, el *no* por el acuerdo con las FARC se impuso. Véase British Broadcasting Corporation, “Colombia: ganó el ‘No’ en el plebiscito por los acuerdos de paz con las FARC”, *BBC Mundo*, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537187> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁴⁸ “El sistema Braille es un alfabeto especialmente ideado para los invidentes, consta de un sistema de lectura y escritura por medio de puntos. El inventor de dicho sistema fue Louis Braille (1809- 1852) Cuando a la joven edad de 15 años por un accidente quedó ciego. La forma de leer el alfabeto Braille es mover la mano de izquierda a derecha pasando por cada línea. En promedio los lectores de Braille pueden leer de 104 a 125 palabras por minuto. El tamaño y distribución de los 6 puntos que forman el signo generador es un proceso investigado por Louis Braille, ya que las terminaciones nerviosas de la yema de los dedos están capacitadas para captar ese tamaño. El signo generador solo permite 64 combinaciones de puntos siendo insuficientes para la variedad de letras, símbolos y números de cada idioma. Esto obliga a la invención de ‘Símbolos dobles’”. Braille International, “¿Qué es el Braille?”, <http://www.braille.com.mx/quesbraille.htm> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁴⁹ Comunica RSE, “Innovador proyecto para crear *Tablet* en braille”, 27 de enero de 2016, <http://www.comunicarseweb.com.ar/noticia/innovador-proyecto-para-crear-tablet-en-braille> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁵⁰ *Ibíd.*

propósitos del *gadget* serían, obviamente, facilitar la lectura de documentos digitales, pero también fomentar el uso del sistema.²⁵¹ La *tablet* tendría un costo menor a los 1 000 dólares.²⁵²

Ahora bien, en México, el Tratado de Marrakech acaba de entrar en vigor el 30 de septiembre de 2016,²⁵³ por lo que la difusión de obras en Braille, letra grande o audiolibro, se facilitará considerablemente.²⁵⁴ Sin embargo, es preciso mencionar que los sistemas de voz o las *apps* parecerían una mejor opción para el acceso al transporte. Solamente el hecho de que las personas con discapacidad visual no sepan dónde se encuentran las plaquetas de lecto escritura dificultaría su utilización, por muy útiles y completas que fueran.

Los sistemas de audio se podrían estimar mejores para el acceso al transporte de las personas con discapacidad visual —o en su caso un sistema mixto de audio y Braille—. Un ejemplo de esto se ha dado en la ciudad de Málaga, España, por la Empresa Malagueña de Transporte (EMT).²⁵⁵ Ésta instaló en 2011 un sistema de audio en autobuses y paradas que emiten locuciones sobre líneas, destinos y tiempos de llegada.²⁵⁶ Al arribar a la estación, las y los usuarios con discapacidad visual activan un mando a distancia que obliga a los paneles de tiempo instalados en las marquesinas a enviar mensajes de audio con las próximas líneas que llegarán a la parada, así como el tiempo en que lo harán.²⁵⁷

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² *Ibíd.*

²⁵³ Véase el Decreto Promulgatorio del Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso, adoptado en Marrakech el 27 de junio de 2013, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de septiembre de 2016, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5454667&fecha=29/09/2016 (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁵⁴ Los 20 países que ya ratificaron el tratado son: India, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Uruguay, Malí, Paraguay, Singapur, Argentina, México, Mongolia, la República de Corea, Australia, Brasil, Perú, La República Popular Democrática de Corea, Israel, Chile, Ecuador, Guatemala y Canadá. Con relación a la importancia de la ratificación del tratado, la Unión Mundial de Ciegos señaló que en “la actualidad, más del 90% de los libros que se publican no están accesibles para las cerca de 300 millones de personas ciegas o con dificultades para acceder al texto impreso. El acceso a estos soportes es especialmente bajo en los países en desarrollo y con pocos ingresos, en los que menos de un 1% de los mismos se encuentran disponibles en formatos accesibles. Esta situación generó la llamada ‘hambruna de libros’ global y la Unión Mundial de Ciegos (UMC) hizo campaña durante años para lograr un Tratado que ayudase a erradicar esta hambruna. El resultado de nuestros esfuerzos y de los de nuestros socios y otras partes interesadas es el Tratado de Marrakech, que adoptaron los estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en 2013. Para que el Tratado entre en vigor, la ratificación de veinte países era necesaria y este gran objetivo se logró hace unas semanas, el pasado 30 de junio, cuando Canadá se convirtió en el vigésimo país en ratificar el tratado. El tratado entrará oficialmente en vigor este mes, el 30 de septiembre de 2016”. Unión Mundial de Ciegos, “Día internacional de la alfabetización 2016”, en Unión Mundial de Ciegos, <http://www.worldblindunion.org/Spanish/News/Pages/El-Di%C3%A1-Internacional-de-la-Alfabetizaci%C3%B3n-2016.aspx> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁵⁵ “Instalan en los autobuses un sistema de audio para discapacitados visuales”, *El Mundo*, 9 de febrero de 2011, http://www.elmundo.es/elmundo/2011/02/09/andalucia_malaga/1297270473.html (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ *Ibíd.*

Además, EMT ha instalado en el interior de los autobuses un sistema de emisión de locuciones que permite recibir audio de la próxima parada durante un determinado trayecto.²⁵⁸ Este canal puede funcionar de manera automática o a petición expresa mediante el mando a distancia.²⁵⁹ La EMT también instaló plaquetas Braille en las paradas de los autobuses, las cuales contienen el número de parada, teléfonos de información, origen y destino de la línea, etcétera.²⁶⁰ El sistema de accesibilidad se complementa con las tarjetas de acceso a los autobuses con impresión en Braille.²⁶¹

Como se mencionó, las *apps* también son importantes en el tema de accesibilidad al transporte. Existe una gama de opciones que parece se irá incrementando. Dentro de éstas se encuentra On the bus, una aplicación para Android que ayuda a las personas con discapacidad visual a moverse en transporte público. Esta *app* ofrece la mejor ruta después de informarle determinado destino. Además, una vez en el autobús, informa por qué paradas se está pasando y en qué momento se debe descender. Otra es la muy conocida TalkBack de Google. Esta *app* permite navegar por el *smartphone* mientras se va describiendo a través de audio todo lo que aparece en la pantalla. La *app* podrá, por ejemplo, leer los *tuits* de Twitter o los *posts* de Facebook. Asimismo, existe una *app* llamada Lazzus, que permite a las personas con discapacidad visual conocer información sobre los lugares o cosas que les rodean a través de un teléfono móvil. Esta aplicación usa el Global Positioning System (GPS) para determinar la ubicación de la persona usuaria; asimismo, la herramienta informa mediante locuciones los puntos de interés que le rodean, lo anterior en tiempo real.

En cuanto a la accesibilidad al transporte, se menciona que

las personas con discapacidad visual deben desarrollar destrezas específicas y familiarizarse con la diversidad de diseños y formas de uso, pero, además, los transportes deben disponer de unas medidas de accesibilidad que garanticen la autonomía, las cuales deben ser beneficiosas para todos los ciudadanos.²⁶²

Se señala lo anterior porque estas *medidas de accesibilidad* van muy relacionadas con las tecnologías de la información, ya que los avances en éstas permiten la creación de herramientas que facilitan la utilización de la infraestructura por parte de las personas con discapacidad. Por ejemplo, en el caso de la visual, los sistemas de voz han representado un gran paso para que se pueda acceder al transporte en igualdad de condiciones y de manera autónoma, tal como se ha venido mencionando.

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² Organización Nacional de Ciegos Españoles, *Discapacidad visual y autonomía personal* (Madrid, ONCE, 2011), 599.

Ahora bien, la accesibilidad al transporte debe comprender una buena señalización que permita y facilite su utilización. De nada serviría un transporte cómodo y supuestamente eficaz si éste adolece de una adecuada señalización. En este sentido, se precisa que ésta debe ser diseñada de tal forma que resulte idónea, clara en su comprensión y actualizable, contar con iconos normalizados, contrastes de color, grafismos de fácil lectura, y sobre todo que implemente sistemas alternativos que permitan la accesibilidad a personas con discapacidad visual, auditiva o intelectual.²⁶³

La Observación pone de relieve la importancia de que las personas con discapacidad accedan a las tecnologías de la información. Asimismo, establece que el pleno y total acceso al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación y los servicios abiertos al público es una condición *sine qua non* para el disfrute de muchos derechos consagrados en la Convención. Esto último es de especial relevancia ya que, como se ha venido señalando, una imperfecta accesibilidad al transporte puede inhibir el ejercicio de cualquier otro derecho que necesite para su disfrute que una persona se traslade de un lugar a otro. Por ejemplo, si una persona con discapacidad necesita acudir a un centro de enseñanza, y el transporte no resulta el medio idóneo para realizar ese viaje, muy probablemente dejará de acudir a las lecciones. En este sentido, es necesario un acceso cómodo y fácil al transporte, ya que de lo contrario se podrían vulnerar una pluralidad de derechos a las personas con discapacidad.

Las TIC juegan un papel muy importante en hacer accesible el transporte a las personas con discapacidad. Los avances de la ciencia han demostrado ser un buen aliado no sólo para facilitar las tareas en general, sino para ir disminuyendo las desigualdades entre los miembros de la sociedad; éstas se recrudecen cuando se es una persona con discapacidad. En este sentido, es fundamental que las instituciones públicas y privadas echen mano de los beneficios tecnológicos para facilitar el acceso a estas personas a cualquier infraestructura real o virtual.

En el caso del transporte, las *apps* y los sistemas de audio o voz han resultado ser un verdadero bálsamo para las personas con discapacidad. Si se amalgama esto con el Braille podemos esperar resultados muy positivos. El diseño universal representa uno de los ejes que debe guiar cualquier política no sólo en el tema del transporte, sino en cualquier otro rubro de la sociedad. Los Estados tienen que crear, ejecutar y evaluar sus políticas teniendo en cuenta el criterio informador que representa el diseño universal.

Como se ha señalado, los avances tecnológicos pueden hacer más fácil el acceso al transporte. Un sistema de audio o una *app* que les señale a las personas con discapacidad visual dónde están, hacia dónde se dirigen y dónde tienen que bajar, es uno de los grandes avances que la ciencia ha

²⁶³ Véase Juan Guillamón, “La accesibilidad, reto profesional y exigencia social”, *Revista Ingeniería y Territorio*, núm. 63 (2003): 8.

hecho posible. La Convención es enfática en establecer que existe una obligación positiva por parte de los Estados de brindar una protección reforzada a las personas con discapacidad, ya que éstas necesitan de un contexto que les permita acceder sin barreras a los beneficios que las instituciones han creado a favor de la sociedad. El hecho de que una política inclusiva pueda traer más costos para las autoridades no es pretexto para su implementación. Las prerrogativas que puedan gozar las personas con discapacidad no son actos gratuitos del Estado, sino que forman parte de los derechos humanos que dimanen de su dignidad como personas.

III. La supervisión de la Convención: un reto permanente

El Protocolo Facultativo de la Convención establece que el Comité podrá recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas en las que se aleguen violaciones a ésta.²⁶⁴ En este sentido, se señala que el Protocolo Facultativo también es un tratado internacional. Asimismo, se menciona que:

En él se establecen dos procedimientos con la finalidad de reforzar la aplicación y supervisión de la Convención. El primero es un procedimiento individual de comunicaciones que permite a las personas presentar peticiones ante el Comité alegando violaciones de sus derechos; el segundo es un procedimiento de investigación que faculta al Comité para realizar investigaciones de violaciones graves o sistemáticas de la Convención.²⁶⁵

En este apartado se hará referencia al primer procedimiento; es decir, se comentará o analizará una comunicación en que el órgano de expertos independientes encontró violaciones al artículo 5º, numeral 2, y al 9º, numerales 1 y 2, incisos *f*) y *h*), de la Convención.²⁶⁶

²⁶⁴ El artículo 1º, numeral 1, señala que: “Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas”. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, artículo 1º.

²⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=24&cpid=787#iq3> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

²⁶⁶ Estos disponen: “Artículo 5 Igualdad y no discriminación 2. [...] Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”. “Artículo 9 Accesibilidad 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: [...] 2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para: *f*) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; *h*) Promover el diseño, el desa-

En la comunicación núm. 21/2014, el Comité analizó un asunto relacionado con el acceso a las instalaciones y los servicios abiertos al público; con las tecnologías de la información y las comunicaciones; y con el derecho a la movilidad personal y a vivir de forma independiente.

Los antecedentes –de conformidad con la comunicación– son los siguientes:

DICTAMEN A TENOR DEL ARTÍCULO 2º DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

1. El autor de la comunicación es “F”, ciudadano austríaco nacido el 13 de agosto de 1955. Afirma ser víctima de una violación por parte de Austria de los derechos que lo asisten en virtud de los artículos 2; 5, párrafo 2; 9; 19; y 20 de la Convención. Está representado por el Sr. Volker Frey. La Convención y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Estado Parte el 25 de octubre de 2008.

Los hechos expuestos por el autor

- 2.1 El autor vive en Linz, capital de Alta Austria, uno de los nueve estados federados de Austria. Es una persona ciega y depende del transporte público para realizar sus actividades cotidianas, tanto para fines personales como profesionales. Utiliza sobre todo la línea 3 de tranvía de la ciudad de Linz, que está gestionada por Linz Linien GmbH, una empresa propiedad de la ciudad que se encarga de todo el transporte público de la zona.
- 2.2 En marzo de 2004, Linz Linien GmbH comenzó a equipar las paradas de tranvía de la ciudad con sistemas de audio digital que reproducen el texto escrito de los paneles de información digital al pulsar un botón de un transmisor portátil. Por lo tanto, el sistema de audio digital ofrece información en tiempo real sobre el destino de los tranvías, su hora de llegada y salida y las perturbaciones de los servicios. Hasta junio de 2009 se instalaron más de 40 sistemas de audio digital para que las personas con deficiencia visual pudieran utilizar los tranvías de manera independiente y en condiciones de igualdad con las demás. El autor explica que, gracias a ese sistema, él y otras personas con deficiencia visual pueden saber si ya han llegado a la parada, o dónde se encuentra la parada si todavía no han llegado a ella, y recibir toda la información que se muestra en las pantallas, como los retrasos, la interrupción de los servicios y el tiempo de espera hasta el próximo tranvía.
- 2.3 En agosto de 2011, Linz Linien GmbH amplió el recorrido de la línea 3 de tranvía, pero no instaló el sistema de audio digital en ninguna de las nuevas paradas, en las que la información para los pasajeros sólo está disponible visualmente. Por lo tanto, para tener acceso a la información, el autor tiene que preguntar a los transeúntes, lo que le dificulta llegar a las nuevas paradas y le impide utilizarlas en condiciones de igualdad con los demás.

rollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo”. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 5º y 9º.

