



Enero-junio de 2018

DERECHOS (CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
HUMANOS DISCRIMINACION
Personas migrantes VIDAS
DISCAPACIDAD salud JUSTICIA territorial

métodhos, Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), año 7, núm. 14, enero-junio de 2018, 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. Diseño editorial: Gladys López Rojas. Formación: Enrique Agustín Alanís 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>.

Indexada en:  

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.

CONTENIDO

Presentación	
<i>Nashieli Ramírez Hernández</i>	4
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	
Epistemologías originarias de vida y territorio: gran desafío para la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Original epistemologies of life and territory: great challenge for the Inter-American Court Of Human Rights	
<i>Cuitlahuac Lina Ramos</i>	6
Restricciones constitucionales al control de convencionalidad en México	
Constitutional restrictions to the conventionality control in México	
<i>Adalberto Méndez López y Gustavo Cárdenas Soriano</i>	31
ENSAYOS TEMÁTICOS	
La justicia, el orden social y la seguridad jurídica	
Justice, social order and legal certainty	
<i>Edher Arturo Castro Ortega</i>	55
Igualdad y no discriminación por condición de discapacidad	
Equality and non discrimination on the basis of disability	
<i>Georgina Alicia Flores Madrigal</i>	77
Producción editorial de la CDHDF	96
Convocatoria	99

PRESENTACIÓN

núm. 14 Enero-junio de 2018

<http://revistametodhos.cd hdf.org.mx>

El 2018 es un año de grandes desafíos para nuestro país y, de manera particular, para nuestra ciudad. Además de la complejidad del escenario electoral, entra en vigor la Constitución Política de la Ciudad de México. Ambas situaciones ocurren en un momento en el que las violaciones a derechos humanos han alcanzado niveles críticos, de tal manera que es urgente la participación activa para abonar a la vigencia de los derechos humanos; en tanto ello sucede, los organismos autónomos como la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) deben permanecer atentos y reforzar todas las acciones encaminadas a la defensa y garantía de los derechos humanos.

Con la finalidad de seguir contribuyendo a la promoción, difusión y estudio de los derechos humanos, en este número de la Revista *métodhos*, las y los lectores podrán encontrar dos artículos de investigación y dos ensayos temáticos. En el primero, “Epistemologías originarias de vida y territorio: gran desafío para la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Cuitláhuac Lina Ramos hace un estudio sobre algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la finalidad de revisar si ésta ha tomado en consideración las visiones originarias de los pueblos indígenas en sus resoluciones respecto al acceso a la tierra; de acuerdo con él, la *unidad esencial* como concepto que vincula el derecho a la propiedad comunitaria con el sentido de vida, resulta clave en este paradigma.

En el segundo, Adalberto Méndez López y Gustavo Cárdenas Soriano presentan el artículo “Restricciones constitucionales al control de convencionalidad en México”, en el que desarrollan un análisis en torno a las restricciones constitucionales impuestas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al control de constitucionalidad, en contraste con los esquemas de supraconstitucionalidad de los tratados

internacionales de derechos humanos que tienen otros países como Colombia y Guatemala.

Además de los artículos de investigación, la revista *métodhos* impulsa la publicación de otros materiales de relevancia académica como los ensayos temáticos. En este número, María Alicia Flores Madrigal aborda el tema del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad a la luz de los instrumentos internacionales que ha ratificado México en la materia y presenta argumentos en torno a los pendientes para lograr condiciones de igualdad. Edher Arturo Castro Ortega, por su parte, hace una disertación en torno a la idea de la justicia, a partir de los planteamientos de los autores clásicos del derecho, poniendo en el centro de su análisis la relación que ese concepto guarda con los de orden social y seguridad jurídica.

Sin duda, los aportes de las y los autores contribuyen de manera positiva en el análisis, desarrollo y robustecimiento de los estudios sobre derechos humanos, por ello, agradecemos y reconocemos su participación.

métodhos se sigue consolidando como un proyecto electrónico de libre acceso universal en la difusión de conocimiento especializado en derechos humanos y busca tener presencia en diversos espacios de intercambio académico sobre publicaciones científicas, como el Tercer Congreso Nacional y Primero Iberoamericano de Revistas Científicas, que tuvo lugar en la Ciudad de México los días 2, 3 y 4 de mayo, y donde la Coordinación Editorial participó en calidad de ponente de cartel. Ello contribuye tanto a la profesionalización de su equipo editorial como a su mayor difusión entre el público interesado en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Ciudad de México, junio de 2018

Nashieli Ramírez Hernández
Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Epistemologías originarias de vida y territorio: gran desafío para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Original epistemologies of life and territory: great challenge for the Inter-American Court Of Human Rights

Cuitlahuac Lina Ramos**

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
Ciudad de México, México
cuitlahuac.lina@cdhdf.org.mx

Recibido: 19 de febrero de 2018
Dictaminado: 7 de mayo de 2018

* Este artículo es una versión sintetizada del extenso trabajo de investigación hecho por el autor, denominado originalmente *Vida y territorio. La justicia para los pueblos originarios desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

** Abogado defensor de derechos humanos y maestro en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana.

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

Las disimilitudes entre el credo occidental liberal y el de los pueblos originarios acerca de la noción de tierra se inscriben en el marco de diferenciación hegemónica de culturas. La forma en que los paradigmas *originarios*¹ de existencia (tierra-identidad-vida) son ignorados exige el uso contra-hegemónico del derecho, esta vez desde las epistemologías originarias que intentan recuperarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). ¿Pero dicha Corte habrá integrado una noción holística de acceso a la tierra en su jurisprudencia relativa a los derechos a la propiedad, a la personalidad *colectiva*, y a la vida entendida como existencia física y simbólica? El concepto de *unidad esencial*, como nueva categoría de análisis, podría dar respuesta a ese cuestionamiento, enfrentando el desafío teórico-normativo.

Palabras clave: pueblos originarios, derechos humanos, hegemonía, Corte IDH, jurisprudencia.

Abstract

The differences between the liberal western creed and that of the native peoples, about the notion of land, are part of the hegemonic differentiation of cultures. The way in which the *original* paradigms of existence (land-identity-life) are ignored, demands the counter-hegemonic use of law, this time from the original epistemologies that try to recover in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (Court IDH). However, will such a Court have until now integrated a holistic notion of access to land in its jurisprudence regarding the rights to property, to the *collective* personality, and to life understood as a physical and symbolic existence? The concept of essential unity, as a new category of analysis, could respond to questioning, facing the theoretical-normative challenge.

Keywords: originary people, human rights, hegemony, Court IDH, case law.

¹ El término *originario* pretende ser usado en este artículo como adjetivo que define la cualidad del origen histórico continental de los pueblos, y que incluye a los pueblos tribales cuyas características son similares.

Sumario

I. Violencia estructural; II. Los paradigmas originarios de *derechos humanos*; III. Acceso a la tierra para la existencia; IV. Unidad esencial; V. Justicia originaria; VI. La expectativa; VII. Bibliografía.

I. Violencia estructural

A partir de los casos llevados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se han documentado las brechas de desigualdad, así como la historia de exclusión de los pueblos originarios y tribales, relacionadas con la explotación y el despojo de tierras,² el uso social de estereotipos desfavorables a ellos —a través de los cuales se desestima la reivindicación de sus tierras—,³ y la marginación territorial, social y económica a la que han sido sometidos.⁴ Tales prácticas se insertan en un contexto regional de acceso a la justicia, en el que es posible advertir algunos de los obstáculos estructurales que afectan el ejercicio de los derechos de los pueblos originarios, lo que en México ha sido visto como el desdén hacia las *costumbres* jurídicas indígenas en los procedimientos judiciales a los que son supeditados sus integrantes.⁵

La tradición jurídica europea acerca del *Estado-Nación* —paradigma impuesto en Latinoamérica en nombre de la *universalidad*, entendida ésta como un mecanismo de imposición de la legitimidad de un orden social—⁶ habría afectado la configuración pluricultural de los pueblos originarios asentados históricamente en esta región.⁷ Particularmente, la negación de las identidades originarias en la integración de los sistemas que conforman la vida pública —y que afectan especialmente a las mujeres indígenas,⁸ que a menudo son discriminadas dentro de sus propios entornos comunitarios y espacios de decisión— y la exclusión sistemática de sus paradigmas jurí-

² Corte IDH, “Norín Catrimán y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párrs. 76-77.

³ Corte IDH, “Norín Catrimán y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 93.

⁴ Corte IDH, “Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 20 de noviembre de 2013, serie C, núm. 270, párr. 87.

⁵ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2004/80/Add.2, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. Misión a México*, 23 de diciembre de 2003, 11, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf?view=1> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

⁶ Pierre Bourdieu, “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique”, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64 (París: septiembre 1986), http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332 (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

⁷ Oswaldo Chacón, *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas* (México: UNAM/Unach, 2005), 109-111.

⁸ Carolina Gómez, “La situación de las mujeres indígenas ha empeorado, denuncian durante congreso”, *La Jornada*. Sec. Sociedad, 6 de septiembre de 2015.

dicos⁹ son algunos de los condicionamientos estructurales en el sistema de justicia que afectan el acceso de los pueblos originarios a los derechos.

A partir de esa etapa, el derecho occidental, aún desde su mestizaje, cumple una función oscura que oculta las relaciones de poder del que es producto y productor.¹⁰ Es un obstáculo para el acceso a la justicia de los pueblos originarios, incluso un factor de criminalización. De tal suerte que, ante los ojos del Estado y su *legalidad*, los pueblos originarios parecen simples invitados en un mundo global configurado para las necesidades del occidente. Como ejemplo está lo que se ha visto, en Canadá, en el proceso de justicia transicional encabezado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación –instancia creada con motivo del genocidio perpetrado en América del Norte contra diversos pueblos originarios–, en el que se ha dicho que la reconciliación exige un reconocimiento de los tipos de violencia y sus consecuencias,¹¹ lo que el Estado en cuestión no admitió.

Para reconocer desde lo jurídico las formas de violencia del pensamiento liberal, es preciso aceptar que la episteme de los sistemas jurídicos oficiales tiende a imponer un *orden* a la realidad, a través de la violencia simbólica de poder¹² y del dictado de valores morales que normalizan las relaciones sociales¹³ al buscar preservarse por encima de las formas de organización jurídica originaria, como lo ha hecho sobre las mujeres, con la *abstracción* de la identidad femenina dentro del esquema del llamado *Estado*.¹⁴ Por ello, es posible afirmar que la negación simbólica de identidades originarias latinoamericanas es una forma de diferenciación autoafirmativa del occidente, que en su función colonial, mediante sus eufemismos y fetiches teóricos, encubre la realidad con la ciencia moderna y su maquinaria conceptual, y así justifica un modo de apropiación del mundo natural y social,¹⁵ lo que es tendencia visible

⁹ Con respecto a la reducción de la epistemología del derecho indígena ante el derecho occidental véase a Magdalena Gómez *et al.*, “Derecho indígena y constitucionalidad”, en *Antropología jurídica: Perspectivas socio-culturales en el estudio del derecho*, editado por Esteban Krotz (México: Anthropos/UAM, 2002).

¹⁰ Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique* (Montreal: Themis, 1996), 112, <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/32/0075.pdf> (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

¹¹ Jaime Porras Ferreyra, “Historia de una vileza”, *Proceso* núm. 2015 (13 de junio de 2015): 71-73.

¹² Véase la noción de *poder simbólico* ejercido por el occidente, en María Luisa Femenías, *El género del multiculturalismo* (Argentina: Bernal/Universidad Nacional de Quilmes, 2007), 69.

¹³ Mauricio García Villegas, *Sociología y crítica del derecho* (México: Fontamara, 2010), 209.

¹⁴ Catharine MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 1989), 5 y 7, <http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/mackinnon-hacia-una-teoria-feminista-del-estado.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

¹⁵ Silvia Rivera Cusicanqui, “Orden epistemológico, orden político. La apuesta por la ‘alternativa’”, en *Alternativas epistemológicas: axiología, lenguaje y política*, coordinado por Silvia Rivera Cusicanqui (Buenos Aires: Prometeo, 2013), 19.

particularmente por la forma de percibir a la tierra –símbolo de los credos originarios–, la función de ésta y el derecho a la propiedad.

II. Los paradigmas originarios de *derechos humanos*

A pesar de su esencia liberal, la Corte IDH se ha esforzado en determinar un piso de integración de las nociones de *tierra, identidad, propiedad y personalidad*, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. Ello, en medio de las grandes confrontaciones entre el pensamiento occidental moderno y los paradigmas originarios, a partir de los cuales los Estados latinoamericanos tienden a homogeneizar lo multiétnico al momento de adoptar decisiones públicas;¹⁶ lo que es una clara tendencia del pensamiento globalizado que desdibuja las fronteras que definen a los pueblos originarios como sus otros.¹⁷

En ese contexto, el choque de paradigmas de lo *individual* –símbolo de lo homogéneo– y lo *colectivo* –que deberá entenderse como lo *comunitario*, en tanto que es máxima expresión de la otredad– se ha llevado al foro de la Corte IDH y a su sistema jurídico, donde se alberga una lucha de fuerzas contradictorias que desde su entraña erosionan al universo jurídico latinoamericano, y se convierten en una manifestación del derecho occidental que, en el intento plausible de reivindicar los paradigmas originarios y a través de las resoluciones que de dicho sistema emergen, ofrece una lucha intestina contra su propia naturaleza hegemónica. Lo anterior muestra la tensión descrita por el jurista italiano Zagrebelsky, entre el derecho reducido a la “legalidad” (de la tradición occidental) y la justicia con su amplio significado¹⁸ (vista desde los criterios de oportunidad, idoneidad y progresividad).

A pesar de que existen algunos criterios empecinados en la defensa del sentido individual de la *persona*,¹⁹ adoptados en el seno de la Corte IDH, y un pobre entendimiento del principio de igualdad orientado hacia la imposición de la norma jurídi-

¹⁶ Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 91.

¹⁷ Fernando Coronil, “Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo”, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, compilado por Edgardo Lander (Buenos Aires: Clacso, 2000), 62, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

¹⁸ Véase Gustavo Zagrebelsky, *La exigencia de justicia* (Madrid: Trotta, 2006).

¹⁹ Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, voto del juez Oliver Jackman, 2.

ca estatal,²⁰ el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku muestra una noción colectiva original de los derechos humanos,²¹ dado que intenta armonizar criterios jurídicos occidentales con los paradigmas que los transforman tangencialmente. Por ejemplo, ha redimensionado la noción oficial de responsabilidad penal, pues cuando uno de los integrantes de la comunidad originaria Moiwana causa un daño a otra persona, en lugar de descargarse sobre el individuo, se hace en la esfera de la familia, como grupo dentro de la colectividad comunitaria originaria.²²

El esfuerzo hecho por la Corte IDH no es de menor relevancia si se considera que tiende a recoger un rasgo común fundamental en las identidades originarias del continente. En el pensamiento de justicia tojolabal en México, la expresión “uno de nosotros cometimos un delito”²³ exhibe el choque de paradigmas de regulación social originaria y occidental, pues la noción de comisión del delito se proyecta nuevamente de manera comunitaria, y no desde esa concepción individualista asumida como una amenaza a la soberanía originaria.²⁴ Se trasciende así la noción clásica de punibilidad, y se adapta la norma oficial a la *emocionalidad* del espíritu existente en los fenómenos objeto de regulación, virtud holística que se filtra en el esquema rígido de la norma jurídica occidental, como un ejemplo virtuoso de *contra-sobre-cientificidad* de lo jurídico. Al destacar tales paradigmas, la Corte Interamericana los posiciona dentro del sistema jurídico continental como factores de rompimiento de la cultura legal clásica, los cuales apuntan a la recomposición de los sentidos de justicia y víctima.

Es a la luz del choque de paradigmas donde particularmente se dibujan dos rasgos semánticos fundamentales del pensamiento occidental en torno a la tierra: la propiedad y la personalidad (como derecho subjetivo), categorías de alto contraste con los

²⁰ Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto del juez Alejandro Montiel Argüello, párrs. 4-5.

²¹ Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párr. 231.

²² Corte IDH, “Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 86.10.

²³ Carlos Lenkersdorf, “Lenguas y diálogo intercultural”, *TONOS. Revista electrónica de estudios filológicos de la Universidad de Murcia*, núm. 6 (diciembre 2003): numeral 3.4, <http://www.um.es/tonosdigital/znum6/estudios/Lenkersdorf.htm> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

²⁴ Alberto Costi y Neil Boister, “‘Régionalisation’ du droit pénal international dans le pacifique: Enjeux et perspectives”, en *Droit Pénal International dans le Pacifique: Tentatives d’Harmonisation Régionale/Regionalising International Criminal Law in the Pacific*, editado por Neil Boister and Alberto Costi (Wellington: New Zealand Association for Comparative Law/ Association de Législation Comparée des Pays du Pacifique, 2006), 13 y 25, https://www.researchgate.net/publication/254880502_'Regionalisation'_du_Droit_Penal_International_dans_le_Pacifique_Enjeux_et_Perspectives (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

paradigmas originarios de la tierra.²⁵ Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte IDH han destacado la incompatibilidad entre el derecho estatal y la personalidad jurídica basada en la cosmogonía de las identidades *indígenas*, que derivan en la posesión y propiedad de la tierra²⁶ y en la necesidad de atender las nociones originarias de propiedad; pues lo contrario implica afirmar que existe sólo una forma de usar y de disponer de los bienes,²⁷ es decir, desde el sentido occidental de propiedad.

Atinadamente, se ha caracterizado el sentido de propiedad como un fundamento de la “civilización” y su hegemonía producida por el derecho.²⁸ Los derechos de los pueblos indígenas fueron los que rompieron el principio de *individualidad* occidental y centro del paradigma de derechos humanos elaborado desde el siglo XIV en Europa.²⁹ En el plano continental ha sido la Corte IDH la que introdujo una noción abarcadora y progresista del sentido de propiedad y aunque ha intentado estirar el alcance del derecho a la propiedad *colectiva* originaria, no ha conseguido reposicionar el sentido comunitario de ese derecho como paradigma jurídico plenamente validado y al nivel de la noción individual.

En el seno del sistema interamericano se observan algunas contradicciones respecto del paradigma de propiedad comunitaria de la tierra, vistas por la tradición jurídica occidental de los Estados. En Nicaragua, los representantes del Estado manifestaron que mientras no existiera un título de propiedad a favor del pueblo Mayagna Sumo de Awas Tingni, no se le reconocería tal derecho, y por lo tanto podría concederse a particulares la explotación de los recursos naturales de su territorio,³⁰ con

²⁵ Franz y Keebet Von Benda-Beckmann, “Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia”, en *Pluralismo jurídico e Interlegalidad*, compilado por Armando Guevara y Aníbal Gálvez (Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 2014), 264.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, 28 de junio de 2007, 235, 237 y 244, Recomendación 3.

²⁷ Corte IDH, “Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 120.

²⁸ Peter Fitzpatrick, *La mitología del derecho moderno* (México: Siglo XXI, 1998), 73, 52, 58 y 87.

²⁹ Francisco López Bárcenas, *Autonomía y derechos humanos en México* (México: Francisco López Bárcenas/Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A. C./Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2015), http://www.lopezbarcenass.org/files/escritos/Autonomias_indigenas_en_Mexico_6deg_edicion__version_electronica_0.pdf (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

³⁰ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 83, inciso e.

lo que se aceptaba oficialmente la titulación de esas tierras, siempre y cuando se realizara de manera individual,³¹ es decir, conforme al régimen estatal de propiedad.

Así, desde el foro de la Corte Interamericana emergen algunos de los motivos esenciales del pensamiento occidental liberal que enmarcan el ejercicio de control estatal y articulan un sistema de *bloqueo* legal que favorece el derecho clásico de propiedad mediante diversas medidas procedimentales y legales que limitan la devolución de tierras a los pueblos originarios.³² Se trata de un régimen de bloqueo que la propia Corte IDH ha conservado en su jurisprudencia, reproduciendo categorías como la de *interés general*, que prepondera los proyectos de “desarrollo”, en el sentido mercantilista,³³ sobre las tierras originarias, y con lo que el sistema jurídico se clausura a sí mismo como dispositivo de excepción del derecho de propiedad originaria.

Por fortuna, la Corte Interamericana ha acertado en transitar por la ruta del descubrimiento de la tierra y su ocupación, a partir de una idea holística que figura hacia la comprensión meta-ecosistémica de tal noción. Ello a pesar de que en este ejercicio ambivalente también ha negado de manera fáctica que los pueblos originarios tengan la propiedad originaria de la tierra, con lo que perdió la oportunidad de hacer un uso racional y progresista del discurso de los derechos de los pueblos originarios como herramienta de transformación. Así ocurrió con el caso del pueblo Yakye Axa, en el que la Corte IDH validó la conducta oficial inquisitiva hacia éste, derivado de lo que fue visto por el Estado paraguayo como una *usurpación* de tierras en perjuicio de las empresas que las explotaban, ignorando los motivos y las condiciones históricas por las que tal comunidad indígena pretendió reivindicar sus territorios ocupados.

El debilitamiento del derecho a la propiedad originaria y las estrategias de criminalización hacia las acciones reivindicatorias se han analizado generalmente en las sentencias de la Corte Interamericana al margen de la obligación de fiscalización a cargo del Estado, conforme a las obligaciones *erga omnes* entre particulares, encubriendo las afectaciones causadas por la relación de poder empresa-pueblos originarios. Nuevamente en el caso del pueblo Yakye Axa,³⁴ la Corte IDH se limitó

³¹ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 83, inciso k.

³² Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 209.

³³ Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párr. 108.

³⁴ Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 106-119.

a señalar las violaciones procesales y la violación al derecho de audiencia en la implementación de medidas provisionales que afectaron la posesión originaria de la tierra, sin destacar la relación de poder exhibida —en el marco del colonialismo— entre la empresa que se atribuyó el usufructo de las tierras originarias y la necesidad reivindicatoria de éstas.

Con respecto a esa tendencia, es necesario apuntar que la propiedad originaria es inevitablemente histórica, por lo que observarla desde otro enfoque implica su desnaturalización, y la negación de su historicidad se convierte en ocultamiento del derecho originario y comunitario a la tierra.

Aunque la Corte IDH ha advertido que el régimen constitucional latinoamericano reconoce la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los territorios originarios,³⁵ su jurisprudencia —acoplada por momentos a la tendencia del derecho liberal— muestra que es posible restringir el derecho a la propiedad originaria, a través de una cláusula comprendida en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuya interpretación es asumida mediante cinco condiciones que vuelven legítima la restricción,³⁶ encontrando en los *intereses de la sociedad* el motivo de restricción de la propiedad originaria. Se trata de un sistema excepcional, restrictivo, que remite a un subsistema de propiedad permisivo con su usufructo, al margen de la titularidad de la tierra y que se asemeja a aquellos regímenes basados en las nuevas formas de expropiación y de compensación que surgen con base en las directrices dictadas por tratados comerciales y no precisamente en los estándares de derechos humanos.³⁷ Es un sistema que esencialmente permite el uso diverso de la propiedad originaria bajo el dudoso interés de una sociedad no necesariamente plural, regida por instituciones que dictan la generalidad del término “sociedad”, al que se alude cuando se analiza la aplicación del artículo 21 de la CADH.

