Temas selectos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Jorge Galindo García
José Trinidad Padilla López
Marcos Pablo Moloeznik
Coordinadores

Universidad de Guadalajara
Centro Universitario del Sur
Red Internacional de Derechos Humanos y
Derecho Internacional Humanitario
Instituto Internacional de Derecho Humanitario

ISBN: 978-607-8408-73-3

Universidad de Guadalajara • Centro Universitario del Sur
Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario
Instituto Internacional de Derecho Humanitario

Consejo Editorial Internacional

• Agustín Maciel Padilla,
Profesor de la American University in the Emirates.
• Chema Navarro Méndez,
Profesor-Investigador de la Universidad de Guadalajara y Candidato a Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores.
• Eduardo Casillas González,
Licenciado y Maestro en Bioética.
• Eduardo Hodge Dupré,
Posdoctorado en el Programa de Doctorado en Ciencia Política del CUCSH, Universidad de Guadalajara.
• Elizabeth Vargas García,
Profesora-Investigadora de la Universidad de Guadalajara y Candidata a Investigadora Nacional del Sistema Nacional de Investigadores.
• Fernando Jiménez Sánchez,
Catedrático Nacional de El Colegio de Jalisco.
• Guillermo J.R. Garduño Valero,
Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) e Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores.
• Guillermo Llaudet,
Profesor adjunto de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) Argentina.
• Janiel Melamed Visbal,
Profesor de la Universidad del Norte de Colombia.
• Karla Villarreal Sotelo,
Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma de Tamaulipas UAT-UAM Reynosa Aztlán e Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores.
• Radamanto Portilla Tinajero,
Secretaría de Planeación y Participación Ciudadana del Gobierno del Estado de Jalisco y Candidato a Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores.
• Sergio Arribá,
Profesor Adjunto de la Universidad de Buenos Aires (UBA).
• Silvia Lerma Partida,
Profesora-Investigadora del CUCS de la Universidad de Guadalajara.

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA
Red Universitaria e Institución Benemérita de Jalisco
CUSUR
Centro Universitario del Sur
International Institute of Humanitarian Law
Institut International de Droit Humanitaire
Istituto Internazionale di Diritto Umanitario
REDDIH
Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Jorge Galindo García
José Trinidad Padilla López
Marcos Pablo Moloeznik
Coordinadores

Temas selectos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Universidad de Guadalajara
Centro Universitario del Sur
Red Internacional de Derechos Humanos y
Derecho Internacional Humanitario
Instituto Internacional de Derecho Humanitario

Temas selectos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Coordinación general:
• Jorge Galindo García,
• José Trinidad Padilla López
• Marcos Pablo Moloeznik.

Primera edición, 2021.

Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara.
Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
Instituto Internacional de Derecho Humanitario
Zapotlán el Grande, Jalisco, México.

ISBN 978-607-8408-73-3

Todos los trabajos fueron dictaminados a doble ciego.

Esta obra colectiva constituye una iniciativa conjunta de los Cuerpos Académicos *Estrategias, Responsabilidad Social, Estado Constitucional y Sustentabilidad (Clave UDG-CA-1048)* del Centro Universitario del Sur y *Derechos Humanos y Estado de Derecho (Clave UDG-CA-476)* consolidado del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.

Esta publicación se incluye en el contexto del Proyecto "La compleja actualidad Latinoamericana: aportes para una evolución positiva" desarrollado por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de Sanremo (Italia) con la colaboración y el aporte económico de la Unità di Analisi e Programmazione Statistica e Documentazione Storica del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale italiano.

Se permite la reproducción total o parcial, la distribución, la comunicación pública o la transmisión por cualquier forma o por cualquier medio de la presente obra, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, siempre y cuando se reconozca la autoría de la obra original, haciendo expresa referencia a la fuente.
La responsabilidad sobre el contenido es exclusivamente de los autores. Todas las declaraciones de hecho, opinión, o análisis expresado en cada capítulo del presente libro son exclusivamente atribuidos a su autor y no representan la opinión oficial de su país o de sus agencias, ni las de gobierno alguno. Todas las contribuciones fueron sometidas a doble dictamen ciego para garantizar la originalidad, rigurosidad y calidad de los trabajos que integran el libro.

Diseño e impresión:
Amaya ediciones S de RL de CV
Enrique Díaz de León 514-2 Guadalajara, Jalisco. México
☏ 3338259441

Índice

9/ Estudio preliminar: Nociones sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario
Jorge Galindo García, José Trinidad Padilla López y Marcos Pablo Moloeznik

Primera parte: Pandemia y Derechos Humanos

33/ **Capítulo I**
Consideraciones sobre el impacto de la pandemia en el sistema internacional
Marcos Pablo Moloeznik

61/ **Capítulo II**
Salud y Derechos Humanos: un vínculo para fortalecer
José Javier Morales Núñez, Jorge Hernández Bello, Gerardo Aguilera Rodríguez y José Francisco Muñoz Valle

77/ **Capítulo III**
La voluntad anticipada como un derecho humano
Claudia Delfín Ruiz y Rodrigo Cano Guzmán