- 2.4 El autor afirma que para equipar adecuadamente las siete nuevas paradas de la línea 3, habrían sido necesarios 14 sistemas de audio. También añade que el presupuesto total previsto para la construcción de la nueva parte del recorrido de la línea 3 era de 150 millones de euros, aunque el costo final de la obra ascendió solamente a 140 millones de euros. Afirma, además, que 80% de ese importe fue sufragado por el estado de Alta Austria y 20% por la Comunidad de Leonding, una ciudad cerca de Linz. Según Linz Linien GmbH, una unidad de audio cuesta 1 962 euros. Por consiguiente, 14 unidades habrían costado 24.468 euros. El autor afirma que esa suma estaba disponible dentro del presupuesto previsto y no hubiera causado costos adicionales a Linz Linien GmbH y que, por lo tanto, instalar en las paradas en cuestión un sistema de audio habría sido razonable desde un punto de vista económico.
- 2.5 Con arreglo a la Ley Federal de Igualdad de las Personas con Discapacidad, antes de incoar acciones judiciales se deberá intentar resolver el caso mediante acuerdo entre las partes. El 4 de junio de 2012, el autor inició un procedimiento de conciliación con Linz Linien GmbH, aduciendo que era objeto de discriminación por motivo de su discapacidad, ya que, en su condición de cliente ciego, no podía obtener la información necesaria en las paradas de la línea 3 de tranvía. Con todo, no se llegó a un acuerdo y el procedimiento de conciliación terminó el 18 de julio de 2012 con la confirmación de la junta de conciliación de que no se había podido alcanzar ningún acuerdo.
- 2.6 El autor interpuso una demanda ante el Tribunal de Distrito de Linz en la que denunciaba que había sido objeto de discriminación indirecta, lo que contravenía los artículos 4º, párrafo 1; 5, párrafo 2; y 9º, párrafo 1, de la Ley Federal de Igualdad de las Personas con Discapacidad. Con arreglo a dicha Ley, la discriminación “se produce cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros, así como las características de entornos específicos, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, [...] salvo que ello responda a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios”.
- 2.7 El 2 de mayo de 2013, el Tribunal de Distrito consideró que la falta de un sistema de audio digital no constituía una barrera para la utilización de los servicios de transporte por las personas con deficiencia visual. El Tribunal señaló que la única información que se ofrecía visualmente a los pasajeros en las nuevas paradas de la línea 3 de tranvía era el tiempo restante hasta la llegada del siguiente tranvía y, excepcionalmente, la interrupción temporal o total del servicio. Consideró que esa información también se podía consultar en internet y era accesible para las personas con discapacidad visual dotadas de dispositivos con programas de reconocimiento de voz, y que el autor podía utilizar el tranvía sin la información que se proporcionaba a los pasajeros sin discapacidad visual. El Tribunal de Distrito resolvió que la falta de un sistema de audio digital no constituía una barrera de comunicación equivalente a una violación de la prohibición de discriminar. En consecuencia, la causa del autor fue desestimada y se le ordenó el pago de 674.35 euros en concepto de costas judiciales.

- 2.8 El autor recurrió la decisión del Tribunal de Distrito ante el Tribunal Regional de Linz. El 15 de julio de 2013, este último confirmó la decisión del Tribunal de Distrito por considerar que la información ofrecida visualmente en las paradas de la línea 3 de tranvía era “de importancia menor”, y que muy rara vez el autor dependería de ella.
- 2.9 El autor afirma que, si bien el horario del tranvía está disponible en Internet, él no tiene acceso inmediato a la información en tiempo real que necesita mientras viaja, y añade que la información que se ofrece visualmente a los pasajeros en las nuevas paradas de la línea 3 de tranvía es de suma importancia para él, porque no tiene ninguna ruta alternativa para realizar sus actividades cotidianas.
- 2.10 Conforme al artículo 502, párrafo 2, del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal Supremo no es competente para examinar casos en que el valor del litigio sea inferior a 5 000 euros. Por lo tanto, el Tribunal Regional es la máxima instancia de apelación y no se dispone de otros recursos internos en el caso del autor.²⁶⁷

Después de narrar los antecedentes, el autor señaló que el hecho de que el Estado no haya instalado un sistema de audio en la línea 3 del tranvía le impide acceder a la información que sólo está disponible visualmente. Asimismo, considera que esto constituye discriminación, ya que necesita asistencia externa para enterarse de la información gráfica que se encuentra en el tranvía.

El Estado austriaco –al presentar sus observaciones– señaló:

OBSERVACIONES DEL ESTADO PARTE SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y EL FONDO

- 4.6 El Estado Parte considera que mediante la Ley Federal de Igualdad de las Personas con Discapacidad ha adoptado medidas legales para cumplir con sus obligaciones dimanantes de la Convención: la Ley prohíbe la discriminación directa e indirecta y su principio fundamental es la “eliminación de barreras” absoluta. El artículo 6º, párrafo 5, de la Ley establece que solamente se considerarán entornos sin barreras los edificios y otras instalaciones, los medios de transporte, el equipo técnico, los sistemas de procesamiento de la información y otros aspectos de la vida configurados por el hombre que sean accesibles y puedan ser utilizados por personas con discapacidad sin dificultad especial ni necesidad de ayuda de otros. El Estado Parte considera que en el caso en cuestión, después de una evaluación exhaustiva y objetiva de los hechos, el Tribunal de Distrito de Linz y el Tribunal Regional de Linz concluyeron que, de conformidad con la Ley, el hecho de que no se hubiese instalado un sistema de audio en las paradas utilizadas por el autor no constituía discriminación indirecta contra él. Los tribunales fundaron sus conclusiones en el hecho de que por esas paradas solo circulaban tranvías de la línea 3 a intervalos periódicos de entre siete y ocho minutos. Dado que el horario habitual y las interrupciones y complicaciones de la circu-

²⁶⁷ Comité CDPD, Comunicación número 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014, aprobada en el 14º periodo de sesiones, 17 de agosto a 4 de septiembre de 2015, párrs. 1 y 2.

lación previsible y previstas también estaban disponibles en Internet para los pasajeros con ceguera, mediante un sistema de reconocimiento de voz, el sistema de audio solo sería útil en los casos de cancelación provisional o completa imprevisible, algo que es sumamente improbable y muy inusual. Habida cuenta de ello, los tribunales nacionales determinaron que la línea de tranvía no era accesible “únicamente con particulares dificultades y, en general, con asistencia externa” en el sentido del artículo 6º, párrafo 5, de la Ley, y que, por lo tanto, el autor no había sido objeto de discriminación indirecta.²⁶⁸

Básicamente sostuvo que no discriminaba al autor de la comunicación, ya que el sistema de audio no era tan necesario en la línea 3. Además, señaló que existían otros medios para que el denunciante se pudiera enterar de los imprevistos y demás temas relativos al tranvía.

Después de declarar parcialmente inadmisibles la comunicación, el Comité entró a analizar el fondo del asunto. La parte toral de su razonamiento y decisión es la siguiente:

EXAMEN DE LA CUESTIÓN EN CUANTO AL FONDO

8.6 En el presente caso, el Comité observa que la información disponible visualmente en las paradas de la línea 3 es un servicio complementario que tiene por objeto facilitar la utilización de la línea de tranvía, y que, como tal, esa información forma parte del servicio de transporte prestado. Por tanto, la cuestión que el Comité tiene ante sí es determinar si el Estado Parte ha adoptado o no medidas suficientes para garantizar que la información sobre los servicios de transporte proporcionados a las personas sin discapacidad también se ofrezca –en condiciones de igualdad– a las personas con deficiencia visual.

8.7 A este respecto, el Comité observa que Linz Linien GmbH comenzó a equipar las paradas de tranvía de la ciudad con sistemas de audio digital en marzo de 2004. En agosto de 2011, Linz Linien GmbH amplió el recorrido de la línea 3 de tranvía, pero no dotó ninguna de las nuevas paradas del sistema de audio digital, que los proveedores del servicio ya conocían y podrían haber instalado a un costo reducido en el momento de la ampliación de la línea. El Comité observa además el argumento del autor de que el sistema de audio le habría permitido a él y a otras personas con deficiencia visual acceder de forma inmediata a la información en tiempo real disponible visualmente en igualdad de condiciones con los demás, cosa que no permiten las alternativas que tienen a su disposición, a saber, diversas aplicaciones accesibles vía internet y el teléfono móvil y el sistema de emisión de mensajes de voz sobre la línea. Por tanto, el hecho de que el Estado parte no instalase el sistema de audio cuando amplió la línea de tranvía dio lugar a una denegación del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones y a las instalaciones y los servicios abiertos al público en igualdad de condiciones con los demás, lo que, por consiguiente, constituye una violación de los artículos 5º, párrafo 2; y 9º, párrafos 1 y 2 *f*) y *h*), de la Convención.²⁶⁹

²⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 4.

²⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 8.

Como se ve, el Comité determinó que la información gráfica del tranvía tiene por objeto facilitar el trayecto de las personas usuarias, por lo que se considera como parte del servicio prestado. Después de poner de relieve que el tranvía se había extendido sin dotar a las nuevas paradas con el sistema de audio digital, y de señalar que éste habría permitido al denunciante y a otras personas en su condición acceder a la información disponible visualmente en igualdad de condiciones que los demás, concluyó que el Estado austriaco había denegado el acceso a las tecnologías de la información y al transporte, estableciendo violaciones a la Convención.

Este caso es de los más recientes dictaminados por el Comité. Como se ha venido señalando a lo largo de este texto, las TIC juegan un papel importante en la prestación de servicios públicos o privados. En el presente caso se puso de manifiesto que sin un robusto sistema de audio era imposible que las personas con discapacidad accedieran en igualdad de condiciones que los demás a la línea 3 del tranvía austriaco. Estas asimetrías son las que se deben combatir. En cuanto los Estados implementan políticas generales deben tener en cuenta a las personas con discapacidad, de lo contrario se corre el riesgo de impedir su acceso a cualquier servicio en igualdad de condiciones que los demás.

El precedente del Comité resulta interesante y actual, ya que aborda el tema de las tecnologías de la información en el acceso al transporte. Ya se ha mencionado que éstas facilitan cualquier tarea en la vida cotidiana de las personas. En el asunto comentado se puso en claro que un sistema de audio podría haber mejorado la experiencia de las personas con discapacidad al usar el transporte público. En este sentido, se señala que los Estados deben llevar a cabo los esfuerzos necesarios para suprimir cualquier barrera que impida el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Es necesario que el criterio informador que oriente a las autoridades sea el del diseño universal. Si verdaderamente se desea construir una sociedad incluyente es menester tener en cuenta que se debe garantizar el verdadero ejercicio y operatividad de todos los derechos humanos de las personas, incluidos los de las personas con discapacidad.

IV. Conclusiones

Los Estados se encuentran fuertemente vinculados a proporcionar una protección reforzada a las personas con discapacidad. La dignidad de éstas requiere de una actuación gubernamental que tienda a eliminar cualquier desigualdad que puedan padecer. El ejercicio y operatividad de los derechos humanos y libertades fundamentales debe ser uno de los criterios informadores de las políticas públicas. No existe una verdadera sociedad incluyente si sólo algunas personas son las que pueden ejercer sus derechos y libertades sin barreras u obstáculos.

La Convención ha ido apuntalando un modelo en que se destierra, poco a poco, la marginación que han sufrido de manera histórica las personas con discapacidad. La existencia de normas generales que reconozcan derechos humanos no ha sido suficiente para suprimir las asimetrías en la sociedad. Es por ello que la Convención ha dotado a un grupo específico de personas de un elenco de derechos que les permite eliminar las barreras que impiden su participación en igualdad de condiciones en sociedad.

La accesibilidad se ha erigido como uno de los temas medulares cuando se habla de personas con discapacidad. La eclosión de las buenas prácticas urbanas y del diseño universal ha modificado la concepción al implementar infraestructura real o virtual. Esto no ha sido una excepción en el caso del transporte. Las TIC han coadyuvado a crear una mejor experiencia de viaje a las personas con discapacidad. Esto se ha dado a la par de los avances de la ciencia como en cualquier otro rubro de la sociedad.

Las TIC han ido mutando la concepción que se tenía de *accesibilidad*. Ahora los productos o servicios ofrecidos al público se apoyan en los avances de la ciencia para ser realmente eficaces. La accesibilidad a las nuevas tecnologías tiene que ser una de las tareas a cumplir por las instituciones públicas y privadas. Los videojuegos, el internet, la información, o cualquier otro tipo de conocimiento digital tiene que ser puesto a disposición de las personas con discapacidad. El Estado se encuentra constreñido a que así sea.

La implementación de las TIC en la accesibilidad al transporte es básica. Un imperfecto acceso a éste puede vulnerar una pluralidad de derechos a las personas con discapacidad. Es por ello que los avances de la ciencia tienen que ser explotados en favor de éstas. Una sociedad incluyente se caracteriza por construir un contexto de igualdad entre sus miembros.

Los criterios de los órganos especializados deben ser tomados en cuenta al planear, ejecutar y evaluar cualquier política. Las experiencias internacionales ayudan a reconocer avances o retrocesos en la lucha por crear una verdadera igualdad en la sociedad. El constante escrutinio del cumplimiento de la Convención y de las normas de *soft law* relacionadas es necesario. Si verdaderamente se desea eliminar las barreras que impiden que las personas con discapacidad se integren a la sociedad en igualdad de condiciones es necesario un permanente ejercicio de autocrítica.

v. Bibliografía

- Braille International. “¿Qué es el Braille?”. <http://www.braille.com.mx/queesbraille.htm> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- British Broadcasting Corporation. “Colombia: ganó el ‘No’ en el plebiscito por los acuerdos de paz con las FARC”. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537187> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- Comité CDPD. Comunicación núm. 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014, aprobada en el 14° periodo de sesiones, 17 de agosto a 4 de septiembre de 2015.
- , Observación General núm. 2. CRPD/C/GC/2, aprobada en el 11° periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014.
- Comunica RSE. “Innovador proyecto para crear *Tablet* en braille”. 27 de enero de 2016. <http://www.comunicarseweb.com.ar/noticia/innovador-proyecto-para-crear-tablet-en-braille> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- Constitución Política de Colombia, promulgada el 4 de julio de 1991.
- Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.
- Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras (Fondo)”. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.
- Decreto Promulgatorio del Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso, adoptado en Marrakech el 27 de junio de 2013. *Diario Oficial de la Federación*, 29 de septiembre de 2016. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5454667&fecha=29/09/2016 (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- Díez Alegre, Isabel. “La accesibilidad en los videojuegos: una asignatura pendiente”. *Revista Española de Discapacidad*, núm. 2 (diciembre de 2013):ISS.
- Federación Española de Deportes de Personas con Parálisis Cerebral y Daño Cerebral Adquirido <http://www.fedpc.org/noticias.asp?id=225> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- García Aznárez, Francisco. “La accesibilidad en el transporte”. *Revista Ingeniería y Territorio*, núm. 63 (2003):34.
- Gento Municio, Ángel Manuel, y Juan Luis Elorduy González. “Análisis de la accesibilidad física en el transporte público en autobús en la ciudad de Valladolid”. *Revista Española de Discapacidad*, núm. 1 (2016):137.
- González Martín, Nuria. “Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120 (septiembre-diciembre de 2007):952.
- González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