Sin demeritar el impacto social que tuvo el resarcimiento del daño en las poblaciones afectadas por actos violatorios del derecho a la propiedad originaria, la medida promovida por la Corte Interamericana en casos como el del pueblo Yakyé Axa —a

³⁵ Corte IDH, “Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 284, párr. 142.

³⁶ Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 127-128.

³⁷ Miguel Rábago Dorbecker, “Derechos de propiedad. Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional”, en *Derechos humanos en la Constitución: comentarios a la jurisprudencia constitucional e interamericana*, coordinado por Eduardo Ferrer MacGregor Poisot *et al.*, México: IIJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fundación Konrad Adenauer, 2013), 27, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017).

través de la dotación de servicios públicos—³⁸ muestra una tendencia asistencialista. Por otra parte, es de preguntarse si la noción de resarcimiento por daño, expuesta por el juez Eduardo Ferrer más recientemente en el caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, por causa de las restricciones impuestas a la posesión de la propiedad originaria,³⁹ es compatible con el interés de los pueblos originarios, en el entendido de que las tierras no tienen un valor preponderantemente económico para éstos. Sin la intención de promover una visión absolutista, insistimos en que tales medidas podrían imponer valores económicos afines a la configuración de la propiedad desde el derecho estatal con su esencia mercantilista, situación que fue advertida inteligentemente ante la Corte IDH por representantes de las víctimas del Pueblo originario Xakmok Kasek.⁴⁰

Otra de las instituciones “sospechosas”, concebidas desde la tradición teórica occidental de la propiedad originaria, es el derecho a la *consulta previa e informada*, válvula de escape que desvía la atención de ese derecho y evade la exigencia de adoptar hermenéuticas jurídicas progresistas que determinen de manera contundente las restricciones al uso de la tierra conforme a los paradigmas originarios.

Tal y como está establecida esa institución, como subsistema de neo-propiedad, aporta mayores beneficios a la noción occidental de propiedad, pues asimila la expresión indígena de la tierra a la dimensión de la *producción*, para permitir una forma *amable* de explotación mercantil de ésta, haciendo posible una suerte de propiedad temporal compartida, con provecho para los inversionistas que usufructúan las tierras, cuya propiedad histórica es *reconocida* en la letra por el Estado, sin efectos favorables para los pueblos originarios, considerando que los beneficios de la explotación no necesariamente son favorables para su estructura sociocultural.

En el mismo campo minado se posiciona la normatividad de los Estados latinoamericanos respecto del derecho a la *autodeterminación* de los pueblos originarios, que selectivamente excluye a la autodeterminación de la propiedad comunitaria. Por lo menos desde la interpretación de la Corte IDH existe un consenso sobre las posibilidades de afectar, bajo ciertos supuestos, el territorio de los pueblos originarios; es preciso observar que el control del derecho oficial sobre las prestaciones que otorga

³⁸ Corte IDH, “Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 205.

³⁹ Corte IDH, “Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer, párr. 23.

⁴⁰ Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 148.

la figura de *autodeterminación de los pueblos originarios* articula categorías contingentes de preservación del espíritu jurídico dominante, como es el caso de los llamados *usos y costumbres*, que es un concepto creado por el poder colonial, el cual describe un producto del mestizaje con el que el derecho europeo intenta interpretar los sistemas jurídicos no occidentales.⁴¹ Se trata de un artificio conceptual construido desde la lógica de la diferenciación hegemónica del sistema jurídico oficial con el fin de describir las prácticas sociales y jurídicas originarias en tanto son sistemas “inferiores” dentro del credo del derecho. Dicho artificio, como fue documentado en el caso de los pueblos africanos, representó una herramienta del gobierno colonial que legitimó la dominación y asimiló el pluralismo legal.⁴²

La Corte IDH, encabezada actualmente por el juez Eduardo Ferrer, tendrá el desafío de advertir tales circunstancias y de trabajar, desde ese enfoque epistemológico, la validación de la consulta previa e informada y otras categorías sospechosas, no como mecanismos de imposición de los proyectos occidentales,⁴³ sino como herramientas de reconocimiento y diferenciación de los paradigmas originarios de vida. De lo contrario, lejos de enfrentar las posturas estatales que afectan a los territorios originarios, mantendrá la legitimación de los designios macroeconómicos que estimulan la “inclusión” de estos pueblos en los procesos tecnocráticos de “desarrollo” que los empobrecen.⁴⁴

Por lo pronto, en el caso del pueblo Mayagna (Sumo) Awas Tingni, la Corte IDH ha acertado en promover la asimilación progresiva de paradigmas contra-hegemónicos, anotando que el *derecho consuetudinario indígena* no debe ser considerado sólo un mecanismo, sino una serie de prácticas reales que varían entre comunidades⁴⁵ y que, en todo caso, son equivalentes a los principios del derecho occidental.

⁴¹ Sally Engle Merry, “Pluralismo jurídico”, en *Pluralismo jurídico*, editado por Sally Engle et al. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007), 9-10, <https://seminariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2013/04/pluralismo-jurc3addico-sally-enge-merry.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

⁴² Rachel Sieder y John Andrew McNeish (eds.), *Justicia de género y pluralidades legales: perspectivas latinoamericanas y africanas*, trad. por Lucía Rayas (México: CIESAS, 2014), 16-17.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párrs. 159-160.

⁴⁴ María Teresa Sierra et al., eds., *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas* (México: Flacso/CIESAS, 2013), 20.

⁴⁵ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 83, inciso d.

III. Acceso a la tierra para la existencia

Los claroscuros de la jurisprudencia de la Corte IDH revelan, por una parte, el análisis marginal del derecho a la vida mediante la noción de subsistencia, el cual se relaciona únicamente con el acceso a los servicios públicos y la asistencia social,⁴⁶ en el marco de la aplicación del artículo 5.1 de la CADH.⁴⁷ Por otra parte, exhiben los intentos de desdoblamiento del derecho occidental a favor de las epistemologías originarias, vinculando la posesión del territorio con la vida y la identidad cultural desde un correlato insólito basado en una apreciación histórica que no se encuentra en otros casos resueltos por ella: la Corte Interamericana documenta que el territorio del pueblo Saramaka, en Surinam, también representa la base de la lucha contra el esclavismo.

Con lo anterior se potencia el paradigma de tierra y propiedad como derecho originario, y desde una epistemología histórica que reconstruye la motivación de la norma jurídica integra a ella el factor de la violencia histórica hacia ese pueblo y con el efecto creativo de reposicionar la iniciativa contra-hegemónica de los pensamientos originarios contra el derecho liberal.⁴⁸

La jurisprudencia de la Corte IDH avanzó notablemente en el marco de la interpretación del artículo 21 de la CADH, con lo que se acercó tangencialmente a una noción contra-hegemónica del paradigma clásico de la propiedad territorial, reconociendo el carácter indisociable del uso del territorio por los pueblos originarios como condición de supervivencia física y cultural simbólica.⁴⁹ Desafortunadamente, en el caso del pueblo Garífuna de Punta Piedra —el más reciente de los casos resueltos por la Corte Interamericana en relación con los derechos de los pueblos originarios— se advirtió un incómodo retroceso de su hermenéutica, pues reafirmó el sentido clásico del derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH, pero sólo lo vinculó, de manera incipiente, hacia la noción de existencia simbólica de los pueblos, ello a pesar de que el respeto a la posesión y la propiedad de los territorios originarios, promovido por la Corte IDH, depende en gran medida de la existencia holística de sus pueblos. Cabe expresar que lo anterior bien podría incluirse en el contenido del artículo 4º de la CADH, bajo el enfoque de *unidad esencial* que la

⁴⁶ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 194-217.

⁴⁷ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 244.

⁴⁸ Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 82.

⁴⁹ Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párr. 146.

CIDH ha insinuado, al considerar que un fundamento de la prevalencia del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras originarias sobre la propiedad individual clásica reposa en la conexión de su sentido con la vida.⁵⁰

En suma, frente a la progresividad de algunos criterios hermenéuticos conformados por la Corte IDH, es indispensable que el análisis del derecho a la propiedad se aborde en el futuro desde las epistemologías originarias de integridad comunitaria y vida cultural simbólica o meta-ecosistémica, con una hermenéutica asociada al derecho a la vida consagrado en el artículo 4º de la CADH. Esto daría al bien jurídico tutelado por el derecho a la propiedad originaria un fundamento heterogéneo, a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

iv. Unidad esencial

Desde el desarrollo hermenéutico de la norma internacional sobre derechos humanos, consideramos que el enfoque de la *unidad esencial* se aproxima a los paradigmas de existencia originaria que exigen la inclusión, en el derecho occidental estatal —el cual rige la vida de los pueblos originarios—, de un paradigma holístico existencial compuesto de manera interdependiente por las categorías de vida, territorio e identidad, en el marco de la comprensión meta-ecosistémica de la relación entre pueblos y territorios originarios.

De inicio, para entender el principio de *unidad esencial* de los pueblos originarios debemos considerar que la noción de *propiedad* requiere comprenderse desde el paradigma holístico de lo comunitario, tomando distancia de la idea estrictamente *colectiva* utilizada por la Corte IDH, así como de la esencia *individualista* del pensamiento liberal occidental. El tribunal interamericano se ha acercado a ese entendimiento en la sentencia del caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, y ha señalado que el régimen de propiedad comunitario no solamente busca proteger el uso y goce de la tierra, sino al pensamiento integrado de los pueblos originarios y tribales,⁵¹ lo que exhibe una idea de protección colectiva permeada por los fundamentos de paradigmas indígenas.

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 44/15, Caso 12.728. Fondo. Pueblo indígena Xucuru, Brasil*, 28 de julio de 2015, párr. 67.

⁵¹ Corte IDH, “Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia

En segundo término, el *paradigma de equilibrio meta-ecosistémico de conservación* –dentro del que se ubican los pueblos originarios– enfatiza, desde el derecho, la necesidad fundamental de la preservación de su existencia armónica con la naturaleza y sus símbolos de vida. En ese sentido, el pensamiento originario, como el de las comunidades Kichwa de Sarayaku o el de Yakye Axa, refleja el entendimiento de su pueblo en comunión con la tierra y sus recursos, como una unidad ecosistémica de existencia física y simbólica.⁵² Se trata de una idea compleja del territorio que se relaciona con la conservación de la naturaleza ecosistémica, de la cual la persona humana forma parte de manera subordinada, y que contiene su identidad histórica como requisito de existencia. Tal noción desestima la relación utilitaria con la tierra y, en cambio, se acerca al equilibrio natural simbolizado en la expresión “vivir *con* la naturaleza”, a diferencia de la sociedad moderna occidental que suele vivir *de* la naturaleza.⁵³

Esa dimensión vincula el derecho de acceso a la tierra con el equilibrio existencial natural y su noción de vida, que rebasa la simple representación de subsistencia material. Es en ese plano que las ideas de *intertemporalidad* de la relación de los ancestros de los pueblos y la tierra adquieren relevancia,⁵⁴ así como la noción omnicompreensiva del territorio⁵⁵ y la representación religiosa de ésta.⁵⁶

Desde este enfoque parece indisociable la idea de comunión entre el derecho a la tierra (propiedad), incluidas las categorías relacionadas con éste (consulta, autodeterminación y personalidad), con dos derechos fundamentales: la vida –paradigma del derecho a la vida basado en la existencia comunitaria simbólica– y la integridad –paradigma de integridad intracomunitaria simbólica. Es indispensable adentrarse en la tarea de perfeccionar tal relación para que el paradigma comunitario tratado por la Corte Interamericana adquiera mayor congruencia con el pensamiento de los pueblos originarios.

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 346.

⁵² Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párrs. 151-154 y 212; y Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 131 y 135.

⁵³ Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 38, inciso *d* y párr. 7.

⁵⁴ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrs. 1 y 15.

⁵⁵ Corte IDH, “Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 132-133.

⁵⁶ Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párr. 150.

Por su parte, la CIDH⁵⁷ se ha acercado sensiblemente al entendimiento del principio de *unidad esencial* que el Estado, cabe decir, niega.⁵⁸ De manera particular, algunos jueces de la Corte IDH han desarrollado criterios que podrían conformar la base de un nuevo paradigma de derechos de los pueblos originarios, que se vincule al principio de *unidad esencial* y se aproxime a la reformulación del derecho a la vida consagrado en la CADH.⁵⁹

La relación inexpugnable entre las categorías de identidad y de vida ha sido sugerida por diversas sentencias de la Corte IDH respecto del derecho a la propiedad originaria,⁶⁰ pero fue el juez Antonio A. Cançado Trindade quien consideró, en el caso del pueblo Yakye Axa, que debía razonarse mayormente el derecho a la vida,⁶¹ y advirtió la posibilidad de perfeccionar la hermenéutica de tal derecho, en la que se incluye la noción de existencia meta-ecosistémica que se ha propuesto. Tal iniciativa es importante dado que será necesaria para que se integre a nuestra noción jurídica, con la plena convicción de que la falta de garantía hacia el derecho a la vida –bajo el esquema tratado– provoca que los demás derechos, incluido el de la propiedad, carezcan de sentido.⁶²

v. Justicia originaria

Debemos reconocer que la reivindicación jurídica y social de los pueblos originarios incluye el reposicionamiento de sus paradigmas como sistemas de creencias; esfuerzo que debe hallar cobijo en las bases axiológicas del pensamiento y la moral, que en franca interacción con el derecho podría brindarle a éste un recurso de fortalecimiento,⁶³ preponderando la *necesidad fundamental de derecho emanci-*

⁵⁷ Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 183.

⁵⁸ Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 185.

⁵⁹ Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez Sergio García, párr. 24, y Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 18.

⁶⁰ Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 4, y Corte IDH, “Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 13.

⁶¹ Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 20.

⁶² Corte IDH, “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99, párr. 110, y Corte IDH, “19 comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, párr. 156.

⁶³ Jean Carbonnier, *Fléxible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ª ed (París: L.G.D.J., 2001), 96.

pador, justificado desde la postura de la ley del más débil,⁶⁴ pero afín a las exigencias de los grupos sociales oprimidos. De tal forma que el conocimiento alcanzado al margen del credo occidental determinará las posibilidades de dotar de racionalidad genuina a la norma jurídica aplicada a los pueblos originarios, basada en el pensamiento emanado de éstos,⁶⁵ con el fin de dotar de efectividad a la garantía de acceso a la justicia y conforme a la noción del equilibrio intersubjetivo concebido por los pueblos originarios.

Podemos asegurar que, en el plano jurídico, la Corte IDH se ha convertido en uno de los foros más fecundos para la reconfiguración de los derechos originarios, la cual hace frente al modelo de resistencia constitucional de los Estados que ha sido descrito por el profesor italiano Ermanno Vitale,⁶⁶ quien devela las formas de violencia estructural ejercidas por el occidente en contra de los pueblos originarios, como la criminalización de sus integrantes a través del sistema penal útil para la colonización, y que afecta particularmente a las mujeres indígenas, dado que enfrentan grados de vulnerabilidad específicos en dichos procesos.⁶⁷

Es necesario afirmar que, para que el derecho a la propiedad pueda acoplarse a las necesidades territoriales de los pueblos originarios —esto es, con un sentido contra-hegemónico—, debe adoptarse el enfoque de la multiculturalidad progresista,⁶⁸ dirigido hacia las garantías de reconocimiento y diversidad, así como a la aplicación de mecanismos jurídicos que busquen fortalecer la noción del pluralismo cultural equitativo desde el orden jurídico oficial. Para ello, la Corte IDH se encuentra en la mejor coyuntura regional por el hecho de erigirse en el motor del convencionalismo multicultural, que incita a la composición de un constitucionalismo multicultural en los Estados, el cual es un modelo virtuoso que discurre las formas de transformar la interpretación y aplicación normativa. Cabe señalar que lo anterior es gracias a la lucidez con la que algunos integrantes de dicho tribunal han recibido los pensamientos originarios, quienes han adoptado la racionalidad filosófica transcultural

⁶⁴ Véase Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001).

⁶⁵ Michael Walzer, *Las esferas de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), 322.

⁶⁶ Ermanno Vitale, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional* (Madrid: Trotta, 2012), 89 y 128.

⁶⁷ Documenta. Análisis y Acción para la Justicia Social, A. C., Boletín informativo Documenta. Mujeres indígenas en la justicia penal, un castigo múltiple (febrero 2015): 1, <http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-fortalecimiento-reforma-sistema-penitenciario/mujeres-indigenas-justicia-penal.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

⁶⁸ Boaventura De Sousa Santos, *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal* (Buenos Aires: Clacso/Prometeo, 2010), 87.

de la ciencia jurídica, la cual permite el diálogo de paradigmas⁶⁹ y su acoplamiento complementario con el sistema jurídico, que reconoce la *espiritualidad* de la norma.

En el ejercicio hermenéutico de la Corte IDH se ubica el desafío de un paradigma de reivindicación que ésta tiene frente al sistema económico y que pone en riesgo permanente el control y la gestión de los recursos naturales materiales y simbólicos que son necesarios para la existencia de los pueblos originarios. La construcción dogmática de la incidencia en los sistemas jurídicos estatales hace de la jurisprudencia de la Corte Interamericana una plataforma legítima de obligatoriedad en dichos sistemas, los cuales apuntan hacia el acceso real a la justicia regional, más aún cuando se ha considerado el alto impacto jurídico que pueden tener las sentencias en los casos de los pueblos originarios y tribales, ello debido a las semejanzas en las características culturales de éstos.⁷⁰ Desde el enfoque de *unidad esencial*, la cualidad contra-hegemónica de esa jurisprudencia la convierte en una forma de defensa de la vida y existencia originarias.

Además, ese Tribunal ha instrumentado un modelo de conjugación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de los Estados, ante la promoción de un *ius constitutionale comune latinoamericanum* en materia de derechos humanos cada vez más legitimado en la región, como una herramienta de *justiciabilidad* que suple las carencias de los sistemas estatales internos.⁷¹ Dicha herramienta podría enmendar la deficiencia legislativa, particularmente en el incumplimiento de la obligación funcional legislativa de crear leyes compatibles con el respeto a los derechos humanos –incluso guiando un modelo de *suplencia legislativa efectiva*–, que brinde alternativas para enfrentar el problema del autocontrol administrativo,⁷² el cual presenta escasas posibilidades de transformación creativa de la norma.

En este contexto es exigible el perfeccionamiento de los mecanismos de vinculatoriedad (*lato sensu*) de la jurisprudencia, así como destacar su función en la

⁶⁹ Raúl Fonet-Betancourt, *La interculturalidad a prueba*, 16-17, <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

⁷⁰ Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 13.

⁷¹ Flávia Piovesan, “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en *Ius Constitutionales Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, coordinado por Héctor Fix Fierro et al. (México: IJ-UNAM, 2014), 63.

⁷² Christian Courtis, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos* (México: Fontamara, 2009), 33.

dimensión regional y en los tribunales nacionales, en el marco del sistema de acoplamiento funcional⁷³ entre el control de convencionalidad y la interpretación conforme que, como lo ha dicho el jurista José Luis Caballero, es una herramienta integradora de los derechos que revela su contenido esencial, dirige la actuación de los tribunales nacionales e internacionales⁷⁴ y la proyecta hacia el contenido trascendental de la norma jurídica, destacando el creciente protagonismo de las y los jueces, cuya contribución es cada vez mayor en la recomposición constante de la jerarquía de normas.⁷⁵

El alcance de la hermenéutica jurisprudencial regional debe recrear el vínculo efectivo entre la norma jurídica y sus razones epistémicas, con el fin de darle fidelidad al contenido del derecho que pretende armonizar. Para ello, es importante que dicha hermenéutica se fije sobre los procedimientos de justicia dentro del orden legal de los Estados latinoamericanos activados por el ejercicio del derecho de petición, con el fin de que la norma jurídica se ajuste a la dimensión contra-paradigmática de los derechos humanos y traiga las formas de regulación y pensamiento originarios al juego del derecho estatal. Es esta una forma de lograr su aplicación efectiva dentro de las realidades de los pueblos originarios, mediante la obligatoriedad de la adopción de criterios que fungan como puentes de comunicación armónica paradigática.

Las condiciones están puestas para que la Corte IDH transite hacia un modelo de activismo judicial dialógico –como aquél caracterizado por la Corte Constitucional Colombiana–,⁷⁶ con el uso eficiente y progresista del derecho, la redefinición del contenido de los derechos desde su dimensión *declarativa*, y la transformación en la geografía continental del vínculo del mundo occidental y mestizo con los pueblos originarios. En concreto, si la Corte Interamericana puede emitir sentencias estructurales en la dimensión simbólica epistémica, se fortalecería la lucha contra

⁷³ Concepto creado por Humberto Maturana y utilizado por Niklas Luhmann, empleado en este caso para definir el mecanismo por el cual la epistemología y hermenéutica contra-hegemónica se amalgaman con la interpretación conforme y el principio pro persona para perfeccionar el ejercicio del control de convencionalidad.

⁷⁴ José Luis Caballero, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad* (México: Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013), 53-54.

⁷⁵ François Ost y Michel Van de Kerchove, “De la pyramide au réseau ¿Vers un nouveau mode de production du droit?”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques, R.I.E.J.*, núm. 44 (2000): 64, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

⁷⁶ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015), 29-30.

la resistencia política de los Estados latinoamericanos y sería un obstáculo principal al momento de implementar la decisión jurisdiccional; aunque, por otra parte, permitiría enfrentar, en mejores condiciones, el bloqueo jurídico que mediante sus instituciones despliega el mundo occidental en el proceso de formación de la ley y en perjuicio de grupos sociales marginados.

Este panorama circunstancial exige que en las sentencias emitidas por la Corte IDH existan prácticas epistémicas de mayor calado, desde estructuras axiológicas de ética meta-ecosistémica de conservación, hasta la acción comunicativa jurídica de raíces históricas, que reproduciría con mayor fidelidad la transformación de los mitos del derecho occidental, como ya lo ha hecho en cierta medida con el derecho a la propiedad. Incluir en el análisis estructural las circunstancias históricas de dominio del derecho oficial permite advertir que éstas han provocado la necesidad fundamental de derecho liberador de los pueblos originarios, a través de la visualización de un *núcleo de exigencias legales vinculantes* en el ejercicio de sus derechos.