- Guillamón, Juan. “La accesibilidad, reto profesional y exigencia social”. *Revista Ingeniería y Territorio*, núm. 63 (2003):8.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Censo de Población y Vivienda*. México: INEGI, 2010.
- Juncá Ubierna, José Antonio. “Buenas prácticas en accesibilidad universal”. *Revista Ingeniería y Territorio*, núm. 63 (2003): 16-23.
- Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989.
- Kelvey, Jon. “The Blind Deserve Tech Support, Too. Why don't tech companies care more about customers with disabilities?” *Slate*, Sec. Technology, 9 de octubre de 2015. http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2015/10/tech_companies_should_care_more_about_customers_with_disabilities.html (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- La Unión Mundial de Ciegos. “Día internacional de la alfabetización 2016”. <http://www.worldblindunion.org/Spanish/News/Pages/El-Di%CC%81a-Internacional-de-la-Alfabetizacio%CC%81n-2016.aspx> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949.
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, del 30 de mayo de 2011 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada el 17 de diciembre de 2015).
- North Carolina State University. “Los principios del diseño universal”. *El Centro para el Diseño Universal*. (1997). <http://www.ub.edu/integracio/docs/normativa/internacional/PrincipisDisenyUniversal.pdf> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- Organización de las Naciones Unidas. “Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”. <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=24&pid=787#iq3> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- . *Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo*. Ginebra: ONU, 2007.
- Organización Mundial de la Salud. *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Ginebra: OMS, 2011.
- Organización Nacional de Ciegos Españoles. *Discapacidad visual y autonomía personal*. Madrid: ONCE, 2011.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 13 de diciembre de 2006.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016 en materia constitucional, “Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro xxxiii, t. 2 (agosto de 2016), 633.
- Wikipedia. “Boccia”. <https://es.wikipedia.org/wiki/Boccia> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

- “Diseño universal”. https://es.wikipedia.org/wiki/Dise%C3%B1o_universal (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- “Boccia virtual, un videojuego del CRE”. *Diario de León*, 31 de julio de 2011. http://www.diariodeleon.es/noticias/revista/boccia-virtual-videojuego-cre_622212.html (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- “Instalan en los autobuses un sistema de audio para discapacitados visuales”. *El Mundo*, Sec. Sociedad, 9 de febrero de 2011. http://www.elmundo.es/elmundo/2011/02/09/andalucia_malaga/1297270473.html (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- “La plantilla con la que personas invidentes podrán votar en plebiscito”. *El Tiempo*, Sec. Proceso de Paz, 8 de septiembre de 2016. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/tarjeton-del-plebiscito-para-personas-invidentes/16695950> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).
- “Transmilenio inició la campaña ‘Me Movilizo con Braille’”. *El diario bogotano*, Sec. Mi ciudad, 30 de septiembre de 2016. <http://www.eldiariobogotano.com/transmilenio-inicio-la-campana-me-movilizo-con-braille/> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2016).

ARTÍCULOS GANADORES

Análisis legislativo y jurisprudencial de la antinomia constitucional en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental

Héctor Iván Ruiz Aguirre*

Consejería Jurídica y de Servicios Legales de la Ciudad de México
Ciudad de México, México
probono.mexico@gmail.com

Recibido: 14 de octubre de 2016.

Dictaminado: 9 de noviembre de 2016.

* Es licenciado en Derecho con Máster en Derechos Humanos. Cuenta con diversos diplomados y ha recibido varios premios de ensayo. En 2005 obtuvo el primer lugar en el Certamen de Debate Político del Instituto Mexicano de la Juventud, etapa Distrito Federal. En 2007 y 2008 fue consultor e investigador externo del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y ha sido asesor del director ejecutivo de Investigaciones Jurídicas del Instituto de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.



Resumen

El presente artículo partirá del recuento y discusión crítica sobre siete de los ordenamientos jurídicos más relevantes a nivel federal y local de la Ciudad de México, relativos a los derechos de las personas con discapacidad mental o psicosocial, a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También expondrá el texto más rico que se pudo extraer de los criterios sostenidos en 10 tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es de recalcar que las referencias a los *incapaces* y a la *invalidéz* presentes en nuestra ley de leyes, tiene una honda resonancia en el sistema jurídico, ya que las expresiones resultantes (los *incapacitados* y los *inválidos*) resultan ajenas al nuevo modelo social y de derechos humanos que ha receptado la misma Constitución.

Por ello, mientras no se reforme la Constitución Política, en la parte que prevé a los *incapaces* –regulando excepciones procesales en el amparo–, o la *invalidéz* –previéndola como una figura del sistema de seguridad social–, cualquier norma que emane directa o indirectamente de ella podría asumirse aparentemente justificada en la impropia gramática constitucional antes referida.

Palabras clave: discapacidad, mental, psicosocial, constitución, antinomia.

Abstract

The present article will start from the count and critical discussion about the most relevant legal system at federal and local levels of Mexico City, concerning the rights of people with mental or psychosocial disabilities, thought article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Will also be exposed the richest text that could be extracted from the criteria sustained in ten theses of the Supreme Court of the Nation.

It should be emphasized that the references to the “incapable” and “disability” presented in our Law of Laws, has a deep resonance in the legal system, given the resulting expressions (“disabled” and “invalid”) is foreign to the new social and human rights model that has received the own Constitution.

Therefore, until the political constitution is reformed, in regards to the part that provides for the “incapable” (regulating procedural exceptions in the legal protection “amparo”) or “disability” (anticipating it like a figure in the social security system), any rule emanating directly or

indirectly from it could be assumed apparently to be justified in the improper constitutional grammar mentioned previously.

Keywords: disability, mental, psychosocial, constitution, antimony.

Sumario

I. Introducción; II. Desarrollo del tema; III. Conclusiones; IV. Bibliografía.

I. Introducción

En este trabajo se tiene presente que los derechos humanos participan de la posición de supremacía, en relación con el artículo 1° de la Carta Magna, que proscribe la discriminación en todos los órdenes de gobierno, de lo cual deriva que no sean disponibles en su núcleo esencial para los poderes constituidos.²⁷⁰

En el umbral de dicha indisponibilidad presentamos un diagnóstico que iniciará explorando el grado de consideración de las personas con discapacidad mental o psicosocial, desde el punto de vista de las previsiones presentes en las normas vigentes aplicables en esta materia.

Establecida la ruta anterior, el siguiente peldaño por superar ha sido el diseño de un método complementario a la exploración legislativa, que permita articular a las normas legales con su interpretación en sedes jurisdiccionales, respaldando las conclusiones finales en cada *argumentum facti*²⁷¹ sobre los principales *retos* que presenta el “igual reconocimiento como persona ante la ley”²⁷² de las personas con discapacidad mental o psicosocial.

Esta búsqueda de un argumento *realista* que supere el mero diagnóstico sobre el *deber ser* contenido en las normas de cualquier jerarquía, nos permite citar a Miguel Carbonell cuando expuso

²⁷⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, tesis de jurisprudencia P./J. 83/2007 en materia constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxvi, diciembre de 2007, 984.

²⁷¹ Esta clase de demostración de los hechos no se confunde con los *signum veritatis*, que en la criteriología jurídica se les distingue por ser la última de las señaladas, una mera descripción de ciertos signos de la realidad (o la verdad empírica), pero sin llegar a la contundencia que tiene el *argumentum facti*, que es un proceso de elevación de esos signos, al nivel de realidad jurídica y por ende, digna de una consideración de verdad legal que no tienen los resultados de las encuestas, los *focus groups* o los *estudios de caso*.

²⁷² Esta es la denominación que recibe el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que regula el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

sobre estos temas una aguda crítica a la realidad nacional, con estas palabras: “en México en particular, no basta con conocer las normas jurídicas para poder obtener rendimientos prácticos”.²⁷³

Este ensayo de investigación, en su modalidad de artículo, busca lograr esos *rendimientos prácticos*, es decir, no realizará únicamente un análisis legislativo –básicamente estático– sino uno dinámico que verse sobre las distintas decisiones jurisprudenciales y algunos de los tópicos más relevantes vinculados con los aspectos centrales y satelitales del estado de interdicción, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Miguel Carbonell fortalece la necesidad de esta clase de argumentación diacrítica, con este agudo pronunciamiento: “Junto con los textos normativos se requiere la generación de interpretaciones garantistas que las hagan valer frente a, y a veces en contra de, los órganos públicos”.²⁷⁴

El *quid* del método elegido en este ensayo es el mencionado *hacer valer* a que se refiere el investigador citado, pues la realidad del Estado de derecho está en su eficacia para utilizar la *lex gladius* que el supremo poder constituyente y los poderes legislativos constituidos le han entregado a las y los impartidores de justicia (*iudex auxiliaris themis*), para proteger a todas las personas frente a los abusos o desvíos de quienes no están en situación de vulnerabilidad.

Concluyendo su postura al tenor de lo expresado, Miguel Carbonell remarcó con esta afirmación que viene a validar nuestro método de documentación aplicada: “La batalla importante que hay que dar [...] es la de la interpretación constitucionalmente adecuada. Dicha interpretación será la que nos permita trasladar los mandatos más o menos ambiguos de las normas jurídicas hasta nuestra realidad cotidiana”.²⁷⁵

El presente estudio ha encontrado que la metodología adecuada para responder a esta perspectiva del prominente investigador en cita, es la denominada *investigación jurisprudencial*. Este método especializado cuenta incluso con un interesante Manual para su ejecución profesional, elaborado por José Ramón Narváez,²⁷⁶ del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

²⁷³ Miguel Carbonell, *Instrumentos jurídicos internacionales en materia de no discriminación* (México: Conapred, 2006), 16.

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ *Ibíd.*

²⁷⁶ El autor mencionado publicó el “Manual para la Investigación Jurisprudencial”, <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/documentos/manual-jurisprudencial.pdf> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).

Adoptando este sistema eficiente de recolección de datos, el presente material partirá del recuento y discusión crítica sobre los ordenamientos jurídicos más relevantes a nivel federal y local de la Ciudad de México, relativos a los derechos de las personas con discapacidad mental o psicosocial, a la luz de la CDDP, reflejada en dos conceptos que las discriminan *de jure* y *de facto*,²⁷⁷ y de forma selectiva, también expondrá el texto más rico que se pueda extraer de los criterios sostenidos por el Poder Judicial de la Federación, ya sea en su vertiente de *ratio decidendi*²⁷⁸ u *óbiter dicta*²⁷⁹ de cada tesis ubicada en el sistema IUS de la Suprema Corte.

Es pertinente señalar que el autor de este proceso de investigación ecléctica ha realizado el esfuerzo de seleccionar de entre más de un millar de resultados en el sistema IUS, los concernientes al *juicio de interdicción* y/o el *estado de interdicción*, y de manera complementaria ha elegido algunas tesis que versan sobre la *incapacidad* y sobre la *locura*, para darle mayor especificidad al tema de la discapacidad mental o psicosocial.

También es cierto que dichos criterios jurisprudenciales se han mantenido al máximo de lo posible, dentro de su contexto jurídico y/o marco explicativo, sin embargo, también se ha logrado debatir aspectos subyacentes con ocasión de invitar a la comprensión de otros tópicos que no pueden ser reducidos a simples epifenómenos de la salud mental.²⁸⁰

II. Desarrollo del tema

En nuestro país, la legislación nacional más relevante que puede esgrimirse ante los tribunales, organismos constitucionales autónomos y demás entidades y dependencias públicas, principalmente para la defensa de casos relacionados con las personas con discapacidad mental o psicosocial, es la siguiente:

²⁷⁷ Estos conceptos son: *incapaces e inválidos*, que se proyectan para su estudio más allá del aspecto semántico a las instituciones jurídicas de la *incapacidad*, ya legal, ya natural, y del seguro de *invalidez*, propios del derecho civil, laboral y de seguridad social.

²⁷⁸ Esta primera expresión se refiere a las argumentaciones que el juzgador esgrime como premisas indirectas para arribar a una conclusión en la lógica deóntica, que de algún modo se pueden llamar *secundarias* o *perimetrales*, pero no *insubstanciales*.

²⁷⁹ Esta segunda expresión alude a las razones que el juez tuvo directa e inmediatamente para llegar a un resultado demostrativo, dentro de las operaciones lógicas de una sentencia. Son las premisas *mayor y menor* del silogismo clásico.

²⁸⁰ Con suma preocupación nos hemos percatado dentro del proceso de investigación propio de este artículo, que la discapacidad mental sigue siendo confundida o incluso fusionada con la discapacidad intelectual, a veces por especialistas. Para probar esta afirmación, consúltese el siguiente texto: "Hemos observado en nuestros trabajos diarios y en nuestras propias vidas personales las diversas situaciones y contextos en que las personas con discapacidad mental (discapacidad intelectual o discapacidad psíquica) son frecuentemente estigmatizadas, discriminadas y marginadas de la sociedad chilena". Véase Alberto Minoletti *et al.*, *Derechos humanos de las personas con discapacidad mental: Diagnóstico de la situación en Chile* (Santiago de Chile: Facultad de Medicina de la Facultad de Chile y Organización Panamericana de la Salud, 2016), <http://www.observatorioidiscapacidadmental.cl/wp-content/uploads/2014/05/informe-ODDHPDM-final.pdf> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2017).

1. *Constitución General o Política de los Estados Unidos Mexicanos*, (la que puede ser considerada elemental desde su artículo primero, que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad u otras categorías sospechosas, o bien, que tratándose de los tópicos pendientes relacionados con la discapacidad mental o psicosocial, es de resaltar que aún se encuentran reguladas en forma no convencional, expresiones tales como *los incapaces*, en su artículo 107 y *la invalidez*, en su artículo 123, configurándose las primeras dos antinomias principales de esta investigación).

La primera expresión debe dar lugar a debatir sobre las expresiones que podrían llegar a sustituir aquéllas que se consideran anacrónicas o discriminatorias, pues hasta el momento son más los actores que piden su simple eliminación que aquéllos que proponen opciones para su eventual sustitución o superación. Sabemos que la sociedad y la comunidad especializada ha venido buscando homologar la expresión *personas con discapacidad* en lugar de *incapaces* o *inválidos* (por usar los ejemplos encontrados en nuestra ley fundamental), pero la verdad es que el asunto es más complejo que cambiar palabras por otras políticamente correctas, ya que también se trata de instituciones jurídicas de grueso andamiaje e histórica raigambre. En el primer caso, para dejar de expresarnos sobre una persona con discapacidad mental o psicosocial como un *incapaz*, hay que buscar el fundamento constitucional del término, y lo vamos a encontrar, como ya lo señalamos, en la misma Carta Magna (artículo 107). Esto significa que reformar los códigos civiles de la Ciudad de México y de las demás entidades federativas es una medida legislativa que puede lograrse en forma simultánea con la misma operación en la Ley Suprema, por ser la norma fundante de la que derivan todas las demás y por la jurisprudencia reciente sobre la aplicación de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la misma Constitución.²⁸¹ Nuestra propuesta en este punto podría beneficiar a las personas con discapacidad mental, ya que sobre ellas recae injusta y mayoritariamente²⁸² la figura jurídica del derecho civil denominada *incapacidad*.

²⁸¹ Derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia.

Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por lo tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución federal, como en los tratados internacionales, “debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; *en el entendido de que* cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”. Véase SCJN, Primera Sala, tesis de jurisprudencia 1a./J. 29/2015 en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 17, t. I, abril de 2015, 240.

²⁸² Es pertinente reconocer que a las personas con discapacidad intelectual se les tiene en una situación similar (no idéntica) de discriminación que a las personas con discapacidad mental o psicosocial. Este ensayo busca, de hecho, sentar las bases para marcar esas sensibles diferencias.

En lugar de dicha figura podría partirse de una paráfrasis practicada a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, misma que al contemplar sustancialmente los términos *apoyo* y *salvaguardias* dentro del reconocido artículo 12 que versa sobre la capacidad jurídica, permitiría proponer que en lugar de *incapaces* puedan estudiarse las siguientes alternativas para ser adicionadas al texto constitucional del artículo 107:

- a) Personas en situación de apoyo para la toma de decisiones;
- b) personas en estado de salvaguardias legales/jurisidiccionales;
- c) personas que requieren el modelo civil asistencial, o
- d) personas con salvaguardias estatales.

Sabemos que estas propuestas pueden generar debate crítico, y ese es un requisito de los artículos en concurso, pero cualquiera de ellas resulta más acorde con el modelo social del tratado internacional que regula la materia de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial. Además, si logramos que la propia Carta Magna prevea esa denominación, se daría una especie de rango constitucional reflejo a los modelos de sistema de apoyo para la toma de decisiones, cuyos proyectos cada vez más avanzados buscan regular la nueva concepción de la capacidad jurídica plena e ilimitada para todas las personas con discapacidad.

Además, la técnica constitucional sugiere un mecanismo de reforma consistente, en el que primero se debería modificar la Constitución y luego se podrían derogar instituciones jurídicas –como el juicio de interdicción– para abrir paso a otras más actuales con el nuevo modelo social y de derechos humanos de las personas con discapacidad. Este punto parece no estar contemplado en las discusiones actuales sobre el eventual modelo de apoyo en la toma de decisiones, ya que lo previsto es producir cambios en la normatividad civilista, sin haber hecho reparo en este trascendental punto de inflexión constitucional (antinomias propiamente).

Por otro lado, es importante hacer mención que, hasta el momento, no existe autor que haya puesto de relieve que *el reconocimiento de la personalidad jurídica* está previsto en el texto constitucional (artículo 29), como una categoría de los derechos humanos que no pueden restringirse ni suspenderse en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. Por lo tanto, aplicando el derecho constitucional con perspectiva de discapacidad, si tales situaciones extremas o catastróficas no pueden afectar el derecho a la personalidad que tienen todos los mexicanos, debería plantearse la inconstitucionalidad del estado de interdicción con base en la misma Constitución de la república (y el espíritu del Constituyente presente en dicho numeral) y no solamente con base en la CDPD y su artículo 12.

También es cierto que son comunes las voces que se levantan contra la expresión *inválidos*, que se encuentra en el artículo 123 como una institución jurídica médico-laboral preeminente. Es frecuente la petición de llamarles *personas con discapacidad*, en lugar de *inválidos* o *inválidas*, pero no vemos iniciativas que busquen desaparecer la situación de *invalidez* como categoría certificada por la medicina del trabajo del Instituto Mexicano del Seguro Social o del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.²⁸³ Es decir, los peritos que emiten los respectivos *dictámenes de invalidez* podrían seguir llamándole así mientras la Constitución y las leyes sigan acogiendo tales conceptos heredados del modelo médico o sanitario.

Para seguir la misma ruta que usamos al discurrir sobre el concepto de *incapacidad*, ahora que estamos frente al concepto de *invalidez*, y en aras de presentar un trabajo que recoja propuestas de la comunidad especializada o de la arena jurisdiccional, en este artículo pensamos que algunas opciones ya conocidas para sustituir esta figura jurídica del derecho de la seguridad social son las siguientes:

- a) Discapacidad/seguro/pensión de discapacidad;
- b) diversidad funcional/seguro/pensión de diversidad funcional, o
- c) déficit funcional/seguro/pensión por déficit funcional.

Estas propuestas aparecen en el orden el que se pueden preferir, toda vez que resulta más económico en el lenguaje referirse, por ejemplo, al *seguro de discapacidad* (en lugar del *seguro de invalidez*) o la *pensión por discapacidad* (en lugar de la *pensión por invalidez*), que otras posibles combinaciones con las expresiones compuestas de los incisos *b* y *c* que alargan innecesariamente la nomenclatura técnica.

2. Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad

Debido a su contexto reciente, esta ley no utiliza las expresiones *invalidez* ni *inválido* o *inválida*. Tampoco lo hace con las voces *incapaz* o *incapacitado* o *incapacitada* cuyas alusiones en el texto constitucional ya están repasadas.

Podemos ver también que la palabra *mental*, para los efectos de la categoría en que se inscribió este ensayo, la tenemos presente en las definiciones que aporta el artículo 2° de este ordenamiento, entre las cuales se puede destacar a la definición de *personas con discapacidad*, en cuyo texto se conciben deficiencias de cuatro tipos, entre ellas, la *mental*.

²⁸³ Véase que no es lo mismo retirar el concepto de los *usos lingüísticos* que retirar el mismo concepto de los dictámenes médico-legales.

La expresión *psicosocial*²⁸⁴ tampoco está presente, de modo que al observar sus capítulos y contenidos principales podemos afirmar que se trata de una ley especializada en el tema de la discapacidad, en la que la palabra que más se repite en su cuerpo legal es la *inclusión* con respecto a todos y cada uno de los derechos en ella reconocidos de forma enunciativa y no limitativa.

En una apreciación crítica para la materia que nos interesa en esta investigación focal, podemos advertir que el artículo 2º, fracción IV, que define a las *ayudas técnicas*, no tuvo a bien contemplar a las deficiencias *mentales*, pues es desconocido para la mayoría de las legislaturas del país, e incluso para sus asesores letrados, que las personas con discapacidad mental o psicosocial también pueden requerir de este tipo de ayudas o dispositivos (por ejemplo, los pastilleros dotados de varias alarmas programables a lo largo del día y que cuentan además con diversos compartimentos para organizar la dotación diaria, semanal o mensual que requieren para su recuperación y rehabilitación, las personas con cualquier diagnóstico psiquiátrico o discapacidad psicosocial).

3. Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal

Esta ley representa, igual que la ley anterior, un ejemplo claro de la poca atención real que existe para las personas con discapacidad mental o psicosocial. Naturalmente no vamos a encontrar en esta ley conceptos desusados en el tema de la discapacidad, pues es de cuño reciente, sin embargo, sí podemos demostrar que esta ley local ni siquiera contempló a las personas con discapacidad mental dentro de su definición de *personas con discapacidad* contenida en el artículo 4º, fracción XIII, y hasta la fecha no sabemos de alguna iniciativa de ley para adicionar (y corregir) esta grave omisión.²⁸⁵

Es importante señalar que la CDPD cuenta con una enumeración muy clara de los diferentes tipos de discapacidad, por lo que muy probablemente estamos frente a una confusión legislativa respecto a lo que debe entenderse y lo que no debe entenderse como discapacidad intelectual. De hecho, la ley que regula esta misma materia en el Estado de México define a la discapacidad *mental* como lo debería hacer con la discapacidad *intelectual*, de modo que no se trataría de la

²⁸⁴ Dada la naturaleza del método de documentación elegido en esta investigación, es pertinente indicar que la expresión *psicosocial* está limitada hasta la fecha, en la arena jurisprudencial, a los casos ventilados sobre *sexo psicosocial* dentro del derecho a la reasignación sexo-genérica. Por lo tanto, la expresión es válida entre especialistas del sector de la discapacidad, aún y cuando no se recogió el término aludido en el proyecto de Constitución Política de la Ciudad de México que envió el jefe de Gobierno a los diputados constituyentes.

²⁸⁵ Esta ley enumera las deficiencias parciales o totales en sus facultades *físicas, intelectuales o sensoriales*. Por lo que la discapacidad mental quedó fuera de sus contemplaciones expresas.

primera legislatura que practica un tratamiento confuso de ambas discapacidades. De hecho, líneas arriba, en este mismo ensayo hemos dado la referencia de un artículo extranjero editado por la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile y la Organización Panamericana de la Salud,²⁸⁶ que pugna por la división de la discapacidad mental en *intelectual* y en *psíquica*, contrariando a la misma CDPD.

4. Ley de Salud Mental del Distrito Federal

Se trata de una ley cuyo artículo 1º, fracción I, dispone que su objeto estará orientado a los derechos humanos y a la perspectiva de género. No obstante, a pesar de que fue publicada en el año 2011 –y por ello es una de las más recientes en estudio– resulta que en ninguna parte de su texto utiliza la expresión compuesta y más recientemente acogida de *discapacidad psicosocial*, por lo que no alcanza a superar la prevalencia del modelo médico.

Muy sobresaliente es el hecho de que en su artículo 6º, fracción VI, se contempla inapropiadamente la figura del *incapaz*, aun tratándose de un acto legislativo coetáneo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Ya se dijo que la *incapacidad* lo mismo está prevista como una institución anacrónica del derecho civil, lo mismo se regula como una figura del derecho de la seguridad social, en la que se involucra la medicina del trabajo.

Por ello, mientras no se reforme la Constitución Política, en la parte que prevé la terminología de *incapaces* (regulando excepciones procesales en el amparo), cualquier norma que emane directa o indirectamente de ella podría asumirse aparentemente justificada en la impropia gramática constitucional, razón por la cual se propone impulsar la reforma concerniente para superar la antinomia ya precisada.

5. Código Civil del Distrito Federal

Este Código contiene una previsión que debería esgrimirse con mayor frecuencia, y que resalta por su correspondencia con la perspectiva de género, pues el artículo 2º de este importante ordenamiento reconoce la capacidad jurídica como igual para el hombre y para la mujer y acto seguido prohíbe la negación de cualquier derecho por razón de discapacidad o estado de salud.

²⁸⁶ Véase nota núm. 280.

En estos términos, el artículo en cita nos obsequia una nueva antinomia, a nivel del Código Civil, ya que su artículo 23 señala que las y los *incapaces*²⁸⁷ pueden ejercitar sus derechos o contraer sus obligaciones *por medio* de sus *representantes*, lo que viene a discriminar a las personas con discapacidad mental, por razón de su *discapacidad* (psicosocial) o por *enfermedad* (mental), y eso es precisamente lo que prohíbe este cuerpo normativo. Por lo tanto, necesitamos juezas y jueces que invoquen este principio de igualdad y profesionales del derecho que lo argumenten en juicio, con mayor frecuencia y contundencia.

6. Código Penal para el Distrito Federal

Los artículos 42 y 326, fracción III, prevén las figuras de *incapacidad*. No regula la figura de la *invalidez*, pero sí establece la institución de la *inimputabilidad*, referida a las personas con *trastornos mentales* (discapacidad mental o psicosocial) o con *desarrollo intelectual retardado* (expresión difusa que tiene un vector conceptual principal hacia la discapacidad intelectual).

Esta figura no se profundiza por estar proyectada en el campo del proceso penal y debido a que en esta materia se han venido especializando importantes asociaciones civiles con estudios de caso y entrevistas a personal judicial y penitenciario.

7. Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal

Esta ley local prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad y de hecho, contiene la expresión *salud mental* en su artículo 31, fracción IX, lo que la coloca como una norma funcional para el tema que nos ocupa, aunque con un alcance expreso de tipo médico-asistencial.

Hasta aquí la exploración legislativa, ya que una vez dadas las reglas que marcan un determinado límite a la extensión de nuestro reporte, basta señalar que las normas que fueron estudiadas son las que, desde una perspectiva de discapacidad, más se acercan a nuestro objetivo de estudio previamente delimitado.

En esta tesitura recordemos lo antes dicho: que para la obtención de conclusiones útiles, éstas deben permitir el paso a una operación de rastreo de la realidad jurisdiccional (los casos que se han ventilado en los tribunales de la federación y que han venido interpretando a la legislación

²⁸⁷ La redacción con lenguaje inclusivo o no sexista no corresponde al Código Civil vigente.

civil), tomando en cuenta cada rubro, segmento, temática específica o expresión literal que se desprende de la metodología elegida.

La expresión *discapacidad*, para partir de esta noción básica, tiene 79 casos jurisdiccionales solucionados y presentes en el sistema IUS de la SCJN, los cuales se gestaron con las últimas reformas constitucionales en materia de derechos humanos, y que se refieren a la CDDP y al principio de no discriminación de una forma relevante y unívoca.

Este caso resuelto por el máximo garante de la Constitución y cabeza del Poder Judicial de la Federación contiene una interpretación jurídica –histórica, teleológica y funcional– de la concepción jurisdiccional de *discapacidad*, que ilustra plenamente la responsabilidad social que tenemos todos para rediseñar las instituciones que inciden en la vida de las personas con discapacidad.

La concepción jurídica sobre la discapacidad ha ido modificándose con el devenir de los años: en principio existía el modelo de *prescindencia* en el que las causas de la discapacidad se relacionaban con motivos religiosos, el cual fue sustituido por un esquema denominado *rehabilitador, individual o médico*, en el cual el fin era normalizar a la persona a partir de la desaparición u ocultamiento de la deficiencia que tenía, mismo que fue superado por el denominado modelo *social*, el cual propugna que la causa que genera una discapacidad es el contexto en que se desenvuelve la persona. Por lo tanto, las limitaciones a las que se ven sometidas las personas con discapacidad son producidas por las deficiencias de la sociedad de prestar servicios apropiados, que aseguren que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en consideración. Dicho modelo social fue incorporado en nuestro país al haberse adoptado la CDDP de 2006, la que contiene y desarrolla los principios de tal modelo, los cuales en consecuencia gozan de fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico. Así, a la luz de dicho modelo, la discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la organización social genera, al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con diversidades funcionales, por lo que puede concluirse que las discapacidades no son enfermedades. Tal postura es congruente con la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que ha provocado la creación de ajustes razonables, los cuales son medidas paliativas que introducen elementos diferenciadores, esto es, propician la implementación de medidas de naturaleza positiva –que involucran un actuar y no sólo una abstención de discriminar– que atenúan las desigualdades.²⁸⁸

²⁸⁸ SCJN, Primera Sala, tesis aislada, “Discapacidad. Su análisis jurídico a la luz del modelo social consagrado en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XVI, t. 1, enero de 2013, 634.

Como puede verse, la discapacidad presenta una evolución histórica definida por modelos conceptuales bien diferenciados y que dada esa misma evolución, debemos responder con esfuerzos mayúsculos desde cada trinchera posible, para compensar las inminentes desventajas del pasado, que todavía se hacen presentes²⁸⁹ y para ello, la principal batalla que puede perseguirse es una interpretación adecuada (*vide supra*).

Ahora bien, sería imposible decantar todas las tesis en las que la palabra *discapacidad* está presente, además ellas tratan sobre los diferentes tipos de discapacidad y de acuerdo con las regulaciones de esta investigación debemos perfilarnos hacia una discapacidad en concreto.