Una jurisprudencia interamericana dotada de fuerza obligatoria en los Estados, fiel a la historia de los pueblos y su epistemología originaria, brindaría sin duda más posibilidades de desarrollar una forma de acción jurídica contra-hegemónica en beneficio de los pueblos originarios como sector social e histórico fundamental en la vida de América Latina.

vi. La expectativa

Desde la hermenéutica de la sospecha,⁷⁷ los derechos humanos son, en su forma tradicional, un lenguaje de hegemonía cultural en el entorno global de los pueblos, con su inviolabilidad mítica,⁷⁸ como paradigma que selecciona y sobrevalora un tipo de conocimiento, mientras suprime el de *los otros*. No obstante, la hermenéutica practicada por la Corte IDH con la fuerza de algunos de sus criterios progresistas puede aún evolucionar reestructurando el contenido de los artículos 4º y 21 de la CADH. Por ello, es preciso enfatizar la importancia de respaldar un modelo óptimo de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo que implica la

⁷⁷ Boaventura De Sousa Santos, *Derechos humanos, desarrollo y democracia* (Bogotá: CEDJS, 2014), 14, <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derechos%20Humanos%20Democracia%20y%20Desarrollo.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

⁷⁸ Fitzpatrick, *La mitología del derecho moderno*, 73.

posibilidad de promover fuertemente, y de manera paralela, la aplicación de ésta en los mecanismos de justicia informales o no jurisdiccionales, y mejorar los mecanismos que, aunque tardados, han gozado de éxito, como el reciente caso en México de la restitución de la tierra al pueblo Huichol en Nayarit.⁷⁹

Particularmente, el fiel entendimiento del derecho al territorio originario nos permite pensar que mientras no se analice desde el enfoque de la *unidad esencial*, en el contexto de violencia del occidente hacia ellos, y desde la idea de cuerpo-territorio-tiempo –promotora de la descolonización hetero-patriarcal de la tierra y de las relaciones de equilibrio de género intracomunitario que propone la epistemología del feminismo comunitario indígena–,⁸⁰ no podrá avanzarse en la construcción de mecanismos legales que garanticen de manera efectiva y real ese derecho, tanto al interior de las comunidades originarias, como al exterior de éstas.

VII. Bibliografía

- Bourdieu, Pierre. “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique.” En vol. 64 de *Actes de la recherche en sciences sociales*. 3-19. Paris: septembre 1986. http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332 (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Caballero, José Luis. *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México: Porrúa/IMDPC, 2013.
- Carbonnier, Jean. *Fléxible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10ª edición. París: L.G.D.J., 2001. <http://197.14.51.10:81/pmb/DROIT/Jean%20Carbonnier%20Flexible%20droit.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79.
- _____. “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279.

⁷⁹ Juan Carlos G. Partida, “Recuperan huicholes de Jalisco tierras en Nayarit”, *La Jornada*, Sec. Estados, 24 de septiembre de 2016.

⁸⁰ Begoña Dorrnsoro, “El territorio cuerpo-tierra como espacio-tiempo de resistencias y luchas en las mujeres indígenas y originarias”, ponencia presentada en el IV Coloquio Internacional de Doutorandos/as do CES, 6 y 7 diciembre de 2013, 3-4 y 7, http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/11.3.1_Begona_Dorrnsoro.pdf (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

- _____. “Caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146.
- _____. “Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 20 de noviembre de 2013, serie C, núm. 270.
- _____. “Caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.
- _____. “Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127.
- _____. “Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”. Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245.
- _____. “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172.
- _____. “Caso de los Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 284.
- _____. “Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 8 de octubre de 2015, serie C, núm. 304.
- _____. “Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.
- _____. “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124.
- _____. “Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99.
- _____. “Caso de 19 comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109.
- Chacón, Oswaldo. *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas*. México: UNAM/Unach, 2005.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. E/CN.4/2004/80/Add.2. Párrafo 31. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. Misión a México*. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf?view=1> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 44/15, Caso 12.728. Fondo. Pueblo indígena Xucuru*. Brasil, 28 de julio de 2015, párr. 67.

- _____. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, 28 de junio de 2007.
- Coronil, Fernando. "Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo". En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Compilado por Edgardo Lander, 53-67. Buenos Aires: Clacso, 2000. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Costi, Alberto, y Neil Boister. "´Régionalisation´ du droit penal international dans le pacifique: Enjeux et perspectives". En *Droit Pénal International dans le Pacifique: Tentatives d'Harmonisation Régionale/Regionalising International Criminal Law in the Pacific*. Editado por Neil Boister y Alberto Costi, 1-30 (Wellington: New Zealand Association for Comparative Law/Association de Législaition Comparée des Pays du Pacifique, 2006), https://www.researchgate.net/publication/254880502_'Regionalisation'_du_Droit_Penal_International_dans_le_Pacifique_Enjeux_et_Perspectives (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Courtis, Christian. *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*. México: Fontamara, 2009.
- Cusicanqui, Silvia. "Orden epistemológico, orden político. La apuesta por la alternativa". En *Alternativas epistemológicas: axiología, lenguaje y política*. Coordinado por Silvia Rivera Cusicanqui. Buenos Aires: Prometeo, 2013.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: Clacso/Prometeo, 2010.
- _____. *Derechos humanos, desarrollo y democracia*. Bogotá: CEDJS, 2014. <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derechos%20Humanos%20Democracia%20y%20Desarrollo.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Documenta. Análisis y Acción para la Justicia Social, A. C. Boletín informativo Documenta. Mujeres indígenas en la justicia penal, un castigo múltiple (febrero 2015). <http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-fortalecimiento-reforma-sistema-penitenciario/mujeres-indigenas-justicia-penal.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Dorrnsoro, Begoña. "El territorio cuerpo-tierra como espacio-tempo de resistencias y luchas en las mujeres indígenas y originarias". Ponencia presentada en el IV Coloquio Internacional de Doutorandos/as do CES, 6 y 7 diciembre de 2013. http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/11.3.1_Begona_Dorrnsoro.pdf (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).
- Engle Merry, Sally. "Pluralismo jurídico". En *Pluralismo jurídico*. Editado por Sally Engle et al. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007). <https://seminariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2013/04/pluralismo-jurc3addico-sally-engle-merry.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

- Femenías, María Luisa. *El género del multiculturalismo*. Argentina: Bernal/Universidad Nacional de Quilmes, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Fitzpatrick, Peter. *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo XXI, 1998.
- Fornet-Betancourt, Raúl. *La interculturalidad a prueba*. <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- García Villegas, Mauricio. *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara, 2010.
- Gómez, Carolina. “La situación de las mujeres indígenas ha empeorado, denuncian durante congreso.” *La Jornada*. Sec. Sociedad. 6 de septiembre de 2015.
- Gómez, Magdalena, et al. “Derecho indígena y constitucionalidad.” En *Antropología jurídica: Perspectivas socio-culturales en el estudio del derecho*. Editado por Esteban Krozt. 235-278. México: Anthropos/UAM, 2002.
- Lenkersdorf, Carlos. “Lenguas y diálogo intercultural.” *TONOS. Revista electrónica de estudios filológicos*, núm. 6 (diciembre 2003). <http://www.um.es/tonosdigital/znum6/estudios/Lenkersdorf.htm> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y derechos humanos en México*. México: Francisco López Bárcenas/Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A. C. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2015. http://www.lopezbarcenas.org/files/escritos/Autonomias_indigenas_en_Mexico_6deg_edicion__version__electronica_0.pdf (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- MacKinnon, Catharine. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 1989. <http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/mackinnon-hacia-una-teoria-feminista-del-estado.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Ost, François, y Michel Van De Kerchove. “De la pyramide au réseau ¿Vers un nouveau mode de production du droit?” *Revue interdisciplinaire d'études juridiques, R.I.E.J.*, núm. 44 (2000):1-82. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Partida, Juan Carlos G. “Recuperan huicholes de Jalisco tierras en Nayarit.” *La Jornada*. Sec. Estados. 24 de septiembre de 2016.
- Piovesan, Flávia. “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos.” En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Coordinado por Héctor Fix Fierro et al. 61-81. México: IIJ-UNAM, 2014.
- Porrás, Jaime. “Historia de una vileza.” *Proceso*. núm. 2015 (junio 2015).
- Rábago Dorbecker, Miguel. “Derechos de propiedad. Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional.” En *Derechos humanos en la Constitución: comentarios a la jurisprudencia constitucional e interamericana*. Coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot et al. 2292-2335. México: IIJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia

- de la Nación/Fundación Konrad Adenauer, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017).
- Rocher, Guy. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*. Montreal: Themis, 1996. <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/32/0075.pdf> (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).
- Sieder, Rachel, y John Andrew McNeish (eds.). *Justicia de género y pluralidades legales: perspectivas latinoamericanas y africanas*. Trad. Lucía Rayas. México: CIESAS, 2014.
- Sierra, María Teresa, et al., eds. *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*. México: Flacso/CIESAS, 2013.
- Vitale, Ermanno. *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*. Madrid: Trotta, 2012.
- Von Benda-Beckmann, Franz y Keebet. "Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia." En *Pluralismo jurídico e Interlegalidad*. Compilado por Armando Guevara y Aníbal Gálvez. 247-292. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 2014.
- Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Zagrebelsky, Gustavo. *La exigencia de justicia*. Madrid: Trotta, 2006.

Restricciones constitucionales al control de convencionalidad en México

Constitutional restrictions to the conventionality control in Mexico

Adalberto Méndez López*

BBBH Abogados, S. C.
Ciudad de México, México
adalsamma@yahoo.com.mx

Gustavo Cárdenas Soriano**

FGZ Estrategias, S. C.
Ciudad de México, México
gustavo_cs_16@msn.com

Recibido: 9 de diciembre de 2017

Dictaminado: 13 de mayo de 2018

* Licenciado en Derecho por la Universidad La Salle (Ciudad de México). Es egresado de la *Istanbul Bilgi Üniversitesi* (Turquía); maestro en Estudios Legales Internacionales por la American University Washington College of Law (Estados Unidos); consultor internacional en materia de derechos humanos y empresa; catedrático de la Universidad Iberoamericana y del Instituto Tecnológico Autónomo de México; profesor visitante de la SUNY University at Buffalo (Estados Unidos) y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica). Es autor de diversas publicaciones sobre derechos humanos y derecho internacional en México y el extranjero.

** Licenciado en Derecho por la Universidad La Salle (Ciudad de México), maestro en Derecho Procesal Constitucional por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., en conjunto con el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, y especialista en Justicia Administrativa por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Actualmente dirige el área de Litigio Constitucional y Administrativo en FGZ Estrategias, S. C. Es autor y colaborador de diversas publicaciones sobre derechos fundamentales.

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

Resumen

En el presente artículo explicaremos a grandes rasgos en qué consiste el sistema interamericano de protección de derechos humanos y la importancia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, analizaremos el control de convencionalidad en México, su contenido, límites y principios que lo rigen. Por último, señalaremos cómo influyó el sistema interamericano en la integración del mismo, al tiempo que se analizarán las restricciones constitucionales impuestas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al control de convencionalidad y se compararán con esquemas de supraconstitucionalidad como el de Colombia y Guatemala.

Palabras clave: sistema interamericano de derechos humanos; control de convencionalidad; restricciones constitucionales; supraconstitucionalidad.

Abstract

In general terms, the current article will explain how the Inter-American Human Rights System works, and the importance of the sentences issued by the Inter-American Human Rights Court. In addition, we will analyze the parameter related with the conventional control in Mexico, its content, limits and principles that rules it. Finally, we will highlight how the Inter-American System influenced the integration of such parameter, analyzing at the same time the constitutional restrictions issued by the Mexican Supreme Court and comparing it with countries like Colombia and Guatemala, where they provide a supra-constitutional protection.

Keywords: Inter-American Human Rights System; conventionality control; constitutional restrictions; supra-constitutional protection.

Sumario

I. México ante el sistema interamericano; II. Primer acercamiento al control de convencionalidad en México; III. Restricciones constitucionales; IV. La supraconstitucionalidad de los derechos humanos; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. México ante el sistema interamericano

El sistema interamericano de protección de derechos humanos “es el mecanismo conformado por órganos e instrumentos internacionales que tienen por objetivo la promoción y la protección de los derechos humanos en el continente americano”.¹ Fue en abril de 1948, con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) cuando propiamente se creó este sistema. Con el paso del tiempo, éste se iría articulando con el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) —en 1959—, y 10 años más tarde, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),² instrumento internacional que, a su vez, daría pie a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta última instancia iniciaría formalmente funciones en 1979, una vez que la Convención Americana entró en vigor, lo que terminó de conformar a dicho sistema tal y como en la actualidad lo conocemos.

Adhesión de México al sistema interamericano de derechos humanos

El Estado mexicano es parte del sistema interamericano de derechos humanos desde el 2 de marzo de 1981, fecha en la que ratificó la CADH, la cual entró en vigor a partir del 24 de marzo del mismo año, tras el depósito del instrumento de ratificación correspondiente y su respectiva publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.³

Atendiendo lo que dicho instrumento establece en los artículos 61 y 62, los Estados Parte podrán acceder a la Corte IDH y, en consecuencia, sus resoluciones serán vinculantes para éstos siempre y cuando hayan declarado previamente que reconocen como obligatorias, de pleno derecho y sin convención especial, las compe-

¹ Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales* (Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), 27, citado por Alejandro Anaya Muñoz *et al.*, *Glosario de términos básicos sobre derechos humanos* (México: Universidad Iberoamericana/Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2005), 129.

² Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. La Convención se compone por 11 capítulos y 82 artículos divididos en tres partes: i) Deberes de los Estados y derechos protegidos, ii) Medios de la protección, y iii) Disposiciones generales y transitorias.

³ Véase Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

tencias de la CIDH⁴ y de la Corte IDH.⁵ Dicha declaratoria fue suscrita por el Estado mexicano el 16 de diciembre de 1998, cuyo decreto promulgatorio fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999, siendo por lo tanto obligatoria para México la competencia de la Corte IDH en términos de lo dispuesto por la Sección Segunda del Capítulo VIII de la CADH (artículos 61 al 65).

Merece la pena mencionar que al momento de aceptar la competencia contenciosa de la Corte IDH, el Estado mexicano manifestó su reconocimiento de manera total, con excepción de aquellos casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que en su Declaración estableció lo siguiente:

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.
3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.⁶

⁴ El artículo 61 de la CADH establece que para que la Corte IDH pueda conocer de cualquier caso, es necesario agotar los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50, disposición que necesariamente remite al artículo 45, el cual indica que para acceder al mecanismo previo de control –que es la CIDH–, se requerirá que el Estado Parte reconozca la competencia de la CIDH para recibir y examinar las comunicaciones que aleguen cualquier violación a los derechos humanos protegidos por la CADH, las cuales sólo serán procedentes entre personas peticionarias y demandadas procedentes o que sean Estados Parte, respectivamente.

⁵ La CADH, en su artículo 62, prevé que dicha declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos.

⁶ Transcripción de la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

Cabe destacar que, el 4 de febrero de 2014, el Senado de la República aprobó la remoción de dicha reserva mediante un dictamen avalado por unanimidad (88 votos a favor y cero en contra), que fue turnado al Ejecutivo Federal para sus efectos constitucionales,⁷ sin embargo, la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de dicho decreto promulgatorio aún está pendiente de realizarse por parte del presidente de la república, por lo que la reserva continúa vigente, esto en tanto no se haga la publicación respectiva.

Justificación de una jurisdicción interamericana con efectos vinculantes

La justificación para la existencia de una jurisdicción interamericana de la cual México es partícipe se encuentra propiamente en el artículo 133 de la Constitución Política mexicana, que esboza claramente los efectos de la ratificación de aquellos tratados internacionales celebrados por el Poder Ejecutivo, los cuales considera Ley Suprema de toda la Unión. La ratificación de la CADH por parte de México y la suscripción del Ejecutivo de la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH en 1999, son testimonio claro de la intención del Estado mexicano de someterse a la competencia de dicho tribunal.

Al respecto, resulta conveniente hacer una aclaración en relación con lo señalado en los párrafos precedentes, pues contrario a lo que pudiera interpretarse

la jurisdicción interamericana no es ni pretende ser una nueva y última instancia en el procedimiento que se inicia y desarrolla ante los órganos nacionales. No tiene a su cargo la revisión de los procesos internos [...] Su designio es otro: confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos [...], para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados Partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva –carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada– que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso.⁸

⁷ Senado de la República, Boletín 049, Senado reconoce competencia de la CIDH en casos derivados de aplicar el artículo 33 Constitucional, 4 de febrero de 2014, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/10724-boletin-049-senado-reconoce-competencia-de-la-cidh-en-casos-derivados-de-aplicar-el-articulo-33-constitucional.html> (fecha de consulta: 8 de octubre de 2016).

⁸ Sergio García Ramírez, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares* (México: Iteeso/Universidad Iberoamericana Cd. de México/Universidad Iberoamericana Puebla/Universidad de Guanajuato, 2005), 282.

Así las cosas, la jurisdicción interamericana no debe entenderse como una *cuarta instancia*⁹ mediante la cual se desafían las sentencias que los tribunales nacionales han dictado y a la que puede accederse tan sólo debido a que el Estado mexicano ratificó el tratado internacional que le da origen, sino como un órgano independiente que busca confrontar actos y hechos generados en el marco legal de los Estados Parte a la luz de los tratados internacionales, con el fin de generar criterios orientadores de carácter vinculante que posibiliten el logro de su objetivo como último intérprete de la Convención Americana, que es: respetar y salvaguardar los deberes y derechos que la CADH contempla a través del cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados Parte.

Las sentencias de la Corte IDH en el orden jurídico mexicano

La relevancia de las sentencias dictadas por la Corte IDH radica en que, al ser un gran número de asuntos contenciosos que pudieran someterse a su consideración y respecto de los cuales sería materialmente imposible pronunciarse, ésta emite resoluciones “sobre hechos que conforman, en cierto modo, un patrón tradicional de violación de los derechos”.¹⁰ Así, con sus sentencias, la Corte Interamericana establece los estándares y las directrices que deben tomar en cuenta los Estados respecto del contenido y alcances de los derechos humanos establecidos en la CADH.

De esta manera, complementando la idea que señalamos en el apartado precedente sobre que la jurisdicción interamericana no es una cuarta instancia, sino que tiene la función de establecer directrices a los Estados, es que podemos concluir que las sentencias de la Corte IDH cumplen con dicha función, pero la protección, garantía, respeto y eficacia de los derechos humanos no se agota con ello, ya que

[e]l tribunal internacional [...] identifica las grandes cuestiones dentro de los litigios de que conoce o las opiniones que emite y produce la doctrina jurisdiccional [...] La siguiente etapa corre a cargo de la jurisdicción nacional, no sólo por la competencia legal que tiene, sino –sobre todo– por la capacidad real que posee para abarcar todos los problemas que se suscitan en el ámbito interno.¹¹

⁹ Al respecto, es relevante mencionar que la premisa básica de dicha fórmula es que ni la CIDH ni la Corte IDH pueden revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación a la CADH. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por la CIDH. Véase el caso Clifton Wright vs. Jamaica, en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución núm. 29/88, caso 9260, Jamaica, 14 de septiembre de 1988.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución núm. 29/88, caso 9260, Jamaica, 284.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución núm. 29/88, caso 9260, Jamaica, 285.

Se puede advertir entonces que la influencia que ha tenido el sistema interamericano de protección a los derechos humanos en nuestro orden jurídico se resume, principalmente, en cuanto al parámetro de control de convencionalidad, pues los derechos humanos contenidos en la CADH pasaron a formar parte de dicho parámetro tras la reforma constitucional de 2011 –detonada por una sentencia de la Corte IDH y de la cual hablaremos más adelante–, ya que ahora poseen un rango constitucional y, por lo tanto, de supremacía legal. Mientras que, por otro lado, la influencia en el orden jurídico mexicano de dicho sistema también se ha materializado en el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), respecto a que todas las sentencias emitidas por la Corte IDH, y no sólo aquellas relativas a juicios en las que México ha sido parte, tienen carácter vinculatorio para los operadores jurídicos mexicanos, al reconocer que la Corte Interamericana es el intérprete último de la CADH.

Sin embargo, a pesar de que dicha influencia es notoria, también es cierto que el máximo tribunal constitucional del Estado mexicano ha ido acotando lo anterior mediante diversas restricciones constitucionales –de las cuales se hablará en los apartados siguientes–, y aunque no le restan mérito a las evidencias que sobre la influencia del sistema interamericano existen en el orden legal mexicano, sí llama la atención que el Poder Judicial se resista a la implementación plena de los criterios en materia de derechos humanos proyectados por la Corte IDH, por lo que para entender esto es necesario analizar cómo se conforma el control de convencionalidad en México a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana y de las restricciones constitucionales desarrolladas por la SCJN, respectivamente.

II. Primer acercamiento al control de convencionalidad en México

Reforma constitucional de 2011

El 10 de junio de 2011 se reformó la Constitución mexicana para ajustarla a las obligaciones internacionales que, en materia de derechos humanos, México había adquirido. Con esta reforma transitamos del *otorgamiento de garantías individuales al reconocimiento de derechos humanos*. Tal modificación se advierte principalmente en los primeros tres párrafos del artículo 1º, cuyo contenido es el siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protec-

ción, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

El primer párrafo es el que establece el conjunto normativo de derechos humanos provenientes de dos fuentes: la Carta Magna y los tratados internacionales.

Por su parte, el segundo párrafo refiere dos herramientas obligatorias interpretativas de los derechos humanos:

1. *Interpretación conforme*, que no es más que la obligación que tienen todas las autoridades de interpretar las normas de derechos humanos de acuerdo con la Constitución y con los tratados internacionales, es decir, de considerar en dicha interpretación el catálogo de derechos humanos reconocido en el primer párrafo del artículo 1º constitucional, independientemente de su fuente normativa.
2. *Principio pro persona*, el cual obliga a que la interpretación que hagan sobre los derechos humanos sea la que más favorezca a la persona.