Por ende, hemos elegido las que pueden relacionarse de manera apropiada con el hallazgo más relevante de este trabajo con respecto a los conceptos anacrónicos que están presentes en la Constitución y que deben ser removidos por presión social y acogida del Constituyente permanente, antes o simultáneamente con los proyectos relativos al modelo de apoyo para la toma de decisiones.

En este sentido, es de recalcar que las referencias a los *incapaces* y a la *invalidéz* presentes en nuestra Ley de Leyes, tiene una honda resonancia en el sistema jurídico, ya que a partir de esas expresiones, se coligen otras de tipo discriminatorio, tales como “los incapacitados” y “los inválidos”, las cuales resultan ajenas al nuevo modelo social y de derechos humanos que ha receptado la propia Constitución.

Para ilustrar esta selección de criterios jurisdiccionales,²⁹⁰ se ha procedido a resaltar en ellos la materia de cada comentario, respetando su contexto y estructuración, del siguiente modo:

²⁸⁹ Nos dice un Tribunal Colegiado en Materia Civil que: “porque no puede decirse que la enfermedad o *locura* sean imputables al cónyuge que *desgraciadamente la padezca*”. Con esta clase de léxico, nos podemos dar cuenta de que el Poder Judicial todavía puede trabajar bastante en el uso de un lenguaje desprovisto de expresiones lastimeras o dolientes que lejos de conferir aprecio, refuerzan las visiones despreciativas o fatalistas. Véase Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada XIV.C.A.32 C en materia civil, “Divorcio. Clasificación de las causas que lo originan, en relación con el derecho a recibir alimentos (legislación del estado de Yucatán), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxxi, marzo de 2010, 2974.

²⁹⁰ Es importante indicar que aún y cuando se pueda llegar a tratar de casos que se hicieron públicos por su relevancia social en la arena de la discapacidad, no se expondrán los nombres de sus principales actores, siguiendo el mismo criterio de protección de datos personales que la SCJN adoptó en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Modelo social de discapacidad: Directrices para la interpretación del estado de interdicción en el Distrito Federal*, Decisiones Relevantes de la SCJN, 2014, 192.

ADOPCIÓN. CRITERIOS PARA EVALUAR EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES CUANDO ÉSTOS SEAN PERSONAS CON DISCAPACIDAD²⁹¹

Conforme al modelo social de asistencia en la toma de decisiones desarrollado por esta Primera Sala en el amparo en revisión 159/2013, la discapacidad no es producto de las diferencias del individuo, sino de las barreras sociales que limitan su posibilidad de participar e interactuar en el medio en igualdad de circunstancias. El modelo social de la discapacidad tiene como punto de partida que se debe proteger y garantizar la libre elección de la persona, fomentando el ejercicio de su libre autodeterminación conforme al grado de diversidad funcional que posea. En este orden de ideas, el modelo social también se refleja en procedimientos de adopción. Lo anterior indudablemente comporta un deber para el juzgador de promover y respetar la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad cuando se requiera su consentimiento para la adopción. En efecto, cuando quien deba consentir la adopción es una persona con discapacidad declarada judicialmente, el juez no puede soslayar la posibilidad de que manifieste su voluntad; por el contrario, debe evaluar cuidadosamente si ha expresado sus intenciones por sí misma en algún sentido, partiendo de que esta manifestación es susceptible de surtir efectos jurídicos.

Como se observa, esta tesis es de una claridad sobresaliente. En primer lugar, deja claro que la Primera Sala de la Suprema Corte ha *desarrollado*²⁹² en un estadio judicial, el modelo social de *asistencia en la toma de decisiones*. Esta anotación permite apoyar nuestra causa en este proceso de documentación, pues resalta el papel que tienen las juezas y los jueces del país para colmar lagunas y para darnos la *interpretación adecuada (vide supra)*. Asimismo, aclara la situación actual de que los *sistemas de apoyo para la toma de decisiones* todavía son un proyecto en la sociedad y en el seno de las instituciones protectoras de los derechos humanos en general, y de las personas con discapacidad, en lo particular.

También se destaca que esta tesis articula la nueva percepción social de la discapacidad con la *libre elección* y la *libre autodeterminación* como parte de la promoción y respeto de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, a las cuales se les reconoce plenamente la capacidad para expresar su voluntad en temas de adopción y para decidirla en un sentido o en otro, surtiendo esa voluntad expresada todos los *efectos jurídicos*.

²⁹¹ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. vii/2016 (10a.) en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 26, t. ii, enero de 2016, 959.

²⁹² “El progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. Por lo tanto, este desarrollo es un fenómeno común en todas las democracias avanzadas”. Véase Luigi Ferrajoli, “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”, *Justicia Electoral*, núm. 18 (2003), <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/18/drl/drl3.pdf> (fecha de consulta: 17 de noviembre de 2016).

En el mismo sentido, la misma Primera Sala de la SCJN abordó la toma de decisiones asistidas como parte del *igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la Ley*, para que ellas puedan ejercer *plenamente su capacidad jurídica*, en los siguientes términos:

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL MODELO SOCIAL DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES ENTRAÑA EL PLENO RESPETO A SUS DERECHOS, VOLUNTAD Y PREFERENCIAS²⁹³

De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 1 y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deriva el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley y la obligación del Estado para adoptar las medidas pertinentes para que puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica. En ese contexto, en el sistema de apoyo en la toma de decisiones basado en un enfoque de derechos humanos, propio del modelo social, la toma de decisiones asistidas se traduce en que la persona con discapacidad no debe ser privada de su capacidad de ejercicio por otra persona que sustituya su voluntad, sino que simplemente es asistida para adoptar decisiones en diversos ámbitos, como cualquier otra persona, pues este modelo contempla en todo momento la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, sin restringir su facultad de adoptar decisiones legales por sí mismas [...].

Resalta la prohibición que hace la Suprema Corte en el sentido de que no se debe *privar* de su capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad, de que otra persona no puede sustituir su voluntad y de que *simplemente* debe *asistirla* para adoptar sus *propias decisiones legales*.

Esto lo hace y lo debe hacer una persona con discapacidad mental o psicosocial *como cualquier otra persona*, de manera que no debería hablarse ya de “incapaces” ni de “inválidos” o “disminuidos”.

En lo que prosigue puede verse que en el mismo marco de la prohibición general de la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, se ha ventilado el problema jurídico de resolver lo que procede cuando se tenga la impresión de que resulta imposible *determinar la voluntad* de una persona con discapacidad, en la siguiente forma:

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE MEJOR INTERPRETACIÓN POSIBLE DE SU VOLUNTAD Y SUS PREFERENCIAS (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS I Y 12 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)²⁹⁴

De la interpretación sistemática y funcional de los artículos citados deriva que su objetivo principal es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. En ese sentido, cuando

²⁹³ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. CXIV/2015 (10a.) en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, t. II, marzo de 2015, 1102.

²⁹⁴ *Ibíd.*

pese a realizarse un esfuerzo considerable fuere imposible determinar la voluntad y las preferencias de la persona, la determinación del denominado “interés superior” debe sustituirse por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, ya que bajo este paradigma se respetan su autonomía y libertad personal y, en general, todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás. Así, cuando la persona con discapacidad hubiese manifestado de algún modo su voluntad, acorde con el paradigma de la mejor interpretación posible, habría que establecer y respetar los mecanismos necesarios para que esa manifestación no sufra detrimento o sea sustituida.

Como puede verse, esta tesis presenta dentro de su plausible conclusión, una expresión contradictoria en sí misma. En otras palabras, si *pese a realizarse un esfuerzo considerable fuere imposible determinar la voluntad y preferencias de la persona*, y esa misma tesis menciona que: la determinación del denominado interés superior debe sustituirse por la *mejor interpretación posible de la voluntad*, pues entonces se viola el principio lógico de no contradicción, ya que una cosa no puede ser posible e imposible a la vez.

Superada esta observación crítica, es de resaltar que al concluirse en términos prácticos que el interés superior será protegido y garantizado con la *mejor interpretación posible de la voluntad* de la persona con discapacidad, pues vemos en esta interpretación un criterio favorable para las personas con discapacidad mental o psicosocial, ya que se estaría superando la creencia de que una persona considerada paciente con brote psicótico, no podría expresar su voluntad, dada la aparente desconexión de la realidad y los frecuentes delirios y/o alucinaciones que la acompañan generalmente. Contrarios a ese prejuicio, en este trabajo afirmamos con total seguridad que una persona que presenta una enfermedad mental en términos de la CIE o Clasificación Internacional de las Enfermedades, puede expresar válidamente su voluntad, aun previamente a su medicación en casa o su control familiar u hospitalario. Así, esta interpretación jurisdiccional contribuye a negar y combatir el *desechamiento* o la *desestimación* de lo expresado por una persona con discapacidad mental o psicosocial por considerarse en forma fatalista una especie de *incoherencia* manifiesta.²⁹⁵

Por su parte, la siguiente tesis nos refiere que en el modelo asistencial para la toma de decisiones, no cabe la influencia indebida, por lo que está proscrito el argumento de superioridad intelectual o de supuesta sabiduría en la toma de decisiones.

²⁹⁵ Dice Mariana Lojo: "Para fines de este ensayo aceptaremos que el cerebro se enferma y que cuando esto pasa la persona “enloquece” y se ve impedida para ejercer su voluntad...”. (sic) Véase Mariana Lojo, “Cuando la voluntad se enferma”, *Dfensor*, núm. 11 (noviembre 2010): 20, http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_11_2010.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2016).

Veamos el criterio judicial:

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. PARA EVITAR QUE SUS TUTORES EJERZAN UNA INFLUENCIA INDEBIDA AL PRESTAR ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES, ES NECESARIO QUE LAS SALVAGUARDIAS INCLUYAN TAMBIÉN LA PROTECCIÓN CONTRA AQUÉLLOS²⁹⁶

De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1 y 12, párrafo cuarto, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva que el Estado debe proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir la influencia indebida, entre otras situaciones, que vulneran el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Ahora bien, aunque toda persona puede ser objeto de influencia indebida, este riesgo puede incrementarse en el caso de aquellas con discapacidad que dependen del apoyo de otras para tomar decisiones; sin embargo, en el modelo de asistencia en la toma de decisiones es de especial relevancia que quienes ejercen la tutela sobre personas con discapacidad sean especialmente cuidadosos en respetar la voluntad y las preferencias de éstas. En este sentido, es inadmisibles que adopten decisiones sustituyendo la voluntad de la persona con discapacidad en aras de buscar un mayor beneficio para ésta, ya que no es un modelo basado en la sabiduría para la adopción de la decisión, sino en la libertad de las personas para realizarlas y asumirlas y, por ende, este modo de actuar constituye una vulneración de los derechos de la persona con discapacidad, por lo que para garantizar el respeto de sus decisiones se requiere que las salvaguardias incluyan también la protección contra la influencia indebida de los tutores.

Estamos nuevamente frente a un nuevo argumento a favor de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o psicosocial, ya que con las salvaguardias adecuadas, que deben ser exploradas por los expertos del área de la psiquiatría y la psicología, se puede lograr conocer la voluntad de una persona con discapacidad, en aspectos relacionados con su salud, educación, trabajo, familia, etcétera.

Esto significa que resulta enteramente posible lograr que una persona, por ejemplo, con esquizofrenia paranoide o cualquier otro cuadro psiquiátrico grave, reconozca un patrón de ideas delirantes e incluso que acepte que tal o cual visión es en verdad una alucinación. Si la persona atendida lo sabe, y reconoce que puede estar siendo perseguida, pero también que puede no estar sujeta a persecución alguna, entonces se logra acercarla a la vivencia de una situación regular, en la que una determinada idea puede o no ser cierta, y por lo tanto, con la debida asistencia de quien tiene la convicción de que no hay actividad persecutoria de nadie ni por nada, ésta última la aconseje de tomar una decisión razonada, incluso antes de aceptar cualquier medicación o de que ésta surta efectos farmacocinéticos.

²⁹⁶ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. CXVI/2015 (10a.) en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, t. II, marzo de 2015: 1103.

Como puede verse, estamos planteando un caso de psicosis con sintomatología florida, para proponer que incluso en ese tipo de eventos y con ese grado de *alienación*, el tutor o la tutora puede *asistir* y no pretender *sustituir* a una persona con discapacidad mental o psicosocial y claro, con las debidas salvaguardias estatales y sociales, respetar la capacidad jurídica de toda persona con discapacidad mental.

La siguiente es una tesis bastante polémica y difundida, ya que un par de años atrás, la Corte vino a resolver de forma controversial un caso relacionado con el estado de interdicción y lo que ella expresó respecto a la posibilidad de que *la asistencia en la toma de decisiones no resulte suficiente* por una eventual *falta de autonomía mental severa*.

Veamos la materia del asunto:

ESTADO DE INTERDICCIÓN. ACORDE AL MODELO DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES, LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EXTERNARÁ SU VOLUNTAD, MISMA QUE SERÁ RESPETADA Y ACATADA²⁹⁷

A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acorde al modelo social de discapacidad consagrado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la determinación judicial que limite la capacidad jurídica deberá tomar en consideración la primacía de la autodeterminación libre de la persona, pues de lo contrario nos encontraríamos frente a un esquema de “sustitución en la toma de decisiones”, lo cual no sería adecuado en términos del instrumento internacional antes citado. Así, no debe confundirse el principio de mayor protección de la persona con discapacidad en aras de su mayor interés, con la prohibición de que la misma decida qué es lo que le beneficia, situación que redundaría de forma directa en el desarrollo libre de la personalidad, así como en el fomento de una vida autónoma y de una identidad propia, sin que deba restringirse la capacidad jurídica de una persona solamente porque la misma ha tomado una opción que la generalidad de la sociedad pudiese considerar o calificar como “no acertada”. Por tanto, mediante la adopción del modelo de “asistencia en la toma de decisiones”, la persona no debe renunciar al derecho a tomar sus propias decisiones, respetándose así su libertad de elección, ello mediante la asistencia en la toma de las mismas. Es decir, mediante dicho modelo, se deberán generar escenarios idóneos para que se asista a las personas con discapacidad, guiándolas y aconsejándolas para que tomen sus decisiones, pero una vez que en el caso concreto se ha determinado que la asistencia es necesaria y la persona con discapacidad ha sido asistida, la voluntad que la misma exprese deberá respetarse y acatarse, es decir, en el centro de las decisiones relativas a las personas con discapacidad, se encontrará la voluntad del individuo cuya capacidad ha de limitarse. Tal ayuda en la toma de decisiones no atiende a un modelo único, sino que deberá ser fijada por el juzgador en el caso en concreto, delimitando los alcances de la relación entre el individuo que asistirá en la toma de decisiones y la persona con

²⁹⁷ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCLII/2013 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 514.

discapacidad, precisando que las intervenciones en la voluntad de las personas con discapacidad deberán ser lo menos restrictivas posibles, favoreciendo aquellos esquemas que permitan en mayor grado la toma de decisiones y, por tanto, la mayor autotutela posible. Lo anterior no implica que no puedan existir escenarios en los cuales, el juzgador, una vez analizadas las diversidades funcionales de la persona y, por tanto, las discapacidades involucradas en el caso en concreto, determine que la asistencia en la toma de decisiones no es suficiente para asegurar la protección y el bienestar de quien tiene la discapacidad, ante lo cual, deberá nombrarse a alguien que tome las decisiones en lugar de la misma –por ejemplo, ante la presencia de una falta de autonomía mental severa que impida a la persona expresar su voluntad por cualquier medio–. Sin embargo, cabe señalar que tales escenarios son la excepción del esquema asistencial, ante lo cual, estos casos deberán sujetarse a un mayor escrutinio por parte del juzgador.

Como puede verse, ante esa supuesta falta de suficiencia en la asistencia en la toma de decisiones, de la persona con *falta de autonomía mental severa* se pensó que debía nombrarse a *alguien que tome las decisiones en lugar de la misma*, siendo esta una consideración inaceptable que vino a derrumbar la pretensión que se tenía sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad.

Es importante dejar en claro que esta tesis fue publicada en 2013 y que los primeros criterios aquí reseñados corresponden a 2015, de modo que resulta evidente que la interpretación judicial del juicio de interdicción ha venido evolucionando por la presión social de organizaciones y grupos sociales o entidades gubernamentales, en aras de garantizar la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Una tesis que también se publicó en 2013, y que no ha sido objeto de semejantes polémicas, es la siguiente:

ESTADO DE INTERDICCIÓN. DURANTE EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO, EL JUEZ DEBERÁ SOSTENER UNA SERIE DE PLÁTICAS CON LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, Y SI ÉSTA ASÍ LO DESEA, PODRÁ ELEGIR A UNA PERSONA DE SU CONFIANZA QUE LE ASISTA EN TALES DILIGENCIAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 904 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL)²⁹⁸

A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en aras de que el juzgador se allegue de la mayor cantidad de elementos para dictar una resolución en la que se declare a una persona en estado de interdicción, se torna indispensable que permita que la persona con discapacidad externé su opinión sobre el juicio correspondiente. Sin embargo, la participación de tal persona no se deberá limitar a lo anterior,

²⁹⁸ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCL/2013 (10a.) en materia civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 517.

sino que además, es fundamental que el juzgador tenga contacto directo con la misma, esto es, la evaluación directa del juzgador es un elemento clave en las diligencias correspondientes. Lo anterior es así, pues si bien la información que rindan los especialistas es de suma importancia, así como la opinión que emita la persona con discapacidad, lo cierto es que la resolución que en su caso se emita contendrá la valoración discrecional del juzgador de la diversidad funcional y, por tanto, las medidas que estime pertinentes en torno a la autotutela del individuo, ante lo cual, es indispensable que el juzgador tenga un contacto directo con el mismo. Tal interacción entre el juzgador y la persona con discapacidad deberá realizarse bajo una serie de pláticas que sostengan entre sí, en las cuales el juzgador abordará distintos temas, a partir de los cuales podrá evaluar de forma directa la diversidad funcional, mediante un lenguaje accesible y una dinámica afable. Por otra parte, y en aras de que a lo largo del procedimiento se protejan los intereses y la voluntad de la persona con discapacidad, previa consulta que el juzgador le realice, se podrá permitir que una persona de su confianza asista a la misma durante el trámite respectivo. Sin embargo, tal asistencia solamente podrá decretarse si así lo desea la persona con discapacidad, y deberá ser en exclusiva alguien que ésta elija, pudiendo ser algún familiar (incluso alguien distinto a sus progenitores o parientes más cercanos), algún individuo con el que cuente con lazos de amistad, e incluso un especialista en derecho, siempre y cuando sea voluntad expresa de la persona con discapacidad. Lo anterior resulta así, pues el juzgador deberá tomar las medidas necesarias para que el procedimiento sea lo menos perturbador posible, pues solamente bajo tal escenario la persona con discapacidad podrá sentirse cómoda para manifestar su voluntad de forma libre.

Esta tesis busca establecer un acercamiento real del juez hacia la persona con discapacidad, para que ésta última *externe su opinión en el juicio correspondiente* y para lo cual *es fundamental que el juzgador tenga contacto directo o evaluación directa como elemento clave en las diligencias correspondientes*.

Como podemos apreciar, aunque el juicio de interdicción es parte del derecho positivo o vigente, ha venido perdiendo fuerza como mecanismo prácticamente destructor de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en general, y de las personas con discapacidad mental o psicosocial en particular.

Esta aseveración se refuerza al contemplar la tesis que prosigue, ya que en ella se explican los dos modelos de regulación de la capacidad jurídica que se conocen hasta la fecha: el *sustitutivo* y el *asistencial*.

MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CONSAGRA EL ESQUEMA DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES²⁹⁹

A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las instituciones mediante las cuales se regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad –tales como el estado de interdicción– se han clasificado de forma histórica en dos modelos: el modelo de “sustitución en la toma de decisiones” y el modelo de “asistencia en la toma de decisiones”. Por lo que ve al modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, mediante el mismo, y una vez que el juzgador ha constatado la existencia de la diversidad funcional del individuo respecto del cual versa el asunto, se decreta que la voluntad de éste sea sustituida por la de alguien más, cuya labor consistirá en tomar las decisiones que representen el mejor interés de la persona cuya protección se le ha encomendado. Al respecto, dicho esquema ha sido identificado de forma tradicional con la institución jurídica del tutor, mismo que se encuentra encargado de adoptar decisiones en torno a la esfera personal y patrimonial de su pupilo. Por su parte, el modelo de “asistencia en la toma de decisiones” implica un cambio de paradigma en la forma en que los Estados suelen regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues mediante el mismo, la persona puede ser ayudada para adoptar decisiones, pero es ésta quien en última instancia toma las mismas. Es decir, la libertad de elección se protege y se garantiza por el juzgador acorde al grado de diversidad funcional que posee la persona en cada caso concreto, fomentando así su participación y la asunción de responsabilidades. En tal sentido, el esquema contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisamente consagra el modelo asistencial antes referido, en la medida en que indica que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual deberá ser llevado a cabo en igualdad de condiciones que los demás, debiéndose asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y preferencias de quien posee la diversidad funcional.

El derecho a la *participación* y a la *asunción de responsabilidades* son dos derechos adicionales que se suman en esta tesis a los anteriormente enarbolados sobre la capacidad jurídica (la *primacía de la autodeterminación libre de la persona*, el desarrollo de la libre personalidad, el *fomento de una vida autónoma* y una *identidad propia*).

Como puede verse, esta tesis invoca al artículo 12 de la CDPD, ya que este numeral *consagra* el modelo asistencial y con esta clase de interpretación, de alguna manera se *desprecia* al modelo *sustitutivo*, al hablarse del *cambio de paradigma* de la forma en que *los Estados suelen regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*.

Un ejemplo adicional de la importancia de dicho artículo para los efectos de la generación de precedentes jurisdiccionales, es la siguiente tesis:

²⁹⁹ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCXLI/2013 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 531.

ESTADO DE INTERDICCIÓN. EL JUEZ PODRÁ SOLICITAR INFORMES ADICIONALES A LOS QUE POR OBLIGACIÓN DEBE PRESENTAR EL TUTOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 546 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)³⁰⁰

Si bien el citado artículo señala que el tutor deberá presentar en el mes de enero de cada año un informe ante el juzgador correspondiente, en el cual tendrá que exhibir un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado de la persona sujeta a interdicción, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de que la interpretación de tal numeral sea acorde al modelo social de discapacidad y, en específico, al párrafo cuarto del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe considerarse que si bien el tutor tiene la citada obligación de presentación del informe, ello bajo ningún supuesto implica que la valoración del juzgador se encuentre limitada a dicho documento. Es decir, el juez podrá solicitar informes adicionales, pudiendo requerir a los especialistas que estime pertinentes para tal efecto, como médicos, pedagogos, abogados u otros expertos de cualquier campo del conocimiento, o alguna aclaración o evaluación del informe presentado por el tutor, a efecto de que tenga los elementos suficientes para determinar si el estado de interdicción se conserva en sus términos o sufre alguna modificación. Dicha solicitud de informes también podrá surgir a petición directa de la persona con discapacidad respecto de la cual surgió el asunto en cuestión. De lo contrario, se generaría un escenario perjudicial para la persona con discapacidad, pues la posible determinación del juzgador sobre algún cambio en la diversidad funcional del caso en concreto, se encontraría limitada a la información presentada por el propio tutor, ante lo cual, la evaluación adolecería de independencia e imparcialidad, tal y como lo exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Como resalta, la propia persona con discapacidad puede requerir directamente al juez la solicitud de los informes previstos en el artículo 546 del Código Civil del Distrito Federal y para ello, la Primera Sala de la SCJN acepta la jerarquía del Tratado aplicable al expresar: “tal y como lo exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

La siguiente es una tesis de gran calado para nuestros objetivos metodológicos, ya que permite concluir que el Poder Judicial Federal, a través de la Primera Sala de la Suprema Corte, ha reconocido que el Código Civil del Distrito Federal no solamente puede, sino que debe ser interpretado al amparo del nuevo modelo social advenido en la CDPD, ello en lo que versa sobre el *estado de interdicción*, que si bien es cierto le convendrán las reformas legales pertinentes, bajo el principio pro persona, ya es posible asumir que el modelo asistencial propugnado en dicho Tratado ha permeado a las figuras del derecho civil, desde la cúspide del poder que las interpreta y aplica, por mandato de la Constitución.

³⁰⁰ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCXVI/2013 (10a.) en materia civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. I, diciembre de 2013: 520.

Veamos un refrendo más de la manera en que la Convención multicitada ha penetrado las pautas interpretativas sobre el estado de interdicción:

ESTADO DE INTERDICCIÓN. LOS ARTÍCULOS 23 Y 450, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SON CONSTITUCIONALES SIEMPRE Y CUANDO SE INTERPRETEN A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD³⁰¹

A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es posible realizar una interpretación conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la institución del estado de interdicción en el Distrito Federal, a efecto de que la misma se conciba a partir del modelo social y, en específico, a partir del modelo de “asistencia en la toma de decisiones”. Por una parte, el Código Civil para el Distrito Federal consagra el denominado modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, mientras que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, contiene el esquema conocido como “asistencia en la toma de decisiones”, mismo que tiene como fundamento el modelo social de discapacidad. Sin embargo, dicha interpretación conforme es posible, pues las disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal válidamente pueden armonizarse con los valores contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin que ello implique un ejercicio exacerbado de tal interpretación, pues si bien la institución del estado de interdicción en el Distrito Federal fue concebida bajo un modelo de discapacidad que ya ha sido superado –modelo médico o rehabilitador–, ello no constituye un obstáculo infranqueable para que sus disposiciones se adecuen a nuevos esquemas contenidos en tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte. Estimar lo contrario, implicaría caer en el absurdo de que instituciones jurídicas concebidas bajo ciertos valores, no puedan ser interpretadas bajo nuevos paradigmas constitucionales e internacionales, lo cual conllevaría a la concepción de un sistema jurídico solamente dinámico ante reformas legales, y no frente a interpretaciones jurisdiccionales, lo cual claramente es contrario al principio *pro persona* que consagra nuestra Constitución. Por tanto, los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, así como el régimen del estado de interdicción que dicha legislación contempla, no resultan inconstitucionales siempre y cuando se interpreten a la luz del modelo social relativo a las personas con discapacidad.

La parte de texto que se resalta en esta tesis (en negritas) constituye el *quid* de nuestro método de documentación, ya que, por un lado, hemos señalado que no basta con el análisis legislativo de ciertas disposiciones del orden jurídico nacional, pues ello reportaría un análisis de tipo estático solamente.

³⁰¹ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCXLI/2013 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 523.

Por ello, hemos reconocido en la voz oficial de los jueces, una especie de norma dinámica, que no modifica el texto de la ley, pero sí lo hace con los valores que sustentan su interpretación conforme.

Ello se conoce como *interpretación constante y progresiva*,³⁰² que en algunos sectores de la doctrina se suele llamar *desarrollo del derecho*, como una tarea prominente de la jueza o el juez, que no puede minimizarse ni ignorarse, so pretexto de la preparación encomiable de nuevos proyectos legislativos.

Ahora bien, sabemos que las tesis anteriormente discutidas ilustran a los juzgadores de menor jerarquía, sin embargo, es preciso aportar un criterio que tenga el carácter de obligatorio para el Poder Judicial, razón por la cual, creemos que la siguiente jurisprudencia permite recoger el principio de igualdad como un poderoso argumento a favor de la pretensión de inconstitucionalidad del estado de interdicción, ya que la declaración judicial de incapacidad viene a distinguir o a discriminar a las personas con discapacidad respecto a las personas sin discapacidad e incluso, lo que resulta más grave, viene a distinguir entre las mismas personas con discapacidad:

IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello.

Nótese que la justificación para declarar a una persona como *incapaz* no es muy robusta, y que la CDPD afirma la capacidad jurídica plena e ilimitada de las personas con discapacidad, debido a que las personas con discapacidad psicosocial se enfrentaron contra ese prejuicio, en el seno mis-

³⁰² SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. IV/2014 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 2, t. II, enero de 2014, 1112.

mo de su discusión y lograron demostrar nuestra capacidad legal como un atributo de la persona y condición misma de la dignidad radicada en la naturaleza humana.³⁰³

Por lo tanto, si con base en esta jurisprudencia podemos aseverar que esta distinción está afectada de una *presunción de inconstitucionalidad*, con mayor razón debemos impulsar la reforma que elimine del texto constitucional las voces *incapaces* e *inválidos*.

Hasta aquí hemos dialogado el resultado de documentar a través de la investigación legislativa y jurisprudencial las expresiones axiomáticas dispuestas en la metodología previamente elegida.

El valor social de esta metodología de investigación es de enormes proporciones, pues se dedica esencialmente a los problemas interpretativos que han surgido con la discapacidad mental o psicosocial en materia de capacidad jurídica, a la luz de la CDPD.

Esta tarea ha sido ardua, pues implicó la selección de aquéllos criterios provenientes, básicamente, de la Primera Sala de la Suprema Corte, publicados en 2013 y 2015, relegando aquéllos resultados que a pesar de reconocer capacidad jurídica a las personas con *incapacidad mental* no declaradas en estado de interdicción,³⁰⁴ y con ello abrir la puerta a una especie de abolición lógico-jurídica de la llamada *incapacidad natura*, tratándose de las personas con discapacidad mental, de todos modos se eligió clasificarlas como subsidiarias dada su menor jerarquía, no obstante que servirían

³⁰³ La dignidad humana es definida en una tesis del Poder Judicial de la Federación como: “el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”. Véase Tribunales Colegiados de Circuito, tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/30 (9a.) en materia civil, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro I, t. 3, enero de 2014, octubre de 2011: 1528.

³⁰⁴ Excepción de falta de personalidad del apoderado. Para que opere cuando se opone por la incapacidad mental del actor, debe probarse fehacientemente su estado de interdicción a la fecha de otorgamiento del poder.