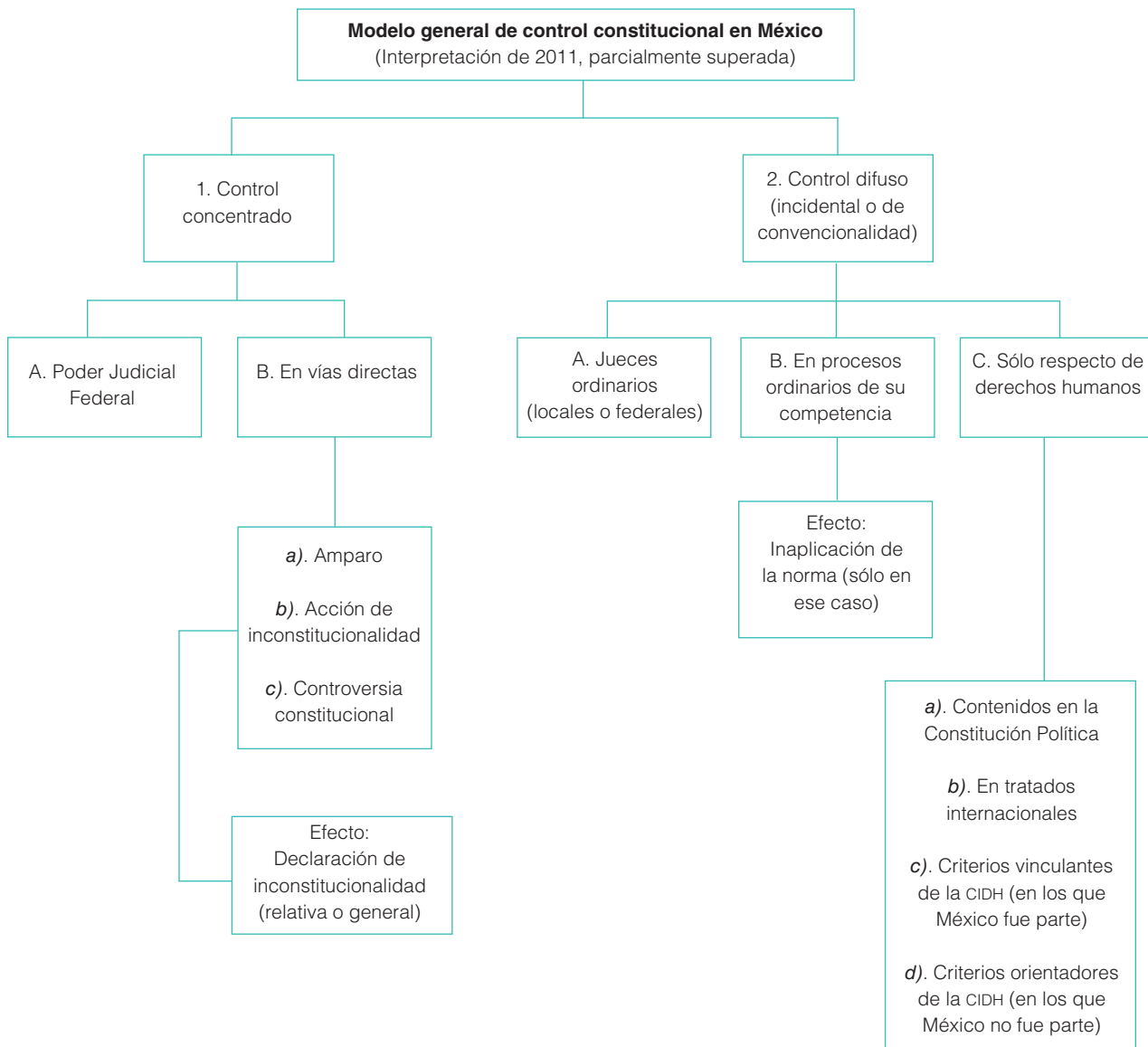
Por último, el tercer párrafo es el fundamento de:

- a) Principios objetivos de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
- b) Obligaciones genéricas de las autoridades para la tutela de los derechos humanos: promover, respetar, proteger y garantizar.
- c) Obligaciones específicas derivadas de la obligación genérica de garantizar: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

Con ello, el órgano reformador de la Carta Magna incorporó al orden jurídico mexicano mandatos específicos para todas las autoridades conforme un nuevo sistema de derechos humanos.

Expediente varios 912/2010

Antes de la mencionada reforma, en 2009, la Corte IDH resolvió el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, condenando al Estado por la desaparición forzada del señor Radilla, e imponiéndole diversas obligaciones. Ante ello, la SCJN determinó abrir un expediente varios (912/2010), en el que resolvió que el modelo general de control constitucional se componía de la siguiente forma:



Fuente: Cuadro tomado de Gustavo Cárdenas Soriano, “La materialización de la justicia a través del control de convencionalidad”, *Ius Ibero*, año 2, núm. 5 (abril-junio 2013): 65.

De esta primera interpretación que hizo la SCJN es importante destacar tres aspectos:

1. Reconoció la existencia de un control diverso al concentrado, es decir, del control de convencionalidad.
2. Señaló expresamente que todas las autoridades mexicanas tienen la obligación de interpretar de la forma más favorable los derechos fundamentales (*principio pro personae*).
3. Determinó que los casos resueltos por la Corte IDH en los que México fuera parte, le son obligatorios, mientras que aquellos en los que no lo hubiera sido, solamente serían orientadores.

III. Restricciones constitucionales¹²

A partir del referido expediente varios 912/2010, la SCJN ha resuelto diversos casos en los que, si bien es cierto que continuó la aplicación del principio *pro personae*, también lo es que ha ido restringiéndolo.

Aplicación del principio pro personae

En efecto, en diversos amparos en revisión¹³ y en la acción de inconstitucionalidad 155/2007 (solventados en 2012), la SCJN resolvió siempre con base en la interpretación más favorecedora. En dichos amparos la Suprema Corte determinó que, frente a la CADH, la Constitución resultaba más protectora del derecho de las personas privadas de la libertad a purgar su pena en la prisión más cercana a su domicilio, mientras que en la mencionada acción de inconstitucionalidad resolvió invalidar diversos artículos de una ley local por contravenir normas internacionales en materia de derechos humanos que eran más protectoras que la propia Carta Magna.

Así, es claro que la SCJN comenzó aplicando la norma que fuera más protectora de derechos humanos, independientemente de la fuente de éstas.

¹² Para un estudio más profundo véase José Ramón Cossío Díaz, *La construcción de las restricciones constitucionales de los derechos humanos* (México: Porrúa, 2015).

¹³ El primero de ellos corresponde al número de expediente 151/2011.

Restricciones constitucionales

En 2013, la SCJN resolvió la contradicción de tesis 293/2011, que versó sobre la relación jerárquica que guardan los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución, así como la obligatoriedad de los casos resueltos por la Corte IDH.

Al discutir lo relativo a la jerarquía, los ministros buscaron una interpretación que fuera acorde con el contenido actual del artículo 1º constitucional, pues era criterio de la SCJN que los tratados internacionales se encontraban por debajo de la Constitución Política mexicana, idea que ya no es compatible con dicho artículo constitucional pues establece que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales tienen el mismo nivel jerárquico que los constitucionales. Para resolver esta contradicción, la SCJN consideró que:

- No todas las normas de un tratado internacional de derechos humanos deben ser incorporadas al catálogo de derechos humanos, pues en él se encuentran las relativas a la firma, ratificación y depósito de éste por parte de los Estados, y dichas normas no reconocen ni se refieren a derechos humanos.
- Pueden ser incorporados al catálogo de derechos humanos aquéllos que estén contenidos en tratados internacionales que no sean *de derechos humanos*, como lo es el caso del derecho a la notificación, contacto y asistencia consular que se encuentra contenido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
- El conjunto normativo que prevé el artículo 1º constitucional se compone de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México, independientemente de la materia de éstos.
- Esta nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ni debe ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma al artículo 1º constitucional tuvo como objetivo la integración de un catálogo más amplio de derechos humanos y no jerarquizarlos o distinguirlos en atención a su fuente, es decir, se trata de un conjunto de derechos que escapa a la jerarquía normativa, y reconoce así la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Con base en estas consideraciones, la SCJN concluyó que si un tratado internacional contiene una norma sobre derechos humanos y dicho tratado es incorporado al orden jurídico mexicano, esas normas se desvinculan del tratado que las contiene y se integran al catálogo de derechos humanos del que habla el artículo 1º constitucional.

Lo anterior –señaló– no quiere decir que el tratado internacional esté jerárquicamente al mismo nivel que la Carta Magna, sino que éste sigue estando por debajo de ella, sin embargo, las normas de derechos humanos que contenga se desvincularán del tratado y se integrarán al parámetro de control de regularidad constitucional, el cual predica del principio de supremacía constitucional. Ello es así porque los derechos humanos que integran dicho parámetro, a pesar de que provienen de dos fuentes normativas con distinto nivel jerárquico, al ser parte del mismo catálogo de derechos, tal jerarquía queda excluida en atención a los principios objetivos de interdependencia e indivisibilidad que establece el párrafo tercero del artículo 1º constitucional.

En la misma contradicción de tesis se determinó que si un mismo derecho humano está previsto tanto por la Constitución Política como por los tratados internacionales de los que México sea parte, deberá preferirse la norma que proteja más favorablemente a la persona (principio *pro personae*).

Sin embargo, la Suprema Corte también determinó que, si la Constitución mexicana prevé una restricción expresa al ejercicio de algún derecho humano, se deberá estar a lo que la norma constitucional disponga, pues interpretó que el mismo artículo 1º constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos, “cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Acerca de lo anterior, solamente uno de los 11 miembros que integraban en ese momento la SCJN votó en contra, el ministro José Ramón Cossío Díaz, argumentando que existía una contradicción al afirmarse por un lado que los derechos humanos no debían entenderse en términos jerárquicos, y por otro lado que, en caso de que existiera una restricción expresa en la Constitución, ésta debía prevalecer. Asimismo, arguyó que tal criterio es regresivo frente a los mencionados precedentes que la Suprema Corte había resuelto un año antes, en los que aplicó la norma más favorecedora.

En ese sentido y respecto a la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, la SCJN, abandonando el criterio de que podían ser vinculantes u orientadores dependiendo de si México había sido parte o no, resolvió que todos los casos son vinculantes siempre que sean más favorecedores a la persona, incurriendo así en una clara contradicción frente a lo sostenido respecto a las restricciones constitucionales.

En posteriores asuntos,¹⁴ la SCJN ha seguido arraigando jurisprudencialmente la prevalencia de las restricciones constitucionales, siendo que actualmente esta doctrina, que comenzó a esbozar en 2013, es la que define en última instancia la interpretación de los derechos humanos en México y con ello el alcance del control de convencionalidad.

Incluso en 2015, al resolver el expediente varios 1396/2011 sostuvo que, para cumplir con una sentencia condenatoria que hubiera emitido la Corte IDH en contra de México, debe existir correspondencia entre los derechos humanos que el Tribunal Interamericano consideró vulnerados y los reconocidos en la Constitución o los tratados internacionales, pues si alguna de las obligaciones impuestas implica desconocer una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta.

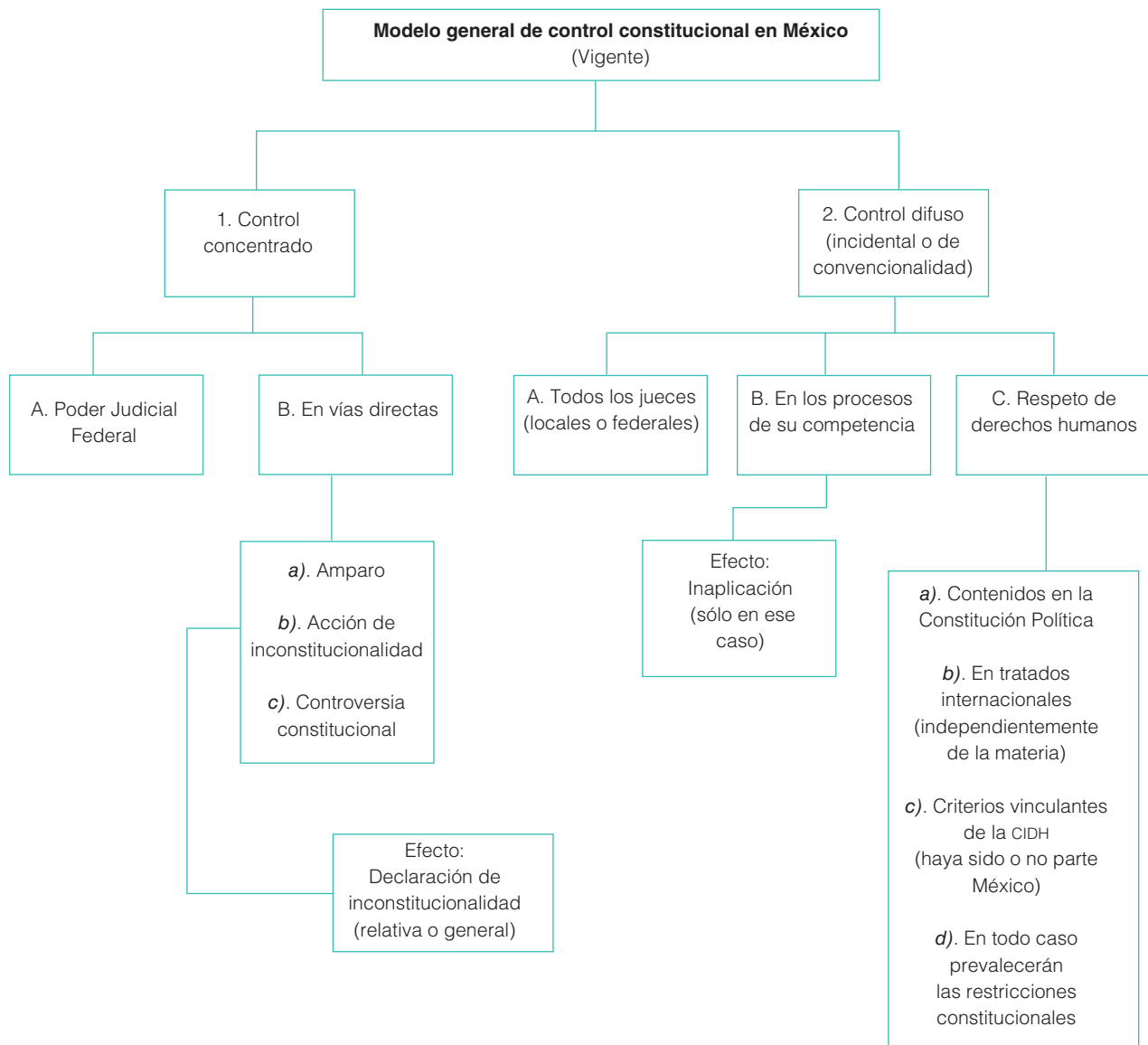
Con esta interpretación, siempre que exista restricción constitucional deberá ceder la CADH y, en consecuencia, el control de convencionalidad. En otras palabras: el parámetro de regularidad constitucional en México invariablemente está determinado y acotado por la Constitución, a pesar de que existan normas internacionales más favorecedoras.

De acuerdo con lo anterior, se contravienen las razones por las cuales en la contradicción de tesis 293/2011 se resolvió que todos los casos de la Corte IDH serían vinculantes para México si resultaban más favorecedores: *i)* la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una extensión de la CADH, *ii)* la Corte IDH es el intérprete último de la CADH y los derechos humanos incluidos en ésta forman parte del catálogo

¹⁴ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 32/2012”, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=category/expediente/acci%C3%B3n-de-inconstitucionalidad-322012>; Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Contradicción de tesis 299/2013”, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439>; Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Contradicción de tesis 467/2012”, <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/633849881>; Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Amparo directo en revisión 1312/2014”, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=category/expediente/amparo-directo-en-revisi%C3%B3n-13122014>; y Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Amparo directo en revisión 1250/2012”, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=category/expediente/amparo-directo-en-revisi%C3%B3n-12502012>, (fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

de derechos humanos en México, y *iii*) tanto la SCJN como las cortes supremas de los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH deben mantener un *diálogo jurisprudencial* con ésta, puesto que todas tienen la finalidad de proteger los derechos humanos.

Tras lo expuesto, podemos concluir que el modelo general de constitucionalidad en México actualmente se encuentra en los siguientes términos:¹⁵



¹⁵ Para una exposición más simple únicamente se toman en cuenta a las autoridades jurisdiccionales, excepto al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

IV. La supraconstitucionalidad de los derechos humanos

Por último, el análisis precedente no estaría completo sin un ejercicio de derecho comparado que ayude a vislumbrar las desventajas que representan las restricciones constitucionales impuestas por la SCJN al control de convencionalidad, en comparación con esquemas más progresistas como el de la supra-constitucionalidad de los derechos humanos vigente en otros países del mundo, pero particularmente del continente americano.

¿En qué consiste la supra-constitucionalidad de los derechos humanos?

Al hablar de control de convencionalidad necesariamente debe abordarse el tema de la jerarquía de los tratados internacionales, y sobre todo de aquellos que versan sobre derechos humanos. De manera genérica encontramos que la jerarquía que las Constituciones le otorgan a estos instrumentos puede ser diversa, dividiéndose principalmente en cuatro categorías: *a)* supraconstitucional, *b)* constitucional, *c)* supralegal y *d)* legal.¹⁶

Como ya se abordó, el tratamiento constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos era, hasta antes de la reforma de 2011, de supralegalidad, toda vez que de conformidad con el artículo 133 constitucional, todos los tratados que estén de acuerdo con la Carta Magna, “celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”, precepto que la SCJN durante los años previos a la reforma de 2011 en materia de derechos humanos interpretó como superior a las leyes federales pero con rango menor que la Constitución.

Sin embargo, a partir de la multicitada reforma puede afirmarse que el rango que actualmente poseen los tratados internacionales de derechos humanos en México ya no es de supralegalidad, sino de auténtica constitucionalidad, debido a que uno de los cambios sustanciales de la reforma fue el texto incluido en el artículo 1º de la Constitución Política que ha dispuesto “que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de

¹⁶ Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía de los tratados internacionales”, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 140.

los que el Estado mexicano sea parte”, lo cual representó una auténtica victoria de la sociedad civil en el tema al lograr elevar el contenido de dichos instrumentos al nivel de lo establecido por el texto constitucional.

Aunque la Carta Magna mexicana puso de manifiesto dicho reconocimiento, aún parece lejano el lograr la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos en México, es decir que dichos instrumentos normativos internacionales adquieran un rango superior a la propia Constitución cuando éstos resulten más protectores de la persona, toda vez que ha sido la SCJN la que en sus recientes interpretaciones ha impuesto severas y preocupantes restricciones al control de convencionalidad.

La supraconstitucionalidad de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales apareció por vez primera en la Constitución de Los Países Bajos, que en 1956, en su artículo 63, estableció que “si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución”,¹⁷ abriendo la posibilidad de que tratados internacionales estuvieran por encima de las Constituciones cuando dichos instrumentos abonaran a la progresividad del orden jurídico de los países.

En América Latina, la supraconstitucionalidad de los derechos humanos ya no es ajena, ya que existen en algunos textos constitucionales de los países que forman parte del continente, como es el caso de Colombia y Guatemala, lo que muestra que esta innovadora concepción de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos ya no es indiferente en esta parte del mundo.

Colombia

La Constitución de Colombia, en su artículo 93, establece que “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.¹⁸

¹⁷ Ayala Corao, “La jerarquía de los tratados internacionales”, 141.

¹⁸ Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional* núm. 116 del 20 de julio de 1991, actualizada con las dos últimas reformas y los actos legislativos a 2015, artículo 93, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).

La redacción de dicho precepto resulta interesante si consideramos que la Carta Magna colombiana establece la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho nacional cuando éstos reconozcan los derechos humanos, lo cual constituye una verdadera cláusula de supraconstitucionalidad debido a que el texto constitucional otorga mayor jerarquía a estos derechos al proscribir su permanencia por encima de la del ordenamiento interno de ese país.

Asimismo, del texto aludido se deriva una segunda característica relevante, y es que el artículo 93 no habla de tratados específicos en materia de derechos humanos sino que hace una referencia genérica a los “tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso” que reconozcan derechos humanos, lo cual puede interpretarse como una disposición que no hace distinción al respecto, al no importarle la materia que regule el instrumento multilateral en cuestión, sino que si éste en su contenido prevé normas protectoras de derechos humanos o prohibiciones a la limitación en los estados de excepción, entonces dichas normas serán las únicas que gozarán de supraconstitucionalidad, pero no así el tratado en su totalidad.

Guatemala

Por su parte, el artículo 46 de la Carta Magna del Estado de Guatemala dispone que: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.¹⁹

Al igual que el texto constitucional colombiano referido con anterioridad, la Constitución guatemalteca hace un reconocimiento expreso del carácter supraconstitucional que tienen los tratados y las convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala.

Sin embargo, a diferencia de Colombia, del texto aludido puede interpretarse que dicho precepto sólo se acota a aquellos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, por lo que instrumentos de otra índole, como aquellos celebrados en materia comercial o de cooperación, por ejemplo, quedarían excluidos de dicho

¹⁹ Constitución Política de la República de Guatemala, aprobada el 31 de mayo de 1985, reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993, artículo 46, <http://cc.gob.gt/constitucionpolitica> (fecha de consulta: 21 de diciembre de 2018).

supuesto normativo, ello a pesar de que en su contenido existan preceptos de derechos humanos.

En consecuencia, la redacción del artículo 46 se advierte limitada por su especificidad, debido a que pareciera ser un requisito *sine qua non* para la supraconstitucionalidad de los derechos humanos en Guatemala que éstos se encuentren reconocidos en tratados internacionales específicos en la materia, dado que el texto constitucional del país centroamericano no es claro con respecto a aquellos casos en donde se consagren normas de derechos humanos en instrumentos multilaterales que no versen sobre derechos humanos en lo particular.

Comparativo entre México, Colombia y Guatemala

Finalmente, el análisis aquí planteado no estaría completo si no se hiciera un comparativo entre las legislaciones antes descritas y la mexicana, pues al discutir sobre las restricciones constitucionales que en México existen, resulta obligatorio comparar las bondades de esquemas menos restrictivos, como la supraconstitucionalidad, y los efectos de ésta en lo que a la protección de los derechos humanos se refiere.

A continuación, se presenta un breve ejercicio comparativo entre los citados textos constitucionales, con el objetivo de proveer una herramienta que clarifique las diferencias existentes desde la perspectiva de la supraconstitucionalidad y las restricciones al control de convencionalidad:

Texto constitucional	Cláusula de supra-constitucionalidad	Restricciones al control de convencionalidad	Comentarios
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)	No existe (Sin embargo, los artículos 1º y 133 prevén la jerarquía de los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano)	Los artículos 1º y 133 de la Constitución revisten a los tratados internacionales de derechos humanos de una aparente jerarquía constitucional, sin embargo, ha sido la SCJN quien en su jurisprudencia ha acotado lo anterior a un plano jerárquico inferior de supra legalidad.	Considerar la jurisprudencia que en la materia ha emitido la SCJN, particularmente la contradicción de tesis 293/2011, así como el expediente varios 1396/2011, en las cuales obran las restricciones constitucionales al control de convencionalidad.
Constitución Política de Colombia (1991)	Artículo 93	De la redacción del texto constitucional, no se desprende ninguna disposición que constituya una limitante al control de convencionalidad.	En comparación con las Constituciones de México y Guatemala, la Constitución colombiana posee la regulación más amplia en materia de control de convencionalidad, al no oponer restricción o limitante alguna.
Constitución Política de la República de Guatemala (1985)	Artículo 46	No existe una restricción expresa, sin embargo, la redacción apunta a que únicamente aquellos tratados sobre derechos humanos gozarán de jerarquía supraconstitucional.	No se precisa si una norma de derechos humanos consagrada en un instrumento internacional no propio de la materia goza de jerarquía supraconstitucional, sin embargo, al no haber una prohibición expresa, la restricción al control de convencionalidad necesariamente derivará de una interpretación de la Corte Constitucional de Guatemala.

v. Conclusiones

Primera. El sistema interamericano de derechos humanos debe entenderse necesariamente como una instancia independiente que busca confrontar actos y hechos generados en el marco legal de los Estados Parte a la luz de los tratados internacionales, con el objetivo de generar criterios orientadores de carácter vinculante mediante los cuales se logre su fin como último intérprete de la CADH, que es precisamente respetar y salvaguardar los deberes y derechos que la Convención Americana contempla a través del cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados Parte.

Segunda. No todas las normas de *un tratado internacional de derechos humanos* deben ser incorporadas al catálogo de derechos humanos ya referido pues, aunque en él se encuentren las relativas a la firma, ratificación y depósito del mismo por parte de los Estados, dichas normas no se refieren enteramente a derechos humanos.