Tratándose de la capacidad jurídica se distingue entre la de goce y la de ejercicio; la primera es la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y, por consiguiente, es inherente e inseparable a toda persona; y la segunda consiste en la posibilidad de efectuar manifestaciones de voluntad jurídicamente eficaces que pueden realizarse por sí o a través de otra persona; dicha capacidad de obrar tiene casos de excepción específicos, como son: 1. La interdicción, que consiste en una incapacidad legalmente declarada que restringe la personalidad jurídica (artículo 23 del Código Civil del Distrito Federal); 2. La minoría de edad, cuando no se han cumplido los dieciocho años; y, 3. La falta de personalidad del apoderado que a nombre del actor comparece y no acredita la representación con que se ostenta. Estos casos de excepción constituyen un impedimento para efectuar actos jurídicos; por tanto, si en un juicio se opone la excepción de falta de personalidad de un apoderado debido a la *incapacidad mental del actor*, los objetantes deben demostrar en forma fehaciente que el reclamante se encontraba en estado de interdicción, mediante resolución judicial pronunciada por juez competente que hubiera causado ejecutoria, ya que la sentencia que declara la interdicción es declarativa y constitutiva, en tanto que, aparte de que proclama el estado de incapacidad, crea una relación jurídica y da nacimiento a un nuevo estado, motivo por el que precisamente, por su carácter de constitutiva, como generalmente sucede con este tipo de fallos, sus efectos empiezan cuando ha alcanzado la autoridad de cosa juzgada. Por ende, si se impugna la personalidad de quien comparece a nombre del actor argumentando que éste es incapaz, debe demostrarse que la persona cuya capacidad jurídica se cuestiona delegó poderes a diversos profesionistas cuando se había declarado su estado de interdicción; de no ser así, es incuestionable que no existirán elementos para invalidar por esa causa el derecho reclamado, *toda vez que si no existe tal declaración, el actor se encuentra en aptitud de ejercer por sí o a través de apoderados los derechos y obligaciones de los que es titular.*

para la apertura de un nuevo e interesante debate en contra del artículo 23 del Código Civil local, al amparo del artículo 12 de la CDPD.

También fue necesario suprimir precedentes judiciales relacionados con la figura de la *inimputabilidad*, que recae en las instituciones del derecho penal, y que si bien es cierto tienen una fuerte y estrecha relación con las personas con discapacidad mental o psicosocial, también es claro que ya se pueden enlistar ciertos estudios muy completos y minuciosos, generados desde las organizaciones de la sociedad civil, que ya fueron publicados o están en vías de ser presentados previo a su publicación, de manera que nuestros esfuerzos han sido aplicados sobre aquellas áreas de oportunidad que hasta el momento han sido desatendidas, pero que gozan de la misma motivación de abonar al campo de los estudios técnicos que benefician o pueden beneficiar a las personas con discapacidad mental o psicosocial.

Así, con el horizonte legislativo y jurisprudencial recorrido podemos entender aún más a Miguel Carbonell acerca de su reclamo de *interpretaciones garantistas*.

De hecho, en la misma tesitura sobre las sentencias como indicadores de la *eficacia normativa garantizada*, Luigi Ferrajoli nos expresa en el tema de la igualdad y los derechos que:

De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.³⁰⁵

III. Conclusiones

Adoptando un sistema ecléctico de recolección de datos ya expuesto en la introducción de este ensayo, se logró el recuento y la discusión crítica sobre los ordenamientos jurídicos más relevantes a nivel federal y local de la Ciudad de México, relativos a los derechos de las personas con discapacidad mental o psicosocial, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reflejada en dos conceptos que las discriminan en la práctica, a saber, las expresiones *incapaces* e *inválidos*.

³⁰⁵ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia de género* (México: Conapred, 2008), 11 y 87.

Para una mejor visualización de nuestro recorrido normativo, se presenta el siguiente cuadro analítico:

Análisis estático			
INSTRUMENTO	ARTÍCULO (S)	HALLAZGO	PROPUESTA
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 107	Contempla la expresión anacrónica <i>incapaces</i> .	Impulsar reforma en los términos propuestos en el estudio (p. 5)
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 29	Contempla al derecho humano a la personalidad jurídica como una categoría de los derechos humanos que no puede restringirse ni suspenderse en los casos de perturbación grave de la paz pública o grave peligro o conflicto bélico.	Esgrimir la inconstitucionalidad del estado de interdicción, pues los poderes constituidos, entre ellos, el legislativo, no pueden disponer de un derecho humano que además, no es susceptible de restricción o suspensión, ni siquiera en casos que atenten contra la seguridad nacional y la supervivencia estatal (p. 6)
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 123	Contempla la expresión anacrónica <i>invalides</i> .	Impulsar reforma en los términos propuestos en el estudio (p. 6)
Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad	Artículo 2º, fracción IV	Al definir a las <i>ayudas técnicas</i> no contempló a la discapacidad <i>mental</i> .	Impulsar adición legislativa que reconozca que este tipo de discapacidad si puede requerir “ayudas técnicas” como la referida en esta investigación (p. 7)
Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal	Artículo 4º, fracción XIII	Al definir a las <i>personas con discapacidad</i> no contempló a la discapacidad de tipo <i>mental</i> .	Impulsar la dictaminación de las iniciativas que ya existen y corrigen esta omisión y progresan en materia de derechos humanos.
Ley de Salud Mental del Distrito Federal	Artículo 6º, fracción VI	Contempla la expresión <i>incapaz</i> .	Impulsar sustitución del término, con base en las propuestas de la p. 5.
Código Civil del Distrito Federal	Artículo 2º	Contempla que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer y prohíbe la negación de cualquier derecho por razón de discapacidad o estado de salud, lo que debería dejar sin efectos al artículo 23 que regula la <i>incapacidad</i> .	Impulsar la defensa de la cláusula antidiscriminatoria del mismo Código Civil y no solo la crítica al artículo 23 que en términos de las tesis jurisprudenciales ha sido relegado por la vigencia y jerarquía del artículo 12 de la CDDP.
Código Penal para el Distrito Federal	Artículos 42 y 326	Prevén la figura de <i>incapacidad</i> .	Impulsar las reformas constitucionales y civiles que permitan a la legislación penal recoger una concepción renovada de esta institución jurídica.
Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal	Artículo 31, fracción IX	Prevé la <i>salud mental</i> con un alcance médico-asistencial	Impulsar la expresión <i>discapacidad psicosocial</i> , en lugar de <i>paciente psiquiátrico</i> o <i>enfermo mental</i> .

De forma selectiva también se expuso el texto más rico que se pudo extraer de los criterios sostenidos por el Poder Judicial de la Federación, ya sea en su vertiente de *ratio decidendi*³⁰⁶ u *obiter dicta*³⁰⁷ de cada tesis ubicada en el sistema IUS de la SCJN.

El siguiente cuadro sistematiza nuestras conclusiones técnicas respecto a cada precedente jurisprudencial:

Análisis dinámico			
TESIS AISLADA O TESIS DE JURISPRUDENCIA	TEMAS TRANSVERSALES	OBSERVACIONES (<i>obiter dict</i> y/o <i>ratio decidendi</i>)	PROPUESTA
ADOPCIÓN. CRITERIOS PARA EVALUAR EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES CUANDO ÉSTOS SEAN PERSONAS CON DISCAPACIDAD (P. I 1)	<ul style="list-style-type: none"> *Modelo social de asistencia en la toma de decisiones *Libre elección de las PcD *Libre autodeterminación *Autonomía de la voluntad de las PcD *La voluntad de las PcD surte efectos jurídicos 	Permite robustecer la defensa de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.	Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.
PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL MODELO SOCIAL DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES ENTRAÑA EL PLENO RESPETO A SUS DERECHOS, VOLUNTAD Y PREFERENCIAS (P. I 2)	<ul style="list-style-type: none"> *Igual reconocimiento de las PcD ante la Ley *Ejercicio pleno de la capacidad jurídica *Asistencia a las PcD para adoptar decisiones *No restricción de la adopción de decisiones legales por sí mismas 	Permite robustecer la defensa de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.	Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.
PERSONAS CON DISCAPACIDAD. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE MEJOR INTERPRETACIÓN POSIBLE DE SU VOLUNTAD Y SUS PREFERENCIAS (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 12 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) (P. I 2)	<ul style="list-style-type: none"> *La mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de las PcD *Respetar los mecanismos para que esa manifestación no sufra detrimento o sea sustituida 	Permite robustecer la defensa de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.	Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.
PERSONAS CON DISCAPACIDAD. PARA EVITAR QUE SUS TUTORES EJERZAN UNA INFLUENCIA INDEBIDA AL PRESTAR ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES, ES NECESARIO QUE LAS SALVAGUARDIAS INCLUYAN TAMBIÉN LA PROTECCIÓN CONTRA AQUÉLLOS (P. I 3)	<ul style="list-style-type: none"> *Salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir la influencia indebida hacia las PcD *Capacidad jurídica de las PcD *Respeto a la voluntad y preferencias de las PcD *Sustitución de la voluntad inadmisibles *Negación de modelo alguno basado en la sabiduría 	Permite robustecer la defensa de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.	Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.

³⁰⁶ Como dijimos, esta expresión se refiere a las argumentaciones que el juzgador esgrime como premisas indirectas para arribar a una conclusión en la lógica deóntica, que de algún modo se pueden llamar *secundarias* o *perimetrales*, pero no *insubstanciales*.

³⁰⁷ Se hubo referido que esta segunda expresión alude a las razones que el juez tuvo directa e inmediatamente para llegar a un resultado demostrativo, dentro de las operaciones lógicas de una sentencia. Son las premisas *mayor* y *menor* del silogismo clásico.

<p>ESTADO DE INTERDICCIÓN. ACORDE AL MODELO DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES, LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EXTERNARÁ SU VOLUNTAD, MISMA QUE SERÁ RESPETADA Y ACATADA (P. 14)</p>	<ul style="list-style-type: none"> *Limitación de la capacidad jurídica *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad *Esquema de sustitución en la toma de decisiones no adecuado *No se puede prohibir a las PcD que decidan lo que les beneficia *Desarrollo libre de la personalidad *Fomento de una vida autónoma Identidad propia de las PcD *No restricción de la capacidad jurídica *Derecho a tomar las propias decisiones *Libertad de elección guiadas y aconsejadas *Favorecimiento de esquemas que permitan en mayor grado la toma de decisiones La mayor autotutela posible *Deberá nombrarse a alguien que tome las decisiones en lugar de las PcD ante la presencia de una falta de autonomía mental severa 	<p>Se trata de una tesis contradictoria, pues reconoce expresamente al modelo propuesto por la CDPD pero culmina declarando que ante la presencia de una “falta de autonomía mental severa” se deberá nombrar a una persona que sustituya a la PcD, lo que redundaría en una negación de lo dispuesto en el artículo 12.</p>	<p>Tener en cuenta que la presión social e interinstitucional encausó las tesis subsecuentes en el tiempo, de modo que ya no se volvió a respaldar al modelo sustitutivo.</p>
<p>ESTADO DE INTERDICCIÓN. DURANTE EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO, EL JUEZ DEBERÁ SOSTENER UNA SERIE DE PLÁTICAS CON LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, Y SI ÉSTA ASÍ LO DESEA, PODRÁ ELEGIR A UNA PERSONA DE SU CONFIANZA QUE LE ASISTA EN TALES DILIGENCIAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 904 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (P. 15)</p>	<ul style="list-style-type: none"> *La PcD debe externar su opinión sobre el juicio de interdicción *El juez debe tener contacto directo con las PcD sujetas al juicio *Debe darse una evaluación directa bajo una serie de pláticas con lenguaje accesible y una dinámica afable *Un procedimiento lo menos perturbador posible *Manifestación cómoda y libre de la voluntad de la PcD 	<p>Permite robustecer la defensa de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.</p>	<p>Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.</p>
<p>MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CONSAGRA EL ESQUEMA DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES (P. 16)</p>	<ul style="list-style-type: none"> *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad *Artículo 12 *Modelo de sustitución en la toma de decisiones *Modelo de asistencia en la toma de decisiones *Cambio de paradigma *La PcD es quien en última instancia toma las decisiones *Fomento de la participación y la asunción de responsabilidades 	<p>Permite robustecer la defensa de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.</p>	<p>Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.</p>

ESTADO DE INTERDICCIÓN. EL JUEZ PODRÁ SOLICITAR INFORMES ADICIONALES A LOS QUE POR OBLIGACIÓN DEBE PRESENTAR EL TUTOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 546 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (P. 17)	<ul style="list-style-type: none"> *Modelo social de discapacidad *Artículo 12 de la CDPD *Información presentada por el tutor *Información solicitada por el Juez *Información solicitada por la PcD 	Permite robustecer la defensa de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.	Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.
ESTADO DE INTERDICCIÓN. LOS ARTÍCULOS 23 Y 450, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SON CONSTITUCIONALES SIEMPRE Y CUANDO SE INTERPRETEN A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD (P. 18)	<ul style="list-style-type: none"> *Interpretación conforme a la CPEUM y la CDPD *Modelo sustitutivo en el Código Civil para el Distrito Federal *Modelo asistencial en la CDPD *Modelo del Código ya superado *Sistema jurídico dinámico frente a interpretaciones jurisdiccionales y no solamente frente a reformas legales *Interpretación a la luz del modelo social relativo a las PcD 	Permite robustecer la importancia de la CDPD, pero no apoya la necesidad de reformar el artículo 23 del Código Civil y demás relacionados.	Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.
IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO (P. 19)	<ul style="list-style-type: none"> *Las discapacidades *Principio de igualdad *Presunción de inconstitucionalidad 	La SCJN no tomó en cuenta su propia jurisprudencia para valorar la tesis anterior.	Sistematizar estos argumentos y esgrimirlos en la arena legislativa y judicial.

Finalmente, no queremos pasar por alto lo señalado en el Manual para Parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, OACNUDH, UPI), en que puede leerse lo siguiente: “El manual tiene por objeto ayudar a los parlamentarios y otras personas interesadas en su empeño de convertir en realidad la Convención”.³⁰⁸

Y claro, las personas más interesadas en ello son, con toda legitimidad, las personas con discapacidad, por ello, es nuestro deseo que esta investigación haya logrado el recto propósito de vislumbrar aportaciones relevantes³⁰⁹ para la única discapacidad que lucha contra el temor y el

³⁰⁸ Organización de las Naciones Unidas *et al.*, *De la exclusión a la igualdad: Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad* (Ginebra: SRO Kunding, 2007), 162. Esta publicación especial tiene una portada adaptada con el título Manual para Legisladores, firmada por Myriam Arabian Couttolenc, entonces secretaria técnica del Conadis.