Tercera. Pueden ser incorporados al catálogo de derechos humanos aquéllos que estén contenidos en tratados internacionales que no sean *de derechos humanos*, como lo es el caso del derecho a la notificación, contacto y asistencia consular que se encuentra en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Cuarta. El conjunto normativo que prevé el artículo 1º constitucional se compone de los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna, así como en los tratados internacionales ratificados por México, independientemente de la materia de éstos.

Quinta. La nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ni debe ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma al artículo 1º constitucional tuvo como objetivo la integración de un catálogo más amplio de derechos humanos y no jerarquizarlos y/o distinguirlos en atención a su fuente.

Sexta. La supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico mexicano independientemente de su fuente normativa.

Séptima. El parámetro de control de regularidad constitucional es el conjunto de normas de derechos humanos cuya fuente es la Constitución mexicana o los tratados internacionales de los que México es parte, y que encuentra su origen y fundamento en el artículo 1º constitucional.

Octava. Las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales necesariamente se desvinculan de éstos y se integran al parámetro de control de regularidad constitucional.

Novena. Dicho parámetro debe utilizarse para interpretar cualquier norma relativa a los derechos humanos, pues precisamente fueron integrados a nuestro orden jurídico para ampliar el catálogo de derechos humanos y darles un rango constitucional a todas esas normas, para así cumplir tanto las obligaciones genéricas como las específicas de las que habla el citado párrafo tercero del artículo 1º constitucional y que mencionamos en el apartado precedente.

Décima. Si la Constitución Política prevé una restricción expresa al ejercicio de algún derecho humano, se deberá estar a lo que la norma constitucional disponga.

Décimo primera. El Pleno de la SCJN al resolver la multicitada contradicción de tesis 293/2011, consideró que todos los criterios emitidos por la Corte IDH son vinculantes

para México, aun cuando éste no haya sido parte toda vez que la Corte Interamericana es la última intérprete de la CADH.

Décimo segunda. Las razones de la SCJN fueron: *i)* la jurisprudencia de la Corte IDH es una extensión de la CADH, *ii)* la Corte IDH es la última intérprete de la Convención Americana y los derechos humanos incluidos en ésta forman parte del catálogo de derechos humanos en México, y *iii)* tanto la SCJN como las cortes supremas de los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, deben mantener un *diálogo jurisprudencial* con ésta, puesto que todas tienen la finalidad de proteger los derechos humanos.

Décimo tercera. A pesar de que ahora los criterios de la Corte IDH en los que México no fue parte son vinculantes para éste, para su aplicación las y los jueces deben valorar, además del principio *pro personae*, si el marco normativo, los hechos, su contexto y demás particularidades del caso son análogas al asunto que se haya sometido a su consideración, esto con el fin de determinar si aplican la jurisprudencia de la Corte Interamericana o la jurisprudencia nacional.

Décimo cuarta. La influencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos se identifica en cada una de las modificaciones y nuevas interpretaciones de las que hemos hablado a lo largo del presente artículo, sin embargo, las dos más importantes son: *a)* la inclusión de los derechos humanos contenidos en la CADH dentro del parámetro de control de regularidad constitucional, y *b)* el carácter vinculatorio de las sentencias emitidas por la Corte IDH, independientemente de que el Estado mexicano haya sido o no parte en el procedimiento.

Décimo quinta. A diferencia de otros países latinoamericanos, como Colombia y Guatemala, en México la supraconstitucionalidad de los derechos humanos parece estar aún lejos de alcanzarse, ya que ha sido la propia SCJN la que ha buscado a través de sus últimas decisiones acotar los efectos de los tratados internacionales de derechos humanos y de las resoluciones de los tribunales internacionales al plantearlos en un plano de legalidad por debajo de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

VI. Bibliografía

- Anaya Muñoz, Alejandro, *et al.* *Glosario de términos básicos sobre derechos humanos*. México: Universidad Iberoamericana/Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2005.
- Arteaga Nava, Elisur. *Derecho constitucional*, 3a. ed. México: Oxford University Press, 2008.
- Ayala Corao, Carlos M. “La jerarquía de los tratados internacionales” *En El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. 77-156. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008.
- Cárdenas Soriano, Gustavo. “La materialización de la justicia a través del control de convencionalidad.” *Ius Ibero*, año 2, núm. 5 (abril-junio 2013).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Resolución núm. 29/88, caso 9260, Jamaica*, 14 de septiembre de 1988.
- Constitución Política de Colombia del 20 de julio de 1991. *Gaceta Constitucional*, actualizada con las dos últimas reformas y los actos legislativos a 2015. <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).
- Constitución Política de la República de Guatemala del 31 de mayo de 1985. Reformada por Acuerdo legislativo núm. 18-93 del 17 de noviembre de 1993. <http://cc.gov.gt/constitucionpolitica/> (fecha de consulta: 21 de diciembre de 2018).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 10 de febrero de 2014.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ratificada el 2 de marzo de 1981 por el Estado mexicano, *Diario Oficial de la Federación*, publicada el 24 de febrero de 1981.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Gelman vs. Uruguay (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)” Resolución del 20 de marzo de 2013.
- Cossío Díaz, José Ramón. *La construcción de las restricciones constitucionales de los derechos humanos*. México: Porrúa, 2015.
- Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve. *Diario Oficial de la Federación*, 24 de febrero de 1999.

Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969. *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1981.

Faúndez Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

García Ramírez, Sergio. *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*. México: Iteso/Universidad Iberoamericana Cd. de México/Universidad Iberoamericana Puebla/Universidad de Guanajuato, 2005.

Senado de la República, Boletín 049, Senado reconoce competencia de la CIDH en casos derivados de aplicar el artículo 33 Constitucional, 4 de febrero de 2014, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/10724-boletin-049-senado-reconoce-competencia-de-la-cidh-en-casos-derivados-de-aplicar-el-articulo-33-constitucional.html> (fecha de consulta: 8 de octubre de 2016).

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Acción de inconstitucionalidad 32/2012” <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=category/expediente/acci%C3%B3n-de-inconstitucionalidad-322012> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

_____. “Amparo directo en revisión 1250/2012” <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=category/expediente/amparo-directo-en-revisi%C3%B3n-12502012> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

_____. “Amparo directo en revisión 1312/2014” <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=category/expediente/amparo-directo-en-revisi%C3%B3n-13122014> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

_____. “Contradicción de tesis 299/2013” <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

_____. “Contradicción de tesis 467/2012” <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/633849881> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

_____. Pleno. Contradicción de tesis 293/2011. “Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea (24 de junio de 2011).

_____. Pleno. Ejecutoria P. LXVII/2011(9ª). “Expediente varios 912/2010”. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, (octubre de 2011).

_____. Pleno. Tesis aislada P. LXVII/2011(9ª) en materia constitucional. “Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad”

Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro III, t. 1 (diciembre de 2011).

_____. Pleno. Tesis aislada P. LXVIII/2011(9ª) en materia constitucional. “Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos” *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro III, t. 1 (diciembre de 2011).

_____. Pleno. Tesis aislada P. LXX/2011(9ª) en materia constitucional. “Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano” *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro III, t. 1 (diciembre de 2011).

_____. Pleno. Tesis aislada P. IX/2007 en materia constitucional. “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional” *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxv (abril de 2007).

ENSAYO TEMÁTICO

núm. 14 Enero-junio de 2018

<http://revistametodhos.cd hdf.org.mx>

La justicia, el orden social y la seguridad jurídica

Justice, social order and legal certainty

Edher Arturo Castro Ortega*

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

Ciudad de México, México

edher.castro@cdhdf.org.mx

Recibido: 3 de noviembre de 2017

Dictaminado: 7 de febrero de 2018

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, titulado con mención honorífica; y maestrando por la misma casa de estudios. Desde 2016 colabora en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Ponente en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, con el tema de los derechos humanos en la protección del patrimonio cultural.

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 idea de justicia es una de las constantes a lo largo de la historia de la humanidad, no obstante, este concepto, por su abstracción, es tal vez una de las eternas preguntas que seguirán existiendo, sin embargo, en la vida de cualquier sociedad es un tema presente aun cuando su definición sea una tarea compleja. En ese sentido, la justicia y el derecho han encontrado una relación inseparable, por lo cual, dentro de las diferentes concepciones del derecho se contempla a la justicia de uno u otro modo, asimismo, en tanto que éstas se encuentran orientadas a mantener el orden social, es también necesario conocer lo que implican y así acercarse un poco más al concepto de *justicia*.

Finalmente, en tanto que el derecho (justo) está encaminado a sostener el orden, crea una serie de normas jurídicas las cuales, como sistema, dotan de certeza a todas y todos los ciudadanos respecto de las consecuencias de sus actos, esto es, lo que actualmente conocemos como *seguridad jurídica*.

Es así que, en el estudio de cualquier sociedad, aun en aquellas cuyos sistemas jurídicos se encuentran menos desarrollados, se pueden observar estos tres conceptos: justicia, orden social y seguridad jurídica, por lo que son temas de estudio obligados para poder entender la manera en la cual se funda la sociedad y su sistema jurídico.

Palabras claves: justicia, derecho, iusnaturalismo, iuspositivismo, orden social, bien común, sociedad, seguridad jurídica.

Abstract

The idea of justice has been present in the history of humankind even though its definition is a difficult goal to reach out. In fact, justice and law have found an inseparable relationship. Therefore, within the different conceptions of law, justice is contemplated in one way or another, as well, while both are oriented to keep social order, it is also necessary to know what does it implies and thus approach a little more to the concept of *justice*.

Finally, while the law (law is aimed at sustaining order) creates a series of legal norms which, as a system, provide certainty for all citizens regarding the consequences of their actions; the so-called *legal certainty*.

Thus, in the study of any society, even those whose legal systems are less developed, you can see these three concepts: justice, social order and legal certainty, so they are subjects of study required to understand the way society and its legal system are founded.

Keywords: justice, law, iusnaturalism, iuspositivism, social order, common benefit, society, legal certainty.

Sumario

I. Introducción; II. La justicia; III. El orden social; IV. La seguridad jurídica; v. Conclusiones; VI. Fuentes consultadas.

I. Introducción

A lo largo de la historia hay preguntas que han ocupado las mentes más brillantes de la humanidad, la mayor parte de éstas hacen eco en la naturaleza propia del ser humano, tan es así que incluso hoy nos seguimos planteando interrogantes como: ¿Qué es el ser humano? ¿Para qué estamos aquí? ¿Tenemos un fin en la vida? ¿Somos realmente diferentes de otros seres? ¿Existe algo más allá de la muerte? ¿Existe un castigo para nuestras acciones? Estos y otros cuestionamientos frecuentemente se repiten y para tratar de darles respuesta la filosofía ha actuado de manera muy importante, por lo que, desde tiempos antiguos, en todo el mundo observamos a múltiples pensadores como Buda, Platón, Aristóteles, Agustín de Hipona, Immanuel Kant, entre muchos otros, que ofrecen respuestas que sirven de fundamento para los actuales sistemas sociales.

Así, una de las grandes interrogantes que se ha planteado la humanidad es: ¿qué es la justicia? Al respecto, se han fijado innumerables posturas, sin embargo, siempre que se formula una nueva definición de la justicia se conforma también una explicación de por qué esa definición resulta vacía y no alcanza a brindar una tesis cierta de lo que se debe de entender por ésta.

A pesar de estas definiciones, existen posturas que han sido adoptadas por amplios grupos de pensadores, quienes aun con las condiciones que operan en su contra, se han sostenido al defender postulados como los de Aristóteles o Domicio Ulpiano, figuras referentes cuando se habla de justicia. Es así que, hasta tiempos contemporáneos, la justicia sigue siendo un tema a debatir, no obstante, las nuevas tendencias se orientan a señalar que, dado la abstracción de este término, no es posible otorgar un concepto específico, pero sí pueden formularse referencias que hacen alusión a conductas justas y a partir de ellas es que puede entenderse lo que representa la justicia.

A la justicia se le ha relacionado continuamente con el derecho, en tanto que éste sirve para mantener el orden social y dicha tarea impone la obligación de ser *justo* con aquellas y aquellos que participan del sistema jurídico, de tal manera que se ha establecido que la justicia integra uno de los principios fundamentales del derecho, por lo que la relación entre ambas es indestructible.

Ahora bien, en tanto que la justicia y el derecho sirven para preservar el orden social, es necesario enfatizar lo que éste representa, ello en razón de que suele hacerse alusión a dicho orden aun cuando no se ha terminado de vislumbrar cuál

es su alcance. Al entrar un poco en el orden social, de inmediato se puede observar que se encuentra condicionado por la idea del bien común, no obstante, aquí cabe preguntarse: ¿qué es el bien común? Por un lado, el término *bien* obedece a un carácter subjetivo, está envuelto en una estructura moral y varía de una persona a otra y, por otro lado, debido a que ningún ser humano es igual a otro –aun cuando diversos individuos hayan aceptado someterse a un pacto social–, lo que alguno pueda entender dentro de sí como *bien común* no será exactamente igual para cada uno de los demás. Por lo anterior, se justifica la necesidad de entender las condiciones pluriculturales en las cuales se desarrolla una sociedad, para de este modo atender las necesidades específicas de cada persona, lo que puede contribuir a asegurar el bien común de todas y todos, y mantener el orden social.

Como ya se comentó, uno de los medios para alcanzar dicho orden social es el derecho, por lo cual éste, a través de las normas jurídicas, brinda un campo de protección para cada uno de los intereses particulares, y de esta manera asegura que un interés propio no se verá transgredido por el actuar ajeno, por lo que una norma jurídica establecerá los límites de la acción personal, de forma que se contemplen consecuencias para dicha actividad; esto es lo que se conoce como *seguridad o certeza jurídica*. En así que el derecho tiene la obligación de ser justo –situación que brinda un gran campo de estudio para las diferentes corrientes epistemológicas del derecho– ya que, como lo han sostenido algunos juristas, si un derecho es extremadamente injusto no puede tener el carácter de derecho, aunque es uno de los temas más debatidos en la teoría jurídica. Sin embargo, si un derecho (injusto) opera en la sociedad, las consecuencias (seguridad jurídica) se verán manchadas de injusticia, por lo que es necesario corregirlo o, conforme a las posturas más radicales, desobedecerlo o destruirlo.

De ahí es que nace la relación entre justicia, orden social y seguridad jurídica, situación que abordaremos brevemente en el presente trabajo con el fin de ofrecer una postura que permita orientar los estudios que se realicen sobre estos temas y así contribuir al desarrollo de la sociedad y al entendimiento de la utilidad del derecho.

II. La justicia

Como ya se comentó, el ser humano se ha planteado en todos los tiempos la misma pregunta: ¿Qué es la justicia? De ahí que se haya esgrimido una infinidad de definiciones que buscan explicar y delimitar lo que ésta implica, no obstante, como

lo veremos brevemente, a pesar de su exhaustivo estudio, tal vez nunca se logre su completa definición.

En este campo es que se desarrolla el derecho que, aunque no es objeto del presente análisis, representa un elemento de estudio siempre que se habla de justicia. Los positivistas se encargaron de difundir esta postura a lo largo de los siglos XIX y XX, la cual se dirigió específicamente a señalar que una norma o ley indicaría lo que es justo, es así que aquellos postulantes del formalismo jurídico –como también se ha identificado a los *iuspositivistas*– consideran que justo es aquello que se encuentra de conformidad con la ley, *contrario sensu* es injusto lo que se aparta de aquella.¹ No obstante, los juristas de esta estirpe no han sido los únicos responsables de hacer pública esta concepción. Ya los naturalistas a lo largo de la historia –a pesar de las divergencias que esta corriente presenta– se han encargado de hacer hincapié al establecer su “creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre, sino que son descubiertos, principios verdaderos, que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia”.²

Quizá el punto realmente toral en la esencia del derecho es la búsqueda de sus fines. Si bien es cierto que la norma es parte vital de éste, también lo es que ésta sólo es un mecanismo que se emplea para alcanzar la justicia, esto desde una perspectiva que abandona al *iuspositivismo* de autores como Hans Kelsen, de tal modo que, más allá de concebir a los mecanismos de que se sirve la ciencia jurídica, es necesario analizar si la justicia es la esencia del derecho o por lo menos parte de ésta, ya que, aunque el objetivo del derecho positivizado es el bien común, igualmente lo es –quizá de manera fundamental o sobre cualquier otro objetivo– alcanzar la justicia. A pesar de que este principio pueda parecer más un concepto moral –como se ha podido analizar por diferentes juristas–, éste constituye un fin único para cualquier sistema jurídico, social o de otro tipo que se quiera abordar.

Como brevemente lo hemos expuesto, el vínculo entre la justicia y el derecho se ha hecho presente en diferentes posturas epistemológicas del derecho. Si bien no corresponde en este momento ahondar en un tema tan profundo como lo es definir al

¹ Eduardo García Máynez, *Positivismos jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 10ª ed. (México: Fontamara, 2016), 24.

² Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos* (México: Fontamara, 1991), 15.

derecho, a lo largo de la historia éste ha sido uno de los instrumentos que ha servido para determinar lo que es o no justo en una sociedad.

Ahora bien, la definición de *justicia* encierra una gran dificultad para expresar su significado, esto debido a la gran variedad de *verdades* que nos pueden acercar a la definición de tal concepto, es decir, el cúmulo de consideraciones subjetivas respecto a que lo que es justo para uno puede no serlo para otro; por ejemplo, lo que acontece con la sanción ante el incumplimiento de una norma jurídica. Esta discusión acerca de lo que significa la justicia ha constituido uno de los más grandes temas de disertación desde épocas antiguas, tal y como lo pensó Platón al relacionar directamente la justicia con la verdad, situación que se ve reflejada dentro de sus diferentes obras, principalmente la *Politeia*.³

Es preciso ahondar primeramente en lo que representa la justicia, y manifestamos que ésta simboliza un sentido, o en forma más concreta, un valor. No es posible hablar acerca de la justicia sin hacer referencia a Aristóteles, que ha sido llamado el *gran maestro de la justicia*, y quien tenía una concepción que no dista mucho de la que sostienen filósofos contemporáneos, como se observa en su obra *Ética nicomáquea*, donde plantea lo que es injusto y que aplica a: 1) al transgresor de la norma y 2) al codicioso. De esta división procede a sentar un sentido positivo que afirma que lo que está conforme a la ley y lo equitativo será lo que es justo y que, a su vez, el varón justo es aquel que observa la ley y la igualdad.⁴ Como se puede ver, la idea de justicia de Aristóteles ya planteaba la estrecha relación entre ésta y la norma, asimismo este ícono de la cultura griega consideraba haber encontrado un método científico para poder determinar las virtudes y señalar lo que es lo bueno.⁵

Sin embargo, algunos críticos de la concepción aristotélica sobre la justicia han señalado que ésta representa una fórmula vacía puesto que la postura de lo que es bueno corresponde a un criterio subjetivo, y que al señalar la existencia de una virtud, es decir, algo que es bueno, también presupone lo que es malo o un vicio, sin que tal concepto quede definido. De este modo, si la justicia se halla en un punto equidistante entre lo bueno o lo malo, tal afirmación no representa nada, ya que no define ni lo bueno ni lo malo, por lo que no es posible saber cuáles son los extremos entre los cuales se encuentra la justicia, de tal forma que nunca fue definida.

³ Hans Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos* (México: Editorial Coyoacán, 2010), 104.

⁴ Eduardo García Máynez, *Filosofía del derecho*, 17ª ed. (México: Porrúa, 2015), 439-440.

⁵ Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, 2ª ed. (México: Fontamara, 2013), 63.

Es difícil tratar de abordar de manera sumaria lo que corresponde a la justicia, pues podría ser ampliamente discutido y se crearían obras enormes y complejas acerca de su significado; no obstante, con la sagacidad que esto representa, consideramos que es necesario partir de una pequeña guía conceptual que pueda ofrecer un marco para desarrollar esta idea. Si autores como Manuel Atienza, Hans Kelsen, Immanuel Kant o Rafael Rojina Villegas –por nombrar sólo a algunos– han identificado diferentes tipos de justicia y modos de observarla, podríamos partir de la definición del clásico pensador romano Ulpiano –a sabiendas de que se han formulado incontables comentarios en contra de su concepción de justicia, los cuales siguen la misma suerte de las críticas hechas a Aristóteles, por la falta de definición o la subjetividad de su expresión–, quien manifestó que la *justicia* es “la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo suyo”⁶ (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). En tal sentido, este jurista de la antigua Roma señalaba que probablemente ésa es la definición más popular de la justicia –y que es pertinente analizar a pesar de las modificaciones que han hecho otros autores–; personalmente también nos ha parecido acertada, aún con las incontables críticas formuladas en su contra.

Ulpiano señala que la *justicia* –entendiéndola a la luz de los argumentos anteriormente esgrimidos como un valor– es la voluntad, es decir, que el juicio de valor –en palabras llanas, un valor que atiende a la moral, por el cual el ser humano desarrolla sus actos debe ser aplicado directamente a la idea de *generar justicia*, por lo que ante un acto el resto de los individuos ajenos a éste tienen en sí la necesidad de actuar. Lo anterior significa que la voluntad se ve dirigida en todo momento, de ahí que considere que dicha voluntad es continua y perpetua, puesto que a pesar de las condiciones del ser humano, inherentemente éste se encuentra en la búsqueda de proporcionar su juicio o, como lo señala Ulpiano, de dar a cada uno de los sujetos que lleva a cabo un acto, un valor a sus actos, de tal manera que a éstos les corresponda una reacción, es decir, que de acuerdo con el acto que un ser despliegue, éste generará una respuesta en el ser (otro individuo) de modo que le deba recibir una respuesta ante este acto. En otras palabras, se tiene que dar a cada quien lo suyo, ya sea que esta respuesta sea positiva o negativa para el primer sujeto actuante, de ahí que se justifique que, ante una *buena actuación*, se le recompense o se le permita continuar con su actividad, mientras que en contra de una *mala*

⁶ Jorge Kristian Bernal Moreno, “La idea de justicia”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. I, núm. 1 (2005): 160.

actuación se le sancione y aplique un castigo que restrinja la continuidad de sus acciones.

Al observar esta definición es posible entender una forma de la justicia que, en términos vanos, se explica de la siguiente manera: ante un acto, el ser humano, por propia natura, se ve arrojado a valorarlo, a juzgarlo; del juicio que éste lleve a cabo se observarán consecuencias, las cuales serán expresadas al sujeto que inicialmente llevó a cabo el hecho. En este sentido es que tradicionalmente se ha entendido a la justicia, como la consecuencia ante la emisión de un acto, para que se le premie o castigue o, en términos jurídicos genéricos, se le sancione. No obstante, debido a la gran dificultad por definir a la justicia, se han llevado a cabo varias críticas a esta conceptualización, sin embargo, como ya se ha manifestado, ésta sirve sólo de acercamiento o de referencia para poder entenderla, de tal modo que no se debería de juzgar al autor más allá de lo necesario.

Asimismo, de su definición es posible pensar en otras características esenciales que evidencian cómo se concibe al sujeto en relación con la justicia, esto es, si bueno o justo en sí mismo, ya que ante un determinado acto surge en él la necesidad de responder *con justicia* —esto es darle al autor de la conducta lo que le corresponde en razón de la actividad que haya llevado a cabo—, de ahí que se pueda observar como bueno, si es que el hecho de ser justo de manera innata se pueda considerar así.

Tal vez una forma *incluyente* para poder entender a la justicia se halle en el *iusnaturalismo*, el cual, a pesar de sus diferencias históricas y epistemológicas, ha sido más o menos constante en los elementos constitutivos de la justicia, siendo éstos los siguientes:

- a) Lo justo se relaciona con una serie de principios que se pueden observar de modo amplio o más estricto, sin embargo, todos ellos derivan de la idea de un orden natural y pueden ser reconocidos por el ser humano.
- b) Tales principios son verdaderos en la medida en que describen al orden natural, es decir, de un derecho natural que se entiende objetivamente como fundamento de toda ley jurídica y, en sentido subjetivo, como fundamento de toda facultad o exigencia jurídica.⁷
- c) Por lo menos alguno de estos principios tiene carácter de inmutable y universal,⁸ que en el caso de la justicia representa un principio que deriva del orden natural,

⁷ Francisco Puy, *Teoría científica del derecho natural*, 3ª ed. (México: Porrúa, 2006), 485.

⁸ Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, 8ª ed. (México: Fontamara, 2009), 109.

por lo que al ser un reflejo de éste representa un principio constante el cual no cambia a pesar del tiempo y de la sociedad, sino que permea como una idea suprema en todo momento. Así, el derecho natural, en tanto que se encuentra fundado en principios como la justicia, implica un concepto universal auténtico que no es previo o limitado por la realidad, sino fundamentado en ella.⁹

De esta manera el iusnaturalismo concibe a la idea de la justicia como un principio, el cual por derivar de un orden natural tiene una categorización valorativa, es decir, que es observado como un valor dentro del sistema jurídico y constituye un fin al que debe aspirar el derecho. En tal sentido, se puede entender que la *justicia* “es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior”.¹⁰

Asimismo, es necesario decir que la justicia presupone un trato igual para los iguales y desigual para los desiguales, no obstante, al tratarse de un principio tan abstracto, no se puede pretender que la sola idea de la justicia se lleve a cabo de forma individualizada, sino que requiere de pautas generales debido a que no especifica quiénes son iguales y quiénes son desiguales, sino que sólo crea una idea general y abstracta, la cual debe ser aplicada de acuerdo con las condiciones de cada uno de los individuos que se someten a su juicio, es decir, la justicia no actúa de modo directo sino que necesita de elementos específicos para su actuación. En otras palabras, para conocer quiénes son iguales y que por lo tanto tienen que ser tratados de determinada manera, se debe atender al valor teleológico de cada situación, esto debido a la propia naturaleza humana, puesto que cada individuo es diferente y no posee las mismas características, de ahí que se fundamente lo que hoy se conoce como *igualdad sustantiva*, “cuyo objetivo es remover o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos o de cualquier otra índole, para alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas o grupos respecto de otros”.¹¹ Este mismo argumento es el que más problemáticas le trae a la justicia, puesto que en el afán de aparecer como justo o bien –por no recibir una determinada sanción y ante una situación de *envidia* por parte de los sujetos– se ataca a la justicia como inexistente o como inservible. No obstante, a la luz de los criterios que se han expuesto,

⁹ Francisco Puy, *Teoría científica del derecho natural*, 486.

¹⁰ Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 31.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Asignaciones familiares sólo para esposas o concubinas del pensionado. Violan los derechos de no discriminación, de igualdad y de seguridad social* (México: Suprema Corte de la Justicia de la Nación/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 21.

parece claro que la justicia opera como un fin del derecho que regula relaciones para mantener el orden jurídico, y en tanto que aspiran a ésta, las sanciones deberán de ser impuestas de acuerdo con el valor de los actos que despliega cada uno de los seres humanos.

Para entender lo anterior es preciso reflexionar un poco. Se requiere comprender que un sujeto, el cual vive dentro de una sociedad constituida y regulada por normas (jurídicas), tendrá a su cargo obligaciones y permisos señalados por estas reglas, no obstante, el ser humano por sus características ontológicas, es decir, por su esencia misma, se concibe como un ser libre y su voluntad puede manifestarse en cualquier momento, a pesar de estar sometido a un orden socio-jurídico, por lo que puede expresar su voluntad a través de la realización de diferentes actos, que tendrán repercusiones dentro de la sociedad y estarán enmarcados tanto por normas jurídicas como de otro carácter. Es entonces que el autor de tales actos deberá asumir la responsabilidad de haberlos desplegado (para recibir lo que a su derecho corresponde, como reza la definición de Ulpiano acerca de la justicia), por lo cual asume como suyas las consecuencias.

Visto de esta forma pareciera que no hay tintes morales dentro del despliegue de las libertades del ser humano, sin embargo, hay que señalar que un acto, sea cual sea, tiene consecuencias –como ya se ha dicho– que estarán dotadas de un sentido de *bien o mal*, es decir, serán valoradas. Por lo tanto, un acto malo en sí mismo tendrá consecuencias en contra de quien lo lleve a cabo, mientras que si es bueno obtendrá resultados positivos, lo que significa que cada acto tiene un valor intrínseco, de ahí que ante una u otra conducta se aplique una u otra respuesta.¹² Como ya se mencionó al señalar el modo en que se expresa la justicia, se alcanza a apreciar que ésta se encuentra dotada por naturaleza de un sentido valorativo, de ahí que se pueda señalar que ésta constituye un valor y es, de hecho, el valor supremo dentro del sistema jurídico.

De esta manera, la “[j]usticia es un fin de derecho, y por lo tanto no es un elemento de su definición”,¹³ es decir que al momento de conceptualizar al derecho no se puede incluir a la justicia como elemento que lo delimite, sino que ésta se debe de entender como un fin al que aspira el derecho, de tal forma que podemos señalar

¹² Bernal Moreno, “La idea de justicia”, 157-158.

¹³ Rafael Rojina Villegas, “La justicia, valor supremo del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, número especial, tomo LIX (2009): 239.

que la justicia conlleva la idea de dar *una respuesta* –por llamarla de cierto modo– a los actos desplegados por los individuos, respuesta que constituye el objetivo al cual deben tratar de llegar los sistemas jurídicos.

En suma, la justicia tendría dos acepciones que deben ser tomadas en cuenta para poder asimilar su contenido. Por una parte, la justicia vista como una virtud o cualidad del sujeto y de la que se desprenden dos posiciones: la *justicia objetiva*, que corresponde a la propiedad de una relación entre personas, y la *justicia subjetiva*, que es la intención de alcanzar la justicia objetiva, de manera que ésta última es primera, y la justicia subjetiva será segunda. La otra acepción de la justicia es la que se relaciona con las exigencias del derecho positivo que son, por una parte, la juridicidad y, por la otra, la justicia como la idea del derecho *a priori* y superior de la ley, en estricto sentido esto es la justicia.¹⁴

III. El orden social

Cuando se habla de justicia y de derecho se da por sentado que estos términos tienen dentro de sus fines, como uno de sus principales objetivos, el mantenimiento del orden social; sin embargo, dicho concepto envuelve a otro que orienta y es fundamental para entender el establecimiento de un sistema jurídico: el bien común. Al respecto, se ha señalado que el *bien común* implica que la “convivencia social de todos los miembros se haga en forma pacífica y ordenada”.¹⁵ Así, dado que se considera al bien común como un elemento esencial del orden social, es preciso estudiarlo.

Es importante señalar que este concepto (*bien común*) tiene su origen en el latín *bonum commune* y “se refiere al bien (estar) de todos los miembros de la sociedad y el interés público” y para “cuya realización las personas se unen en comunidad”.¹⁶

Partiendo de la definición que se ha expuesto, el bien común se concibe como el mantenimiento del *bien*, y a pesar de lo que este término pueda significar, tal vez es

¹⁴ Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, 31.

¹⁵ Miguel Villoro Toranzo, “La norma jurídica y sus caracteres”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111 (septiembre-diciembre, 1978): 868.

¹⁶ Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (ed.), *Fundamentos, teorías e ideas políticas*, vol. I (México: UNAM, 2014), 157.

el que más dificultades causa al entendimiento de lo que es el orden social, puesto que el concepto de *bien* –o viceversa, del *mal*– puede estar íntimamente ligado con consideraciones subjetivas, además de que puede verse delimitado por ciertos criterios morales o religiosos, lo que resulta de difícil observancia para lo que corresponde en un sistema jurídico.

A pesar de estas dificultades, al tratar de generar una postura aislada de consideraciones de carácter meta jurídico, es necesario manifestar que el bien se podría entender como el orden y la paz, es decir, ningún individuo se une o somete su voluntad a determinada sociedad para ser víctima de caprichos, arbitrariedades o de abusos por parte de otros integrantes de la sociedad.¹⁷ En consecuencia, se puede ya vislumbrar que el origen de vivir en sociedad es permanecer unidos bajo un régimen –que puede ser el jurídico–, sin embargo, la necesidad de estarlo surge por muchos motivos. En este sentido, lo que al sistema de derecho interesa es el carácter de debilidad del individuo, el hecho de que un ser humano actuando de forma aislada se vea desprotegido y por ello no puede alcanzar todos sus fines, y que en el *estado de naturaleza* se vea expuesto ante los diferentes adversarios que obran en su contra –que pueden ser otros seres humanos, animales o las condiciones de la naturaleza donde se desenvuelve–, por lo cual necesita de otras personas con las que comparta objetivos –razón que justifica la unión–, sin embargo, debe existir un mínimo comportamiento para asegurar que el individuo, al permanecer en ese grupo –que ahora podríamos llamar *sociedad*– será por lo menos igual al estado que tendría en caso de mantenerse de forma aislada.

Visto de esta manera, el origen y parámetro del orden social puede radicar en la necesidad de mantener por lo menos una condición que le asegure la supervivencia dentro de una sociedad, sin que el sometimiento a ésta implique que el ser humano se vea perjudicado por instancias que no le afectarían si se condujera fuera de ellas. “Por eso el bien común de toda sociedad no sólo consiste en una convivencia pacífica y ordenada, sino también en una ayuda o protección que se brinda a los miembros, de acuerdo con la naturaleza propia de la sociedad y que produce en ellos una seguridad de poder superar sus limitaciones”.¹⁸

Derivado del estudio del bien común para entender el orden social, y considerando la definición proporcionada inicialmente, podemos observar que el *bien* está dirigido

¹⁷ Villoro Toranzo, “La norma jurídica y sus caracteres”, 868.

¹⁸ Villoro Toranzo, “La norma jurídica y sus caracteres”, 868.

a todas y todos los integrantes de la sociedad y al interés público. Dicha observación se encuentra íntimamente ligada a lo que ya se refirió acerca del origen de una sociedad en busca del orden y la paz, puesto que el sometimiento de su propia voluntad está dirigida a la obtención de éstos. En tal sentido, todos los miembros de la sociedad se han unido a ese pacto, sea de forma expresa o implícita, por lo que los mecanismos que se desarrollen al interior para el logro de tales fines estarán dirigidos a quienes hayan aceptado someterse a esa sociedad; es decir, obtienen este *beneficio* a cambio de limitar su voluntad, y de ahí surge el hecho de que el bien común se imponga como interés público, pues significa que ninguna voluntad individual se hallará por encima de la voluntad colectiva, que es aquella que se ve reflejada en la dirección que precise la sociedad. Esta postura la sostendría un importante autor del siglo xx, Émile Durkheim, al señalar que la *sociedad* es el “conjunto de sentimientos, ideas, creencias y valores que emergen de la organización individual a través del grupo, teniendo una existencia diferente y superior a cada uno de sus miembros”.¹⁹

El sometimiento a las normas jurídicas de un Estado significa que se ha aceptado el pacto social de éste, de modo que el primer interés de esta sociedad sea su mantenimiento de esa forma colectiva, por lo cual, para preservar a la colectividad cualquier interés privado o individual debe ser superado, así se garantiza el *bien común*, es decir, el bien para todos.

Una vez que hemos señalado lo correspondiente al bien común, es momento de centrarnos de manera más concreta puesto que se han podido identificar algunos de los componentes esenciales del orden preservado jurídicamente. En ese sentido, “las normas jurídicas están ordenadas, por tanto, al perfeccionamiento de la vida social, que se alcanza con la realización del bien común”.²⁰ Dicho de otra forma, siendo la norma jurídica y todo el sistema jurídico de un Estado el que rige las relaciones entre los individuos que lo componen, será éste quien tenga a su cargo la responsabilidad de mantener la continuidad, el desarrollo de la sociedad y todos los aspectos relacionados con ésta –educación, política, cultura, medio ambiente, y el resto de los ámbitos sociales–, y para que dicha conservación asegure a los individuos las condiciones necesarias de su existencia, éstas deberán ir progresando y ser cada vez menos gravosas para todas y todos los integrantes de la comunidad, de manera que logren desarrollar a plenitud su vida o, ya plasmándonos en

¹⁹ Napoleón Conde Gaxiola, *Jushermenéutica y sociología jurídica* (Argentina: Círculo Hermenéutico, 2015), 196.

²⁰ Villoro Toranzo, “La norma jurídica y sus caracteres”, 869.

términos más estrictos, tengan garantizado el respeto a su dignidad, lo cual será el elemento esencial para la realización de todos los derechos²¹ (como es el caso de los derechos humanos).

Así, la concepción general de la sociedad, como la manifestación de los intereses comunes, tiene que verse acotada para que efectivamente asegure el objetivo de su fundación: el aseguramiento de la subsistencia de sus integrantes. Es por ello que la sociedad y el bien común –y por ende el orden social– no puedan atender sólo las condiciones generales para la sociedad, puesto que suprimir todo a una única voluntad colectiva implicaría borrar las diferencias en la vida pública, y se deben entender todas las realidades que subsisten dentro de una sociedad. Es decir, se requiere comprender la composición pluricultural de sociedad, lo que significa que es preciso entender la naturaleza social compleja que exige tratar de integrar la diversidad de su población, pues de este modo se estaría asegurando el bien común de manera amplia, dado que se garantizarían las condiciones mínimas que permitan la obtención de los fines de todas y todos los integrantes de la sociedad, sin importar las diferencias que existan entre ellos.²²

Agotando este punto, el *orden social* podría definirse como aquel estado en el cual se busca el bienestar común de las y los integrantes de la sociedad, de modo que se asegure la paz y el desarrollo a través de las normas jurídicas, para que se respete la dignidad humana de cada uno de los integrantes de la sociedad y el sistema de derecho garantice el cumplimiento de todos sus derechos, colocando así al individuo en un marco completo del disfrute de sus libertades en la búsqueda de su crecimiento en plenitud.

IV. La seguridad jurídica

Tal vez uno de los puntos que mayormente se contraponen a la justicia, si se le observa desde una postura estrictamente positivista, es la idea de la seguridad jurídica. Como ha quedado de manifiesto al abordarse el punto, ésta se encuentra concebida en términos generales y abstractos por su propia naturaleza, sin embar-

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis de jurisprudencia I.5o.C.J./30 (9a.) en materia civil, "Dignidad humana. Definición", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro I, t. 3, (octubre de 2011): 1528.

²² Adela Cortina, *Justicia cordial* (España: Trotta, 2010), 35.

go, ante las condiciones propias del ser humano, se exigen mecanismos específicos y certeros que abandonen las abstracciones para crear la apariencia de conocer la consecuencia de un determinado acto, de forma que éste sea previsible, de ahí surge la idea de la certeza jurídica.

Es necesario señalar que los vocablos *certeza* y *seguridad jurídica* se utilizan indistintamente, dado que se les considera un mismo término, lo que se puede entender en tanto se conozca lo que ambos representan. *Seguridad jurídica* parece haber surgido durante el siglo XIX y para comprender su alcance es conveniente revisar un poco la teoría de Theodor Geiger acerca de las dimensiones del concepto, la cual señala que existe, en un primer plano, la seguridad de orientación o certeza del orden y, en un segundo plano, la seguridad de realización o confianza en el orden. En torno a la *seguridad de orientación o certeza del orden*, expresa que sólo puede existir cuando las personas destinatarias de las normas jurídicas tienen conocimiento acerca del contenido de éstas, por lo cual están en posibilidades de orientar su actuar de acuerdo con el sentido de tales normas. No puede hablarse de seguridad de orientación o certeza del orden cuando las normas se quedan al margen del arbitrio amplio de quien ejerce el poder de aplicarlas, por lo cual los individuos no pueden tener certeza de la operación del sistema jurídico y, por lo tanto, no pueden orientar su actuar de acuerdo con éste.

El segundo aspecto, *seguridad de realización o confianza en el orden* implica un avance, en torno a que no sólo basta con conocer el sentido de las normas jurídicas que rigen una sociedad, sino que además es necesario *confiar* en ellas, es decir, creer en que los derechos serán ejercitados y las obligaciones cumplidas, lo cual nos lleva a un punto que toca a otro plano del estudio de las normas jurídicas: su eficacia.²³ No obstante, dentro del estudio de la seguridad jurídica es más fácil identificar que para la existencia de ésta se requiere de un sentido que guíe y dé *certeza* de que el contenido normativo habrá de ser observado; de ahí es que surge la propia seguridad jurídica.

Al abordar el sentido más profundo de la seguridad jurídica es viable señalar que, ante la dificultad de definir al *derecho justo*, la actividad de jurista –considerando a la justicia como un fin– radica en conformarse con establecer al derecho justo por medio de un poder que tenga la fuerza necesaria para imponer lo estatuido (hacer

²³ García Máynez, *Filosofía del derecho*, 477-478.

respetar las normas jurídicas), de tal manera que el derecho positivo encuentra aquí su justificación, puesto que se plantea la exigencia de un orden certero, de ahí que nazca la idea de la seguridad jurídica.²⁴

Por lo tanto, este concepto no conlleva sólo la certeza de que el derecho positivo garantice el orden social, ya que esta garantía se encuentra implícita dentro de la idea del orden jurídico, sino que implica la seguridad del derecho mismo, situación que se ve reflejada a través de cuatro situaciones que señalan lo siguiente:

- 1) El derecho positivo se encuentra previsto ya en las leyes.
- 2) El derecho estatuido sea un derecho cierto, fundado en hechos y que no aluda simplemente a reglas o juicios de valor de quien ejerce el poder.
- 3) Que los hechos en que se funda el derecho mantengan el menor margen de error posible, es decir, que sean practicables dentro de la sociedad.
- 4) El derecho positivo, para garantizar la certeza jurídica, es decir, el conocimiento de los individuos acerca de las normas, requiere que la mutabilidad de éstas se lleve a cabo en la menor medida posible.²⁵

Expuestos los puntos acerca de la seguridad jurídica se puede observar que ésta se encuentra íntimamente ligada a la idea del derecho positivo, es decir, con el derecho establecido en las normas, de ahí que las corrientes *iuspositivistas* la consideren como la esencia fundamental del derecho. Así, de conformidad con su modo de concebir a un sistema jurídico, la norma puesta, la que ha emanado de una autoridad competente a través de un procedimiento legislativo previamente establecido, es la única que puede constituir al derecho, por lo que se elimina de su actividad la aplicación de sistemas de valor moral que no reconocen la existencia de valores que están íntimamente relacionados e inclusive incluidos dentro del sistema jurídico (esto dentro de las corrientes positivistas más estrictas, puesto que se pueden observar obras como la de Herbert Lionel Adolphus Hart, pertenecientes a un *soft positivism* que de manera discreta reconocen la relación entre moral y derecho). Por lo tanto, al no concebir la idea de que juicios de valor se encuentren presentes en la norma jurídica, se elimina de inmediato la idea de justicia (vista ésta como valor) de entre sus consideraciones y, de acuerdo con sus postulados, la seguridad jurídica pasa a ser el fin mismo del derecho. Es por ello que al iniciar este apartado señalamos que en las posturas más estrictas la seguridad jurídica pudiera verse

²⁴ Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, 40.

²⁵ Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, 40.

alejada de la justicia, sin embargo, si se parte de corrientes como el *iusnaturalismo* o el positivismo suave, así como de algunas otras como las hermenéuticas o las realistas, se puede decir efectivamente que la seguridad jurídica no es otra cosa que la manifestación de un principio o valor rector del derecho: la justicia.

Si bien ya se han abordado bastantes consideraciones acerca de la idea de la seguridad jurídica, lo cierto es que no hemos proporcionado una definición acerca de qué se entiende por ésta. En ese sentido, es posible señalar un par de definiciones a manera de orientación, debido a que, con las disertaciones hasta ahora tratadas, es posible que la o el lector puedan crear una idea propia de lo que se debe de entender por seguridad jurídica.

Al respecto de la *seguridad jurídica*, el jurista español Manuel Atienza manifiesta que ésta es la “capacidad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta”.²⁶ De dicha conceptualización se desprenden tres niveles que integran la seguridad jurídica: orden, certeza y seguridad en sentido estricto.

En cuanto al *orden*, éste implica que el derecho, como un sistema de control social, está encaminado a mantener el orden establecido en una sociedad, por lo que el nivel del orden de la seguridad jurídica está dirigido a garantizar que, a través de las normas jurídicas y del derecho en sí, se ordenarán las conductas y se controlará la actividad humana.

En lo que corresponde al grado de *certeza*, éste se ve reflejado en dos planos: en el primero se atiende el desarrollo de cada uno de los sistemas jurídicos, de tal manera que, como lo hiciera Hart, se puedan reconocer dos niveles de reglas (primarias y secundarias) que permiten establecer cuáles pertenecen a un sistema jurídico (regla de reconocimiento); en el segundo plano, la certeza implica la positivización del derecho a través de normas generales que busquen, en un ideal, contener a todos o a la mayoría de los casos que se puedan presentar.

Finalmente, en cuanto a la seguridad, en sentido estricto como tercer nivel, ésta implica que el derecho pueda garantizar o hacer previsible –es decir, seguros– los valores de libertad e igualdad. Significa que en sentido estricto la seguridad permite

²⁶ Atienza, *Introducción al derecho*, 105.

que no haya una contraposición valorativa entre las libertades, seguridad jurídica y justicia, puesto que la justicia, en forma positiva o estricta, implicaría la seguridad que el derecho nos proporciona para expresar nuestras libertades. Dicho de otra manera, este tercer plano busca garantizar que tales conceptos y sus juicios meta jurídicos se interpongan en la realización de las tareas del derecho.

Ahondando un poco más en la naturaleza de la seguridad jurídica, es necesario manifestar que ésta tiene aparejada la gran hazaña de dotar de un aspecto de certidumbre a todos los individuos regidos por un sistema jurídico, sin embargo, dentro del ordenamiento positivo, este valor se ha visto rebasado en diversas ocasiones a lo largo de la historia, tal es el caso de la segunda Guerra Mundial, en la que diversos positivistas –entre ellos Hans Kelsen– defendían al sistema normativo, lo que sirvió de justificación a las posturas nazis, argumentando la existencia de la seguridad jurídica. Al respecto, es necesario señalar que la certeza, al depender o verse inmersa dentro de la justicia no puede rebasarla, en ese sentido es conveniente y adecuado decir que para el entendimiento de tales términos se precise una máxima que reza de la siguiente manera: *la justicia es el fin, mientras que la certeza es el medio*. Así, abonando a dicho argumento, se puede concluir expresando que “la seguridad jurídica no es sino un valor como otro cualquiera. La seguridad jurídica que el derecho positivo garantiza, cuando se trata de una ley injusta, pierde este valor, [...] si la injusticia contenida en ella alcanza tales proporciones que, a su lado, pierde toda importancia la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo”.²⁷ Es decir, la norma incluye a la seguridad jurídica como un herramienta en la búsqueda del fin de la justicia, no obstante, si dicha norma es extremadamente injusta, la misma certeza habrá perdido su importancia, pues se habrá extraviado el sentido del derecho.