³⁰⁹ En este artículo podemos afirmar que nuestra aportación personal es novedosa o cuando menos, original, pues incluso connotados constitucionalistas como el Miguel Carbonell, que han abordado de manera enérgica el tema de la *capacidad jurídica*, lo han hecho partiendo de la legislación civil y no precisamente de los preceptos constitucionales que contemplan a *los incapaces* o a *la invalidez*. En miguelcarbonell.com, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Estudio_Informativo_sobre_la_capacidad_juridica_de_las_personas_con_discapacidad_y_los_mecanismos_de_toma_de_decisiones_con_apoyo.shtml (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).

odio social fomentado por el amarillismo y/o la nota roja, además, de la segregación cultural³¹⁰ y la discriminación institucional.³¹¹

IV. Bibliografía.

- Carbonell, Miguel. *Instrumentos jurídicos internacionales en materia de no discriminación*. México: Conapred, 2006.
- Código Civil del Distrito Federal del 26 de mayo de 1928. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 5 de febrero de 2015). <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a-0d2628615e069b140.pdf> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).
- Código Penal para el Distrito Federal del 16 de julio de 2002. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 16 de junio de 2016.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 24 de febrero de 2017. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 3 de mayo de 2008. <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).
- Ferrajoli, Luigi. “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”. *Justicia Electoral*, núm. 18, (2003): 23-30. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/18/drl/drl3.pdf> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).
- _____. *Igualdad y diferencia de género*. México: Conapred, 2008.
- Ley de Salud Mental del Distrito Federal del 23 de febrero de 2011. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 18 de diciembre de 2014. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2b00f46641b3fa38c97453e24b3f8468.pdf> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad del 30 de mayo de 2011. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 30 de mayo de 2011. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5191516&fecha=30/05/2011 (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).

³¹⁰ Las personas con discapacidad psicosocial nos podemos percatar que la tendencia cultural predominante es la de *apartar* a quienes puedan ser señalados en forma discriminatoria como los “locos”, ya que la imagen estereotipada de una persona con *demenia* que debe estar sujeta de manos y pies o encadenada o con camisa de fuerza o recluida en una clínica psiquiátrica o *manicomio* es privativa de la discapacidad mental, ya que ninguna otra de las demás discapacidades conlleva el prejuicio de una supuesta violencia incontenible o irrefrenable.

³¹¹ Es grave el hecho de que las personas con discapacidad mental suelen ser discriminadas en forma estructural y con mucha frecuencia por el mismo personal del nosocomio al que acuden solicitando ayuda, empezando por el personal del área de la psiquiatría y de enfermería que llegan a desconocer sus derechos humanos. Del mismo modo, resulta inaceptable que los medios de comunicación sigan reproduciendo en la nota roja, la concepción del *enfermo mental* como *sociópata* en potencia, bajo el principio de peligrosidad social, tan arraigado en materia penal o en la producción cinematográfica.

- Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal del 10 de septiembre de 2010. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 10 de septiembre de 2010. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-719689e362d7d579572eb5c706667e23.pdf> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).
- Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal del 24 de febrero de 2011. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 18 de noviembre de 2015. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-56a430f601bb8856a2980af9738e8336.pdf> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016).
- Lojo, Mariana. “Cuando la voluntad se enferma”. *Dfensor*, núm. 11 (noviembre 2010): 20. http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_11_2010.pdf (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2016).
- Minoletti, Alberto, et al. *Derechos humanos de las personas con discapacidad mental: Diagnóstico de la situación en Chile*. Santiago de Chile: Facultad de Medicina de la Facultad de Chile, Organización Panamericana de la Salud, 2016. <http://www.observatoriodiscapacidadmental.cl/wp-content/uploads/2014/05/informe-ODDHPDM-final.pdf> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2016).
- Organización de las Naciones Unidas et al. *De la exclusión a la igualdad: Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*. Ginebra: SRO Kunding, 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Modelo social de Discapacidad: Directrices para la interpretación del estado de interdicción en el Distrito Federal, Decisiones Relevantes de la SCJN*, 2014, 192.
- ____ Pleno, tesis de jurisprudencia P./J. 83/2007 en materia constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxvi, diciembre de 2007, 984.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCL/2013 (10a.) en materia civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 517.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCLII/2013 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 514.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCXLI/2013 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 531.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCXLII/2013 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 523.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CCCXLVI/2013 (10a.) en materia civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 1, t. 1, diciembre de 2013: 520.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CXIV/2015 (10a.) en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, t. II, marzo de 2015, 1102.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CXV/2015 (10a.) en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, t. II, marzo de 2015, 1102.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. CXVI/2015 (10a.) en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, t. II, marzo de 2015: 1103.

- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. IV/2014 (10a.) en materia constitucional, civil, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 2, t. II, enero de 2014, 1112.
- ____ Primera Sala, tesis aislada 1a. VII/2016 (10a.) en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 26, t. II, enero de 2016, 959.
- ____ Primera Sala, tesis aislada, “Discapacidad. Su análisis jurídico a la luz del modelo social consagrado en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XVI, t. 1, enero de 2013, 634.
- ____ Primera Sala, tesis de jurisprudencia 1a./J. 29/2015 en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 17, t. I, abril de 2015, 240.
- Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada XIV.C.A.32 C en materia civil, “Divorcio. Clasificación de las causas que lo originan, en relación con el derecho a recibir alimentos (legislación del estado de Yucatán), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, marzo de 2010, 2974.
- ____ Tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/30 (9a.) en materia civil, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro I, t. 3, enero de 2014, octubre de 2011: 1528.

PRODUCCIÓN EDITORIAL DE LA CDHDF

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *La Ciudad de México de cara a la Novena Comparecencia ante el Comité de Naciones Unidas para Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Informe anual. vol. IV. México: CDHDF, 2017.**

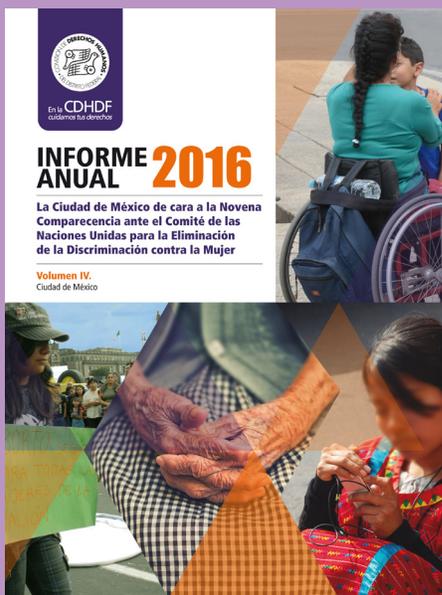
En este informe se evalúa la situación de los derechos humanos de las mujeres en la Ciudad de México, a partir del análisis sobre el cumplimiento de las observaciones finales que el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) hizo al Estado mexicano con motivo del examen realizado a sus informes periódicos séptimo y octavo de 2012.

El texto está conformado por tres apartados. Primero plantea un panorama general de la situación de las mujeres, y parte de la revisión de los avances en materia normativa, particularmente en la Ciudad de México. Además, expone datos e indicadores demográficos, económicos, sociales y culturales sobre las condiciones de las mujeres en la capital del país, así como un análisis basado en los servicios proporcionados por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal a víctimas de presuntas violaciones a derechos humanos. A partir de ello se concluye que, si bien existen avances normativos e institucionales en la ciudad, persisten profundas brechas de desigualdad y exclusión que afectan gravemente los derechos de las mujeres.

El segundo apartado revisa el nivel de avance logrado por las autoridades de la Ciudad de México en el cumplimiento de las observaciones del Comité CEDAW, en temas como violencia por género, trata de personas, participación política, educación, empleo y salud.

En el último apartado se resaltan las áreas cuyo avance ha sido nulo o relativamente bajo, y finaliza con una serie de propuestas transversales que están orientadas a fortalecer esos aspectos.

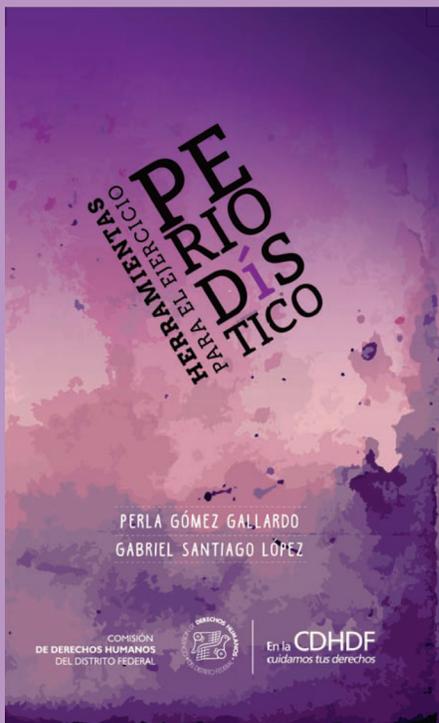
El Informe resulta un insumo sólido que sirve tanto para entidades de gobierno como organizaciones de la sociedad civil de cara a la Novena Comparecencia del Estado mexicano ante el Comité CEDAW.



* Reseña elaborada por Daniel Castrejón Olvera, colaborador de la CDHDF. El Informe puede consultarse en su versión electrónica en <http://cdhdh.org.mx/wp-content/uploads/2017/03/Informe-Anual-2016-vol4-Mujeres.pdf>, o físicamente en la Biblioteca Norma Corona Sapién de la CDHDF..

PRODUCCIÓN EDITORIAL DE LA CDHDF

Perla Gómez Gallardo y Gabriel Santiago López. *Herramientas para el ejercicio periodístico*. México: CDHDF, 2016.*



Este libro busca impactar en la defensa de los derechos humanos de las personas que ejercen el periodismo en México, mediante una revisión histórica de las normas internacionales, leyes, procedimientos y conceptos que constituyen el marco legal e institucional para el ejercicio pleno del periodismo en nuestro país. De forma concisa, la autora y el autor abordan el derecho humano a la libertad de expresión, su materialización constitucional en México y la importancia de este derecho en la defensa de las y los periodistas que investigan, escriben y difunden información imparcial y democrática.

El ejercicio periodístico ha presentado históricamente dificultades estructurales en materia de libertad de expresión, acceso y difusión de la información, por lo que esta publicación aparece en un contexto social y político crítico, en un marco de emergencia en el que es de suma importancia documentar, denunciar y esclarecer los múltiples atropellos de los que han sido objeto las y los periodistas. Para generar cambios sustanciales, el libro ofrece elementos que buscan constituirse en herramientas para la defensa de las y los periodistas al ejercer su profesión.

* Reseña elaborada por Jesús Hernández Vera, colaborador de la CDHDF. El libro puede consultarse en su versión electrónica en <http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/06/Herramientas-periodisticas.pdf> o físicamente en la biblioteca Norma Corona Sapién de la CDHDF.

PRODUCCIÓN EDITORIAL DE LA CDHDF

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Reconocimiento de sentencias Fiat Iustitia: (Hágase justicia) 2014-2015*. México: TSJCDMX, CDHDF, 2016.*



Esta obra –que representa el trabajo conjunto de instituciones comprometidas con la innovación en la implementación de justicia y garantizar la defensa de los derechos humanos– recoge las sentencias ganadoras del concurso Fiat Iustitia: Hágase justicia, en sus ediciones 2014 y 2015. A través de esta publicación se pretende acercar a las personas, tanto del Poder Judicial capitalino, como fuera de él, a los estándares de justicia que se están construyendo en nuestra ciudad.

Las sentencias ganadoras versan sobre temas como violencia escolar, cobro excesivo de intereses moratorios, remisión parcial de la pena, lesiones culposas por responsabilidad profesional, personas adolescentes transgénero, arrendamiento inmobiliario y derecho a la educación. Además, contienen los comentarios que de ellas hicieron especialistas en derechos humanos, quienes analizaron su contenido, identificaron los elementos que las hicieron sobresalientes y dieron su opinión con respecto a la relevancia de cada sentencia.

* Reseña elaborada por Fernando David Ramírez Oropeza, colaborador de la CDHDF. El libro puede consultarse en la biblioteca Norma Corona Sapién de la CDHDF.



CONVOCATORIA

Con el ánimo de contribuir al estudio, investigación y difusión en materia de derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) convoca a aquellas personas académicas, investigadoras, docentes, estudiantes, o bien, a cualquier otra interesada; a presentar artículos inéditos para su publicación en la revista electrónica semestral de investigación aplicada en derechos humanos: *métodhos*, la cual tiene entre sus objetivos:

- Fomentar, a través de distintos mecanismos, la generación de investigaciones puntuales sobre el respeto, la garantía y el ejercicio de los derechos humanos desde una perspectiva crítica y analítica.
- Promover el estudio y la investigación de los derechos humanos, a partir de la generación de conocimiento científico que permita fortalecer el trabajo de defensa, promoción y protección de los derechos humanos.

Para la presentación de los artículos, las y los participantes se sujetarán a las siguientes

BASES

PRIMERA. “Destinatarias y/o destinatarios”

Podrán participar aquellas y aquellos profesionales, académicos e investigadores, especialistas, estudiantes, y en general cualquier persona interesada en temas asociados a la protección, defensa, vigilancia, promoción, estudio, educación y difusión de los derechos humanos.

SEGUNDA. “Temas generales”

Con la finalidad de contribuir a los objetivos de la revista, se considerarán preferentemente a aquellos artículos que versen sobre temáticas que impliquen investigación aplicada en derechos humanos; por ejemplo, género, políticas públicas, discriminación, grupos en situación de vulnerabilidad, migración, medio ambiente, educación, indicadores o cualquier otro tema.

TERCERA. “Criterios de selección”

Los textos recibidos tendrán una valoración previa por parte del Comité Editorial, el cual seleccionará los artículos que serán sometidos al arbitraje de dos especialistas en la materia, asegurando la confidencialidad de la o el autor. Las y los dictaminadores analizarán que los trabajos se apeguen a los elementos establecidos en la Política Editorial de la revista.

CUARTA. “Requisitos de presentación de artículos”

Los artículos deberán ser presentados de acuerdo con los requisitos formales establecidos en la Política Editorial de la revista *métodhos*.

QUINTA. “Presentación de artículos”

Los artículos deberán remitirse al correo electrónico: revistametodhos@cdhdf.org.mx. El correo electrónico deberá contener los elementos referidos en la Política Editorial de la revista *métodhos*.

SEXTA. “Plazo de presentación”

Los artículos se reciben durante todo el año. Los artículos que se reciban por lo menos un mes antes del cierre de cada edición, y cuyas dos dictaminaciones sean positivas, formarán parte del número próximo inmediato.

SÉPTIMA. “Selección de artículos”

Una vez cumplidas las etapas de dictaminación referida en la Política Editorial, el Comité Editorial aprobará e integrará la lista de artículos que formarán parte de la publicación de la revista.

OCTAVA. “Propiedad intelectual”

El envío del artículo por parte de las y los autores, para su dictaminación, implica el otorgamiento de la licencia no exclusiva a favor de la CDHDF, por un plazo de cinco años, para la publicación y la difusión de la obra.

* Para visualizar la versión completa de esta Convocatoria, así como la Política Editorial de la revista electrónica *métodhos*, consulte la página web <http://revistametodhos.cdhdf.org.mx/> y para mayor información comuníquese al teléfono 5229 5600, ext. 2208, o escriba al correo electrónico revistametodhos@cdhdf.org.mx