En suma, sólo para fijar un concepto que pudiera ser fácilmente reconocible y aplicable para definir a la *seguridad jurídica* podríamos apegarnos al siguiente: “conocimiento que tienen las personas respecto de aquello que pueden hacer exigir, o bien, aquello que están obligados a evitar o no impedir, esto es, el conocimiento que tienen de las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza o impone el derecho positivo”;²⁸ es decir, es aquella facultad que tienen las personas de saber a *qué atenerse* al llevar a cabo una u otra conducta la cual deberá estar regulada por el orden jurídico positivo.

²⁷ Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, 51.

²⁸ Bernal Moreno, “La idea de justicia”, 173.

V. Conclusiones

¿Existe la justicia? Es tal vez una pregunta incontestable, no obstante, es innegable que existen pautas que el ser humano, a lo largo de su existencia, ha ido reconociendo como justas o injustas. Es así que, si bien la mayoría de estos casos se ven identificados con posturas subjetivas, no se pueden despreciar en tanto que son coincidentes aun con las diferencias entre los seres humanos que las reconocen.

Al respecto, aunque los múltiples esbozos que han surgido en torno a la justicia han sido debatidos, estos pueden ser considerados como puntos de partida para entender lo que ésta implica. De esta manera, algunos autores, en sus diferentes posturas, han sido consistentes en señalar que la justicia se identifica como un valor, es decir, que pertenece a la moral, como un principio supremo rector de toda la actividad de la naturaleza. En muchas ocasiones ha sido relacionado con la verdad o el bien, de modo que se identifica con lo justo, algo bueno y cierto, de ahí que el ser humano, como un ser perfectible, tiene que tender a alcanzarla, aun si ésta es inalcanzable.

Aunque en este corto estudio ha sido imposible definir la justicia, sí ha permitido centrar nuestra atención en uno de los más grandes problemas de la humanidad, además de ver que este valor supremo de la justicia se halla unido al derecho, de manera que ambos se orientan a mantener el orden social.

El orden social es el objeto del derecho y por ende de la justicia, por ello debe garantizar al individuo que sus condiciones de vida serán las mínimas necesarias para realizar plenamente sus libertades, al tiempo que dicho mínimo esencial se encuentra en desarrollo para que cada vez el ser humano avance integralmente, cuidando en todo momento que se respete su dignidad humana, que es la esencia de todos los derechos, así como el orden social, que está relacionado con el bien común, en el sentido de que éste asegure el respeto a tal principio.

Sin embargo, a pesar de que una sociedad se establezca como la suma de voluntades generales unidas por encima de las voluntades particulares, el orden social como bien común requiere indiscutiblemente que se tomen en cuenta a cada una de las realidades que la componen, es decir, que se atienda al carácter pluricultural de la sociedad y así se pueda garantizar a cada persona el efectivo alcance de sus fines, es decir, para que, en efecto, se pueda hablar de bien común y se garantice el orden o continuidad social.

En este sentido es que el derecho cobra vigencia, creando normas jurídicas que rijan en una sociedad determinada y que establezcan los límites a la actividad de las personas que la integran, de tal manera que las normas otorguen certeza de lo que está o no permitido dentro de la sociedad y establezcan las consecuencias que se prevén ante una determinada acción, esto es, que las normas brinden certeza a las personas.

La certeza jurídica es un medio que se desarrolla para alcanzar la justicia como fin del derecho, significa que cada persona puede conocer las normas que lo rigen y por lo tanto las consecuencias de llevar a cabo un determinado acto, para que conduzca su vida diaria de acuerdo con los parámetros establecidos por la norma. No obstante, si la seguridad jurídica se halla en un punto en el que, con el afán de garantizar la certeza de conocer la consecuencia de los actos, las normas son sumamente gravosas al grado de ser injustas, la certeza habrá perdido su valor dentro de la norma y por lo tanto ésta, al ser injusta y atentar contra el fin mismo del derecho, debe desconocerse.

Como brevemente hemos expuesto en el presente trabajo, existe una relación entre la justicia, el orden social y la seguridad jurídica, esto en tanto que la justicia es un valor supremo que se proyecta en el derecho, el cual permite mantener el orden social y se sirve de las normas jurídicas que establecen las limitantes a la actividad de las personas, además de que prevé consecuencias para su actuar. Siempre es necesario estudiar estos tres elementos para comprender la dinámica jurídica de una sociedad.

v. Fuentes consultadas

- Atienza, Manuel. *Introducción al derecho*. 8ª ed. México: Fontamara, 2009.
- Bernal Moreno, Jorge Kristian. "La idea de justicia". *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. I, núm. 1 (2005): 155-179.
- Conde Gaxiola, Napoleón. *Jushermenéutica y sociología jurídica*. Argentina: Círculo Hermenéutico, 2015.
- Cortina, Adela. *Justicia cordial*. España: Trotta, 2010.
- García Máynez, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 17ª ed. México: Porrúa, 2015.
- _____. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. 10ª ed. México: Fontamara, 2016.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* 2ª ed. México: Fontamara, 2013.
- _____. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. México: Editorial Coyoacán, 2010.

- Puy, Francisco. *Teoría científica del derecho natural*. 3ª ed. México: Porrúa, 2006.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Rojina Villegas, Rafael. "La justicia, valor supremo del derecho." *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número especial, tomo LIX (diciembre 2009): 239-254.
- Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontamara, 1991.
- Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (ed.). *Fundamentos, teorías e ideas políticas*, vol. I. México: UNAM, 2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Asignaciones familiares sólo para esposas o concubinas del pensionado. Violan los derechos de no discriminación, de igualdad y de seguridad social*. México: Suprema Corte de la Justicia de la Nación y UNAM, 2015.
- _____. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis de jurisprudencia I.5o.C.J./30 (9a.) en materia civil. "Dignidad humana. Definición." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro I, t. 3 (octubre de 2011).
- Villoro Toranzo, Miguel. "La norma jurídica y sus caracteres." *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111 (septiembre-diciembre 1978): 857-879.

ENSAYO TEMÁTICO

núm. 14 Enero-junio de 2018

<http://revistametodhos.cd hdf.org.mx>

Igualdad y no discriminación por condición de discapacidad

Equality and non discrimination on the basis
of disability

Georgina Alicia Flores Madrigal*

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Ciudad de México, México

georginalicia@hotmail.com

Recibido: 30 de agosto de 2017

Dictaminado: 5 de enero de 2018

* Académica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesora de Asignatura de la Facultad de Derecho de la UNAM.

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

Resumen

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos se realiza a través de la evaluación de los informes periódicos que éstos rinden a los comités creados para vigilar. El comité responsable de monitorear el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y quien examinó el Informe inicial presentado por el Estado mexicano (CRPD/C/MEX/1) sobre la materia, es el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Una de las recomendaciones que hace el Comité al Estado mexicano es respecto a la igualdad y no discriminación por condición de discapacidad. Eliminar los estereotipos y no promoverlos es una tarea pendiente, la estigmatización de las personas con discapacidad está dada por la asunción social de una vida productiva cuya pauta de normalidad exige que el trabajo posea capacidades regulares. Tal pauta lleva a la manipulación de la figura de la persona con discapacidad como sujeto de caridad. Lo cual no abona, sino ancla a la vulnerabilidad y la exclusión.

Palabras clave: Discriminación; discapacidad; exclusión; vulnerabilidad; acciones afirmativas; igualdad real; mujeres.

Abstract

In the context of the universal system of human rights protection, the State parties, of a specific Covenant, have accepted the special Committees powers of watching and evaluation of human rights situation in its own countries. The Committee on rights of persons with disabilities is a group of experts which monitors implementation of the Convention by the States parties. In 2014, Mexico presented its Initial report to the Committee in order to be examined on the subject matter. In response to the report, the Committee expressed its preoccupation on equality and non-discrimination on the basis of disability condition.

One of the recommendations made by the Committee to the Mexican State is in favor of equality and non-discrimination due to disability. Eliminating stereotypes and is a pending task, the stigmatization of people with disabilities is given by the social assumption of a productive life whose normal pattern requires that the work has regular capabilities. That pattern leads to the manipulation of the figure of the person

with disability as a subject of charity. Which does not pay, but anchor, to vulnerability and exclusion.

Keywords: Discrimination; disability; exclusion; vulnerability; affirmative actions; equality; women.

Sumario

I. Introducción al problema; II. El modelo social; III. El Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad presenta las observaciones finales sobre la revisión a México; IV. Igualdad y no discriminación por condición de discapacidad; V. Panorama crítico; VI. Conservación del término *discapacidad*; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción al problema

La perspectiva asistencialista reproduce una visión parcial y estigmatizante de las personas con discapacidad. Es nuestra intención evidenciar que *la actitud caritativa* se traduce en la negación de los derechos de las personas con discapacidad, además de que significa el incumplimiento de los compromisos asumidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) suscrita por nuestro país. Es menester impulsar la participación *plena y efectiva* de las personas con discapacidad como *sujetos de derechos* y pugnar por el fortalecimiento de estrategias de visibilización e inclusión, haciendo hincapié en la urgente necesidad de abandonar posturas que niegan la *autonomía*.

II. El modelo social¹

Hay básicamente tres modelos que han marcado la manera de concebir la discapacidad: *a) el modelo compasivo, b) el modelo médico y c) el modelo social*. Aunque en muchos ámbitos siguen conviviendo los tres modelos, desde la perspectiva de los derechos humanos el modelo social representa una evolución respecto de los modelos anteriores.

a) El modelo compasivo

En este enfoque se considera a las personas con discapacidad como desafortunadas, víctimas de las circunstancias y a las cuales la sociedad tiene que cuidar. Este modelo tiende a subestimar las capacidades de las personas que viven con discapacidad.

b) El modelo médico

Esta visión considera a la discapacidad como una deficiencia sensorial, mental o física que limita las actividades de una persona. Para este enfoque la exclusión so-

¹ Véase Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre la Discapacidad 2011* (Malta: OMS/Banco Mundial, 2011), 4; y Jorge A. Victoria Maldonado, "El modelo social de la discapacidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, núm. 138 (septiembre-diciembre 2013): 1093-1109; Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: CINCA, 2008).

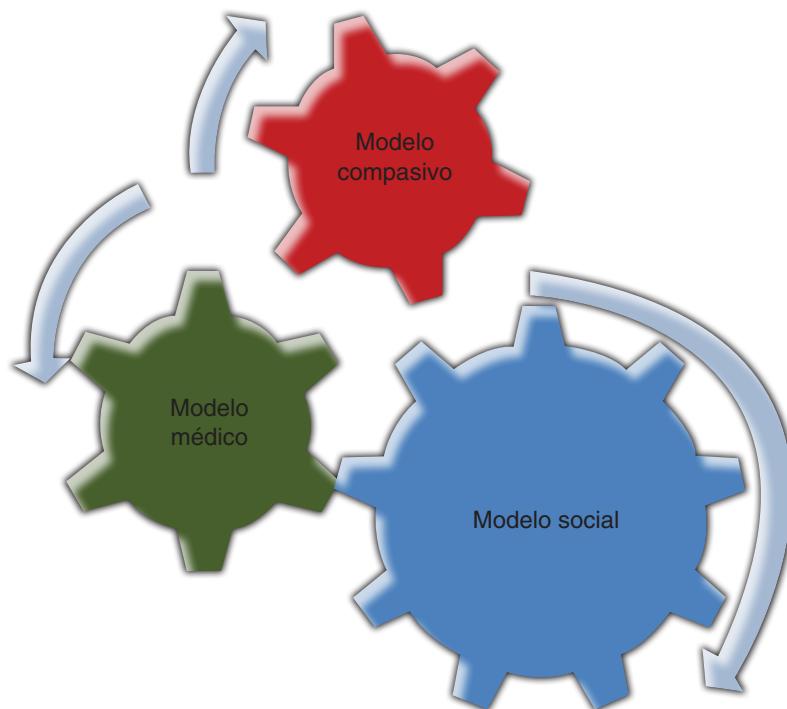
cial y cultural es el resultado de limitaciones debidas sólo a las deficiencias, lo que concentra el problema en la persona.

Dado que el problema es mayoritariamente médico, la solución tiende a ser la cura y/o rehabilitación, de manera que los recursos se invierten en el sistema de salud o en los servicios relacionados, en un intento por curar la discapacidad de forma médica, aumentar la funcionalidad y/o mejorar el funcionamiento, permitiendo a las personas tener una vida *más normal*.

c) El modelo social

Por su parte, este enfoque reconceptualiza la discapacidad. El problema no está en la persona sino en la sociedad que *discapacita* a quienes tienen limitaciones, con lo que fracasa en garantizarles su participación inclusiva.

La discapacidad es el resultado de la interacción entre condiciones de salud (impedimentos físicos, mentales o sensoriales) y el contexto en el cual existen (cultura, instituciones sociales y medios físicos). Mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad mediante el respeto a sus derechos humanos significa desarrollar políticas inclusivas.



Fuente: elaboración propia.

III. El Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad presenta las observaciones finales sobre la revisión a México

Esta es la primera ocasión en la que México es examinado por el Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (Comité DPD) con base en los compromisos asumidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se trató de un proceso en el que el gobierno mexicano presentó un Informe inicial (CRPD/C/MEX/1) y el Comité hizo una revisión² que dio como resultado la aprobación del esfuerzo realizado para adecuar y promulgar la normatividad que busca la inclusión de las personas con discapacidad, la eliminación de toda forma de discriminación hacia quienes tienen alguna discapacidad y el desarrollo de programas específicos para implementar políticas públicas. Sin embargo, el derecho no se agota en las leyes, sino que se encuentra condicionado por las relaciones sociales, el poder y las estructuras ideológicas.³

Así, es justo sobre lo que no aprobamos en lo que debemos ponernos a trabajar todas y todos los interesados en garantizar los derechos y la inclusión real y efectiva de quienes viven con discapacidad en México, con el fin de evitar su exclusión, vulnerabilidad y discriminación. La exclusión entendida como proceso que supone una negación de derechos.

Ha pasado una década y el Estado mexicano no sólo no disminuye sino incrementa su deuda con las personas con discapacidad, ya sea por la persistente negación de sus derechos⁴ en diversos ámbitos (de competitividad laboral, empleo, salarios, ascensos, etc.), o por la oposición a la participación, como un efecto de la exclusión de quienes viven con discapacidad (como integrantes de mesa directiva en el proceso electoral, la supresión en el censo de preguntas sobre personas con discapacidad, por ejemplo), lo que acrecienta su situación de vulnerabilidad, a pesar de la existencia de esfuerzos por lograr que sean incluidas e incluidos en algunas esferas (planes y programas de gobierno). Por lo tanto, remover los obstáculos existentes para lograr una igualdad real es imperativo, al igual que el deber de emprender medidas necesarias para intentar alcanzar la igualdad real mediante la implementación de acciones afirmativas.

² El Comité de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad solicitó al Estado mexicano que presente sus siguientes informes el 17 de enero de 2018.

³ Mónica González Contró y Hugo Concha Cantú, *Sin Derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, Colección Líneas de Investigación Institucionales (México: UNAM, 2014), x.

⁴ Mónica González Contró y Concha Cantú, *Sin Derechos*, x-xi.

La discriminación supone la construcción de una relación de subordinación de las personas con discapacidad. La institucionalización de dicha relación se establece a partir del estigma que configura un grupo en posición de poder respecto de quienes padecen alguna discapacidad, y sólo por la existencia de ésta. A partir de la discapacidad se conforma un estereotipo negativo que se incrusta y se vuelve permanente, condicionando la interacción social de forma negativa.⁵

La discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración a la dignidad y al valor inherentes del ser humano en todas partes del mundo. El concepto *discriminación contra las personas con discapacidad* significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales.⁶ Por tal motivo, uno de los principales ámbitos de preocupación del Comité DPD,⁷ respecto del cual emitió recomendaciones al Estado mexicano y ante las que se debe ser críticos y comprometidos, es *la igualdad y la no discriminación por condición de discapacidad (mujeres con discapacidad; niños y niñas con discapacidad; indígenas con discapacidad, accesibilidad)*.⁸ Dentro de dichas recomendaciones destacan:

- Respeto integral a los derechos de personas con discapacidad y el diseño de un plan nacional de accesibilidad.
- Desarrollar programas de toma de conciencia sobre las personas con discapacidad como *titulares de derechos*.
- Redoblar esfuerzos en la armonización legislativa en todas las entidades de la república para eliminar la terminología derogatoria de los derechos de las personas con discapacidad.

⁵ Rodrigo Gutiérrez Rivas, "La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico", *Sin Derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, Colección Líneas de Investigación Institucionales (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014), 11.

⁶ Jesús Rodríguez Zepeda, "Una idea teórica de la no discriminación", en *Derecho a la no discriminación*, coordinado por Carlos de la Torre Martínez (México: IJ-UNAM, 2006), 43. También véase Jesús Rodríguez Zepeda, *Un marco teórico para la discriminación*, Colección Estudios 2 (México: Conapred, 2006), 26.

⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/MEX/CO/1, Observaciones finales sobre el Informe inicial de México, adoptadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su 12º periodo de sesiones 15 de septiembre a 3 de octubre de 2014.

⁸ Otros temas son: situaciones de riesgo y emergencias humanitarias; acceso a la justicia; libertad y seguridad de la persona; tortura y malos tratos; explotación, violencia y abuso; integridad personal; libertad de desplazamiento y nacionalidad; derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad; respeto del hogar y de la familia; educación; salud; trabajo y empleo; nivel de vida adecuado y protección social; participación en la vida política y pública, entre otros.

- Establecer líneas presupuestarias específicas para combatir casos de discriminación interseccional, basadas en la discapacidad, la edad, el género, la pertenencia a pueblos indígenas y la ruralidad, entre otros factores de exclusión.
- Establecer una distinción clara entre el carácter privado de las campañas de Teletón y las obligaciones que el Estado debe acometer para la rehabilitación de las personas con discapacidad.
- Implementar medidas previstas en la legislación y políticas para prevenir, proteger y reparar a las mujeres y niñas con discapacidad víctimas de violencia.

IV. Igualdad y no discriminación por condición de discapacidad

De acuerdo con Ricardo Raphael de la Madrid, periodista y analista político, “la igualdad sólo puede entenderse a partir de las oportunidades semejantes que cada quien posee para defender su diferencia”.⁹

Esas oportunidades semejantes no existen aún, la desigualdad de trato persiste, sigue siendo urgente combatir las asimetrías que se encuentran enraizadas en la sociedad, de tal manera que hay que evidenciarlas para poder corregirlas con todo un andamiaje incluyente.

Basta mirar el *Reporte sobre la discriminación 2012*¹⁰ y las recomendaciones para entender la gran tarea que nos queda por hacer. Tilly Charles,¹¹ sociólogo, politólogo e historiador norteamericano, afirma que la desigualdad permanece en el tiempo, en la medida en que tales pares categoriales (mujer-varón, ciudadano-extranjero, etc.) son institucionalizados: sucede cuando las transacciones que dan vida a las más variadas expresiones de la organización social refuerzan en casi cualquier momento las mencionadas distinciones categoriales.

⁹ Ricardo Raphael de la Madrid, “Otro más que muerde el polvo”, en *Miradas a la discriminación*, coordinado por Ricardo Raphael de la Madrid (México: Conapred, 2012), 273.

¹⁰ Véanse Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Reporte sobre la discriminación en México 2012*, coordinado por Ricardo Raphael de la Madrid (México: Conapred, 2012); Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018; Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad 2014-2018, y Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018.

¹¹ Charles Tilly, *La desigualdad persistente* (Argentina: Manantial, 2000), 20.

De esta manera es como las prácticas discriminatorias tienden a permear todos los ámbitos de la vida en sociedad, el espacio público y también el que se reserva a lo privado. Es decir, la discriminación toma un carácter estructural sobre los ámbitos económico, estético, político, el esparcimiento, el humor, la religión, la familia, la intimidad o lo amoroso, y al enraizarse en las instituciones produce y reproduce un trato diferenciado, de tal manera que las conductas que forman parte del actuar acostumbrado pueden parecer hasta inconscientes.

Cuando un grupo humano ha sido estigmatizado con argumentos tales como “las personas con discapacidad no pueden hacer todo lo que hacen las personas normales”,¹² se asume que la productividad o la *competencia* se basa no en la cualificación, sino en el estándar de normalidad,¹³ lo que trae aparejada la idea de que sólo quien lo cumpla podrá desempeñarse en el ámbito laboral como lo hacen las y los demás.

Así pues, la *discriminación* es

una conducta culturalmente fundada y sistemática y socialmente extendida; de desprecio contra una persona o grupos de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales.¹⁴

Mientras que la *no discriminación*

es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles, siempre y cuando, un tratamiento preferencial temporal hacia ella o hacia su grupo de adscripción no sea necesario para reponer o compensar el daño histórico y la situación de debilidad y vulnerabilidad actuales causados por prácticas discriminatorias previas contra su grupo.¹⁵

¹² Lo que, en la peor de las expresiones, raya en la crueldad, véase Raphael de la Madrid, “Otro más que muerde el polvo”. Se produce entonces la justificación social para consolidar el prejuicio y reformar la supremacía con respecto al grupo vulnerable.

¹³ Respecto a la normalidad véase Georgina Alicia Flores Madrigal, “Análisis de la Ley para las Personas con Discapacidad en el Distrito Federal, alcances limitaciones y propuestas” (tesis de licenciatura, UNAM, 1998).

¹⁴ Rodríguez Zepeda, “Una idea teórica de la no discriminación”, 43.

¹⁵ Rodríguez Zepeda, “Una idea teórica de la no discriminación”, 45.

Lo anterior, permite poner en el centro de la reflexión la *pertinencia del fortalecimiento de las acciones afirmativas* a efecto de dar pasos hacia adelante respecto a la posición de las personas con discapacidad dentro de la sociedad, con el correspondiente sacrificio de los intereses de los grupos que se encuentran en situación de poder. Sacrificios que no debían serlo pero que, dada la resistencia, son tomados como tal porque se resiente la intervención que busca restar poder para así permitir la apertura de espacios permanentemente cerrados para quienes no se encuentran en situación de poder.

Hacemos nuestras, que no lo son, las palabras del investigador Rodrigo Gutiérrez Rivas, porque modificarlas las haría perder la fuerza que en su conjunto poseen. El hecho de no cambiar la concepción sobre la discriminación supondrá seguir desviando la mirada del eje central del problema y continuar invirtiendo recursos que sirven principalmente para salvar la conciencia de los grupos en situación de dominio, en tanto visibilizamos y hablamos del tema, pero no lo resolvemos.¹⁶

De tal suerte que, las estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades, a través de medidas que compensen la discriminación resultante de prácticas desplegadas por la sociedad, son lo que se conoce como *acciones afirmativas*. También se las define como medidas favorables para un grupo determinado dentro de la sociedad –en este caso de las personas con discapacidad–, sin perjudicar, por lo menos no de forma directa, al resto de ésta. Dentro de sus rasgos distintivos destaca su carácter temporal, y su implementación se sustenta, como se ha reiterado en los acápites anteriores, debido a la discriminación persistente respecto a las personas con discapacidad, y están acompañadas del esfuerzo por superar la situación enfrentada.

Así pues, las acciones afirmativas sólo pueden entenderse en el contexto de la discriminación que, al estar basada en estereotipos y prejuicios, define relaciones desiguales injustificadas, de modo que algunas personas o grupos pueden disfrutar de sus derechos mientras a otras les son negados. Parecería que hablar de trato preferencial para garantizar la igualdad es contradictorio, sin embargo, en el contexto de la no discriminación es justificado. Hay que recordar que con la reforma constitucional de 2011¹⁷ las autoridades se obligan a promover, respetar, proteger y garantizar

¹⁶ Gutiérrez Rivas, “La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico”, 13.

¹⁷ 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, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

los derechos humanos, siendo la no discriminación uno de ellos, veamos ahora si esos deberes se cumplen tratándose de las personas con discapacidad.

La medida afirmativa no va a resolver el problema; la resistencia debe ser eliminada en conjunto con otras acciones como medidas de nivelación, políticas públicas, ajustes razonables y, por supuesto, con voluntad política. Las acciones afirmativas son *temporales*, por lo que es necesario cambiar la conciencia social y lograr la transformación desde dentro; eso es una responsabilidad social.¹⁸ De otra forma no habrá intervenciones suficientes para acabar con la resistencia profundamente discriminadora que tiene la sociedad mexicana.

v. Panorama crítico

Las personas con discapacidad son vistas como:

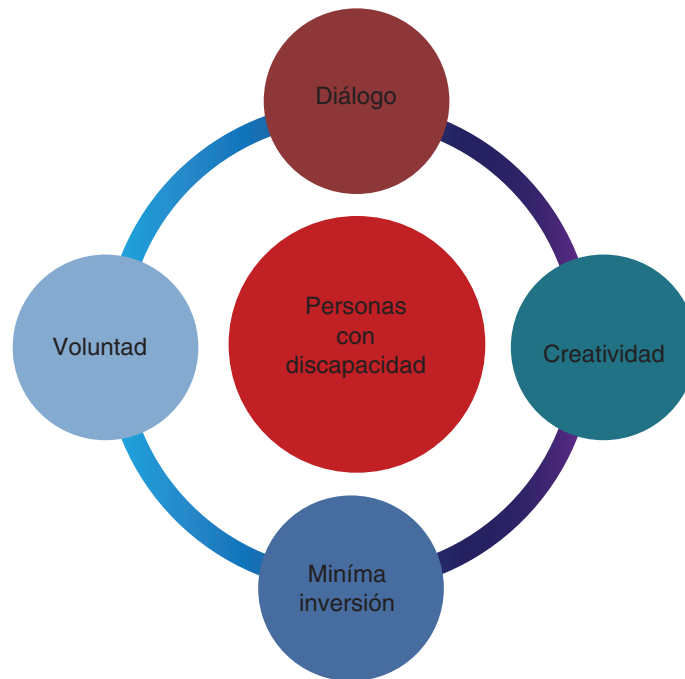
Un problema económico y no como sujetos de derechos

La discriminación contra las personas con discapacidad se ve agravada por la concurrencia de otros factores de exclusión social, como la edad, el género, la pertenencia étnica y la procedencia (del ámbito rural). Por ello, el Comité DPD recomienda “poner en marcha acciones previstas para las mujeres y niñas con discapacidad, incluidas medidas de nivelación y acción afirmativa, para erradicar su discriminación en todos los ámbitos de la vida, tanto en las zonas urbanas como en las rurales, garantizando su participación efectiva en su diseño e implementación”.

En este sentido, cada uno de los poderes públicos federales ha realizado esfuerzos a efecto de cumplir con su obligación, sobre todo con respecto a las medidas de nivelación necesarias para garantizar a cada persona la igualdad real de oportunidades y el derecho a la no discriminación.

¹⁸ Dentro de esta afirmación incorporamos a los asistentes comprometidos en todas sus versiones al Diplomado de Derecho a la No discriminación que realiza el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, el Conapred y el Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred).

La aplicación de ajustes razonables que contempla la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece condiciones de igualdad para quienes viven con discapacidad, y requiere de diálogo, voluntad, creatividad y, en algunos casos, *de una mínima inversión económica*; la negativa de realizar los ajustes razonables constituye una forma de discriminación que amerita sanciones, específicamente de tipo penal.¹⁹



Fuente: elaboración propia.

Sujetos de caridad²⁰ y no como sujetos de derechos

La rehabilitación de las personas con discapacidad es un deber que precisa asumirse por el Estado y no sólo por los entes privados, que se refieren a ellas como *sujetos susceptibles de protección²¹ o beneficiarios²²*, por lo que es urgente considerar al conjunto de personas con discapacidad como actores políticos, sociales, económicos, en todos los ámbitos; es indispensable todo aquello que haga posible

¹⁹ María Candelaria Salinas Anaya, "Igualdad para las personas con discapacidad a través de los ajustes razonables", *Dfensor*, núm. 11 (noviembre 2014): 48-55.

²⁰ Modelo compasivo.

²¹ Mariana Hernández Flores, "Derechos de las personas con discapacidad", *Dfensor*, núm. 11 (noviembre 2014): 22-27.

²² N. de E.: Las cursivas son énfasis de la autora.

la participación activa de este sector. Basta ya de la perspectiva asistencialista, no porque se desdeñe lo hasta ahora obtenido, sino porque no es suficiente. Se pierde de vista que puede aportarse capital humano muy valioso, *abramos los espacios*.

Por supuesto hay que decir que esos espacios no se abrirán fácilmente, muestra de ello es el amparo directo en revisión 1387/2012, que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó por mayoría de votos –la propuesta fue presentada por la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas– y con el que se revocó la negativa de amparo a una persona que fue rechazada por su discapacidad en una oferta de trabajo publicada en la página electrónica de una universidad privada a nombre de una cadena hotelera.

La razón por la cual se revocó la sentencia del Tribunal Colegiado fue que, por un lado, se omitió realizar el análisis de constitucionalidad solicitado por la parte quejosa (*sic*) respecto de la libertad de acceso al empleo contenida en el artículo 5° constitucional, y por otro, interpretó erróneamente el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señalando que conforme a dichos preceptos la quejosa tenía la carga de la prueba de *acreditar que se encontraba en igualdad de condiciones frente a las demás personas a quienes se dirigió la oferta de trabajo*.

La sola publicación de la oferta de trabajo conllevó a la exclusión de quienes forman parte del sector que padece una discapacidad, y tal hecho implicó una discriminación en términos del artículo 1° constitucional, debido a que dentro de los requisitos que se señalaron en dicha oferta expresamente se estableció que: “La vacante contempla la contratación de personas con discapacidades: No”.

Por lo anterior, la Primera Sala estimó que es evidente la exclusión de personas con discapacidad para una labor que, atendiendo al contenido y fin que se advierte, ésta se dirige a quien cubre un determinado perfil académico, lo que lleva a entender con claridad que la labor es de carácter intelectual y no físico, siendo precisamente ante tal aspecto que la diferenciación o exclusión de quien sufre una discapacidad no encuentra una relación lógica o razonable entre el fin y la medida. Lo procedente es revocar la sentencia recurrida y devolver los autos para que, de conformidad con lo aquí establecido, se resuelva y determine, en términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, el monto de la indemnización correspondiente al daño moral provocado por la empresa demandada.

En el amparo directo se señaló:

- a) No tienen las aptitudes para desempeñarse laboralmente en igualdad de condiciones [estereotipo].

La publicación de la oferta de trabajo en sí misma constituyó una violación a los derechos fundamentales al excluir a un grupo minoritario –las personas con discapacidad–, por lo que se cometió un acto discriminatorio prohibido en la Constitución y se atentó contra la dignidad humana, además de que fue la causa generadora de daño –en sus afectos y consideración que de sí misma tienen los demás–. Aunado a ello, hay que señalar que el objetivo de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación es eliminar ésta en todas sus formas, así como prohibir toda distinción, exclusión o restricción que vulnere la igualdad real de oportunidades de las personas y muy especialmente de cualquier persona.

- b) Acreditar que se encontraba en igualdad de condiciones frente a las demás personas a quienes se dirigió la oferta de trabajo.

El artículo 27, inciso 1, de la CDPD determina que los Estados Partes reconocen el derecho de quienes viven con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las y los demás, que ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. En el caso mencionado la persona *cumplía con los requisitos del cargo que buscó*, por lo que se encontraba en igualdad de condiciones frente a las demás personas a quienes se dirigió la oferta de trabajo y que desearan participar en el procedimiento de selección para ocupar el puesto de pasante.

La perspectiva de derechos humanos en las políticas públicas implica una actuación activa por parte de los Estados, es decir, requiere que orienten su actuar hacia el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los diversos instrumentos internacionales a través de un proceso de acciones gubernamentales. Lo anterior, fundamentalmente significa incluir el problema en la agenda pública, con la óptica de respeto a las diferencias, y de la búsqueda de la igualdad de oportunidades, incorporándoles como sujetos activos, abandonando la restrictiva idea de beneficiarios. En otras palabras, políticas públicas para lograr el empoderamiento de las personas con discapacidad.

En este sentido, el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, *sin necesidad de adaptación ni diseño especializado* se entiende como *diseño universal*, mientras que los *ajustes razonables* son adaptaciones necesarias y adecuadas para las personas con discapacidad, *que no imponen una carga desproporcionada o indebida* y que les garantizan transformar el entorno, eliminar barreras y crear entornos inclusivos. En tanto no impongan a quien debe hacer dichos ajustes una carga excesiva, por lo cual surgen las siguientes interrogantes ¿si se considera excesivo el ajuste, ya no estoy obligado a realizarlo?, ¿cuánto tiempo pasará para revisar el criterio de *excesivo* y su posible reconsideración a *razonable*?

Garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad

La salud sexual y reproductiva es un ámbito donde las personas con discapacidad están particularmente discriminadas ya que se encuentran con diferentes barreras que impiden el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás. Muchas barreras tienen que ver con las actitudes de la sociedad hacia ellas y con

la percepción negativa del ejercicio de la maternidad y paternidad por parte de la persona con discapacidad. Si las personas con discapacidad, desde el prejuicio, no son elegidas como pareja, menos se las piensa como madre o padre. [...] Se piensa que la persona con discapacidad [...] no logrará la autonomía y capacidad necesaria para el cuidado de los hijos/as [...] o que la discapacidad probablemente es heredable.²³

Los derechos reproductivos son relativos al derecho de toda persona a decidir sobre su propia reproducción (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, por sus siglas en inglés).

- Con lo que incluyen *el derecho de toda persona a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos* (artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.)

²³ Ministerio de Salud Pública, *Guías en salud sexual y reproductiva*, capítulo: Abordaje de la salud sexual y salud reproductiva en personas con discapacidad (Uruguay: Ministerio de Salud Pública, 2012), 14.

- *Disponer de los servicios de planificación familiar.* (CEDAW, artículo 12) La maternidad como elección y no como destino, el derecho a decidir libremente tener o no tener hijos, de la mano de la información precisa, así como el acceso a métodos anticonceptivos.²⁴

El personal de salud tiene grandes retos con respecto a la prestación de los servicios que les son encomendados para la atención de las personas con discapacidad, por lo que se debe promover una atención diferencial ante aquellas situaciones que requieren adecuaciones en la accesibilidad, así como un cambio de actitud al otorgar dichos servicios.

Estudios internacionales demuestran que²⁵ las mujeres con discapacidad no acceden a los controles rutinarios de prevención para el cáncer cervicouterino y cáncer de mama, los cuales tienen una alta incidencia en la población.²⁶

En cuanto a equipamiento médico fijo y móvil es importante considerar, específicamente en torno a la *accesibilidad*, los siguientes aspectos:

- Mesa de exploración accesible (que sea regulable).
- Mamógrafo portátil.
- Balanza adaptada.
- Espéculos de distintas dimensiones.

Pero en concreto quedan como retos: sensibilizar y cambiar la actitud del personal de salud –que debe ser siempre acorde con el respeto y la dignidad de las personas–, con el fin de que no sea un obstáculo para el acceso a los servicios; y capacitarles mediante un enfoque de derechos humanos, de manera que las y los integrantes de los equipos técnicos, directivos y administrativos tengan en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad en la atención que les brindan.

²⁴ Jimena Ávalos Capín, “Derechos reproductivos y sexuales”, en *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia, constitucional e interamericana*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (México: IJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Fundación Konrad Adenauer, 2013), 2268.

²⁵ Ministerio de Salud Pública, *Guías en salud sexual y reproductiva*.

²⁶ Center For Developmental Disabilities Studies, *NSW Cervical Screening Program, Preventive Women’s Health Care for Women with Disabilities Guidelines for General Practitioners* (Australia: Center For Developmental Disabilities Studies, 2004).

VI. Conservación del término *discapacidad*

Sujetos de derechos es lo que son las personas con discapacidad, tienen derecho a tomar decisiones y a reclamar su derecho al pleno reconocimiento de su dignidad como una expresión más de las muchas diversidades que en la actualidad son reconocidas positivamente en nuestra convivencia colectiva. En este sentido, se ha propuesto el concepto de *diversidad funcional* para sustituir el término *discapacidad* basados en la *filosofía de vida independiente*.²⁷ Sin embargo, estamos convencidos de que el concepto no logra superar por sí mismo ciertos presupuestos asociados a la concepción de la discapacidad, pero este tema será motivo de otra reflexión.

VII. Conclusiones

Primera. Se debe impulsar la participación *plena y efectiva* de las personas con discapacidad como *sujetos de derechos* y pugnar por el fortalecimiento de estrategias para su visibilización e inclusión, con especial hincapié en la urgente necesidad de abandonar posturas que niegan su *autonomía*.

Segunda. La desigualdad de trato persiste, por lo que es urgente combatir las asimetrías que se encuentran enraizadas en la sociedad y romper la resistencia, con el apoyo de medidas de nivelación, políticas públicas, ajustes razonables, acciones afirmativas y, por supuesto, voluntad política, que contribuyan a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.

Tercera. Parecería que hablar de *trato preferencial* para garantizar la igualdad es contradictorio; sin embargo, en el contexto de la no discriminación y en consonancia con la reforma constitucional de 2011, donde las autoridades se obligan a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, no lo es.

Cuarta. Una de las recomendaciones que hace el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al Estado mexicano es respecto a *la igualdad y no discriminación por condición de discapacidad*. Eliminar los estereotipos y no promoverlos es nuestra tarea.

²⁷ Para mayor información véase Susana Rodríguez Díaz y Miguel Ferreira, “Desde la discapacidad hacia la diversidad funcional. Un ejemplo de Dis-Normalización”, *Revista Internacional de Sociología* núm. 2 (mayo-agosto 2010): 290.

VIII. Bibliografía

- Ávalos Capín, Jimena. "Derechos reproductivos y sexuales." En *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia, constitucional e interamericana*. Coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, tomo II, 2265-229. México: IJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Center For Developmental Disabilities Studies. *NSW Cervical Screening Program, Preventive Women's Health Care for Women with Disabilities Guidelines for General Practitioners*. Australia: Center For Developmental Disabilities Studies, 2004.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. *Reporte sobre la Discriminación en México 2012*. Coordinado por Ricardo Raphael de la Madrid. México: Conapred, 2012.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/MEX/CO/1. Observaciones finales sobre el Informe inicial de México. Adoptadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su 12° periodo de sesiones, 15 de septiembre a 3 de octubre de 2014.
- 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, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.
- Flores Madrigal, Georgina Alicia. "Análisis de la Ley para las Personas con Discapacidad en el Distrito Federal, alcances limitaciones y propuestas." Tesis de licenciatura. UNAM, 1998.
- González Contró, Mónica, y Hugo Concha Cantú. "Prólogo." *Sin Derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*. Colección Líneas de Investigación Institucionales. México: IJ-UNAM, 2014.
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo. "La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico." *Sin Derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*. Colección Líneas de Investigación Institucionales. México: IJ-UNAM, 2014.
- Hernández Flores, Mariana. "Derechos de las personas con discapacidad." *Dfensor*, núm. 11 (noviembre 2014): 22-27.
- Ministerio de Salud Pública. *Guías en salud sexual y reproductiva*. Capítulo: Abordaje de la salud sexual y salud reproductiva en personas con discapacidad 1-44. Uruguay: Ministerio de Salud Pública, 2012.
- Organización Mundial de la Salud. *Informe Mundial sobre la Discapacidad 2011*. Malta: OMS/Banco Mundial, 2011.

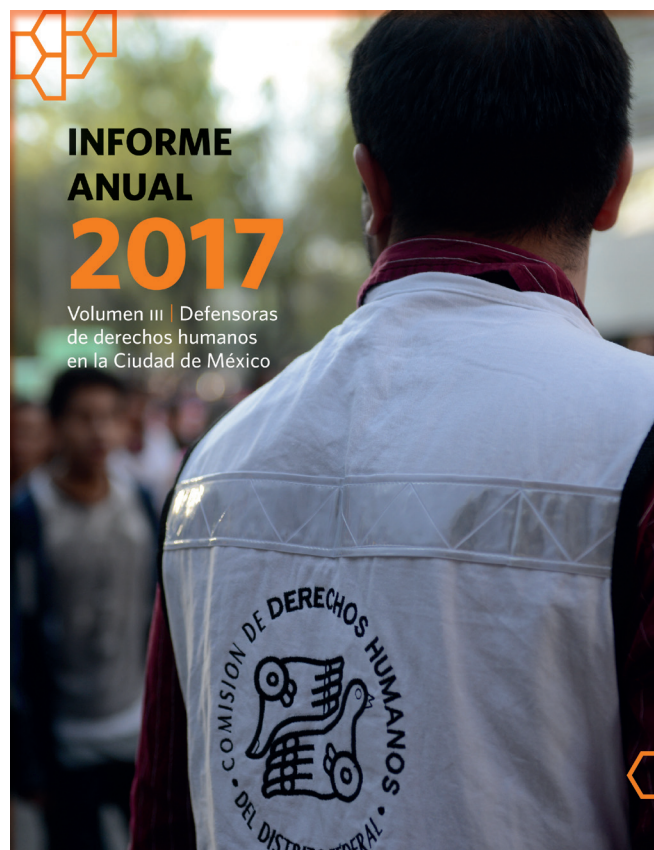
- Palacios, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA, 2008.
- Raphael de la Madrid, Ricardo. "Otro más que muerde el polvo". En *Miradas a la discriminación*. 265-276. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2012.
- Rodríguez Díaz, Susana, y Miguel Ferreira. "Desde la dis-capacidad hacia la diversidad funcional. Un ejemplo de Dis-Normalización". *Revista Internacional de Sociología*. vol. 68, núm. 2 (mayo-agosto 2010): 289-309.
- Rodríguez Zepeda, Jesús. "Una idea teórica de la no discriminación". *Derecho a la no discriminación*. Coordinado por Carlos De la Torre Martínez. México: IJ-UNAM, 2006.
- _____. *Un marco teórico para la discriminación*. Colección Estudios 2. México: Conapred, 2006.
- Salinas Anaya, María Candelaria. "Igualdad para las personas con discapacidad a través de los ajustes razonables". *Dfensor*, núm. 11 (noviembre 2014): 50-57.
- Tilly, Charles. *La desigualdad persistente*. Argentina: Manantial, 2000.
- Victoria Maldonado, Jorge A. "El modelo social de la discapacidad". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* núm. 138 (septiembre-diciembre 2013). 1093-1109.

PRODUCCIÓN
EDITORIAL

núm. 14 Enero-junio de 2018

<http://revistametodhos.cd hdf.org.mx>

**Comisión de Derechos Humanos
del Distrito Federal. *Informe anual
2017, vol. III Defensoras de derechos
humanos en la Ciudad de México.*
México: CDHDF, 2018.**



En un contexto de violencia generalizada, como el que actualmente enfrenta nuestro país, son precisamente las defensoras y los defensores de derechos humanos quienes encaran un riesgo más alto de ver afectada su vida e integridad personal, así como las de sus familiares. Por ello, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), como parte de su informe anual 2017, dedica un volumen a este tema con el objetivo de visibilizar la violencia de género que enfrentan las mujeres debido a sus acciones de defensa, difusión y promoción de los derechos humanos.

Las defensoras se encuentran en una situación de doble vulnerabilidad: por una parte, por el hecho de ser mujeres que viven en una estructura social que justifica y estimula la violencia, la discriminación y la desigualdad en razón del género y, por otra, porque al contribuir a la defensa de tales derechos suelen ser el blanco de agresiones provenientes de agentes, tanto estatales como no estatales, que ven afectados sus intereses debido a la labor de defensa que realizan.

El informe aborda, en un primer capítulo, los estándares internacionales en relación con el derecho de las mujeres a defender los derechos humanos, a partir de una descripción del contenido normativo de ese derecho y la relación intrínseca que mantiene con otros derechos, como son a la manifestación, la libertad de expresión, la participación en los asuntos públicos y a disfrutar de una vida libre de violencia.

En el segundo capítulo se presenta un breve repaso internacional, nacional y local sobre la situación de las agresiones que enfrentan las defensoras, junto con los tipos de violaciones e impactos que tiene la violencia en ellas. Además, se explora la tendencia de los distintos gobiernos a criminalizar la actividad de las personas defensoras de derechos humanos, como una estrategia para justificar acciones de represalia en su contra, cuyo único interés es acallar sus voces. En este apartado se revisa el papel que han desempeñado las defensoras en su lucha por la protección de los derechos humanos –a través de la presentación de algunos casos emblemáticos– y se retoma el concepto de *violencia estructural* para entender las distintas dimensiones de la vida cotidiana que les afectan en su labor.

En el tercer capítulo se aluden las acciones que desde la CDHDF se han emprendido con la intención de tutelar los derechos a la integridad personal y la libertad de las mujeres defensoras de derechos humanos. El informe finaliza con algunas conside-

raciones finales y la presentación de un conjunto de propuestas que parten del hecho de reconocer públicamente el papel que juegan las defensoras y la violencia que enfrentan, así como la importancia de implementar políticas integrales que garanticen el derecho de las mujeres a la defensa de los derechos humanos.

Este informe puede consultarse en su versión electrónica en <<http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2018/04/2017-informe-mujeres.pdf>> .



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) realiza la publicación de obras especializadas en la materia, ya sea de manera impresa o electrónica, sin perseguir fines de lucro, por lo que convoca a aquellas personas académicas, investigadoras, docentes, estudiantes, o bien, a cualquier otra interesada, a presentar artículos inéditos para su publicación en *métodhos*. Revista electrónica de investigación aplicada en derechos humanos, 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