89/ **Capítulo IV**
El derecho al libre tránsito y las restricciones a la movilidad en tiempos de pandemia: el caso de México
Arturo Villarreal Palos

105/ **Capítulo V**
Reflexiones en torno a la encíclica fratelli tutti, propuesta de un concepto de fraternidad jurídica que contribuya a un constitucionalismo global
Alfonso Hernández Barrón

Segunda parte: Derechos Humanos de primera generación

121/ **Capítulo VI**
El derecho de los derechos
José De Jesús Chávez Cervantes

139/ **Capitulo VII**
El control de convencionalidad en el marco de los Derechos Humanos. Su aplicación en los juzgados civiles del sur de Jalisco
Nicandro Galileo Ramos Chocoteco, Humberto Palos Delgadillo y Evangelina Elizabeth Lozano Montes De Oca

161/ **Capítulo VIII**
Desigualdad social e inseguridad en México 2007-2020
Elena Azaola

187/ **Capítulo IX**
El derecho a la dignidad, igualdad y no discriminación en la función de la seguridad pública
Fernando González Beltrán

217/ **Capítulo X**
Rol y evolución constitucional de las fuerzas armadas ante el laberinto en la ponderación de los derechos fundamentales
Jorge Alejandro Góngora Montejano

237/ **Capítulo XI**
El derecho fundamental a la rendición de cuentas de las instituciones de seguridad pública, incluidas las fuerzas armadas
Jorge Chaires Zaragoza

253/ **Capítulo XII**
El derecho a la libertad de conciencia y religión en el contexto legal polaco
Katarzyna Krzywicka

275/ **Capítulo XIII**
Violación sexual inversa
Rogelio Barba Álvarez

289/ **Capítulo XIV**
Derechos Humanos de los migrantes en México. Aspectos sociales e interseccionalidad
Antonio Fierros Ramírez y Paula Ochoa Báez

309/ **Capítulo XV**
Apuntes para la transformación de las políticas migratorias en México
Christian José Rojas Rojas

Tercera parte: Derechos Humanos de segunda y tercera generación

339/ **Capítulo XVI**
Los usuarios como víctimas de mecanismos multicausales en el sistema de salud – modelo para interpretar la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
Linda Dayán Castro Calvo

365/ **Capítulo XVII**
La actividad judicial en la interpertación y valoración del dictamen en el que consta la manifestación de impacto ambiental
Eduardo Moel Modiano

385/ **Capítulo XVIII**
Educación para la paz como proceso garante del derecho humano a la paz
Lorena Martínez Martínez y Margarita Cantero Ramírez

403/ **Capítulo XIX**
Hacia una cultura de paz, retos en la Universidad de Guadalajara
Dante Jaime Haro Reyes

423/ **Capítulo XX**
Diversidad sexual, un desafío para los Derehcos Humanos y la educación universitaria
Claudia Margarita Navarro Herrera, José Alejandro Juárez González y Arturo Sánchez Campos

Cuarta parte: temas selectos de Derecho Internacional Humanitario y otras situaciones de violencia

441/ **Capítulo XXI**
Consideraciones sobre la protección (¿reforzada?) de las unidades sanitarias
Matteo Fornari

461/ **Capítulo XXII**
Relaciones internacionales y desinformación. Operaciones de ciberinfluencia en las zonas grises del Derecho Internacional
Jerónimo Domínguez Bascoy

483/ **Capítulo XXIII**
Inteligencia Artificial. Incorporación en el campo militar y aplicación del Derecho Internacional Humanitario
Javier Alberto Ayala Amaya

513/ **Capítulo XXIV**
El Derecho Internacional Humanitario y los Sistemas de Armas Autónomas Letales
Francisco Rubio Damián

535/ **Capítulo XXV**
La violencia transita la Alianza del Pacífico, reacciones desde los Estados y el uso de la fuerza en situaciones de vigencia de Derechos Humanos: casos de Chile, Colombia, México y Perú
Víctor Gonzáles Jáuregui

Estudio preliminar: nociones sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario

Jorge Galindo García,[1] José Trinidad Padilla López[2] y Marcos Pablo Moloeznik[3]

La obra colectiva que el lector tiene en sus manos gira alrededor de los *derechos humanos*, cuya preservación y respeto irrestricto constituye la primera obligación del Estado-nación. Se trata de la protección integral de la persona humana como función indelegable e impostergable del Estado y, a la vez, como la base de legitimación de su existencia.

También se aborda el *derecho internacional humanitario*, concebido como un derecho de excepción que solo se aplica en situaciones de conflicto armado, cualquiera que sea su naturaleza. En este estudio preliminar conviene ofrecer los fundamentos de ambas ramas del derecho para, posteriormente, presentar los contenidos y alcances de cada una de las contribuciones.

Cabe señalar que quien abra estas páginas se encontrará ante un esfuerzo colectivo integrado por veinticinco capítulos distribuidos en los siguientes cuatro grandes bloques temáticos:

- Pandemia y derechos humanos.
- Derechos humanos de primera generación.

1 Rector del Centro Universitario del Sur (CUSur) de la Universidad de Guadalajara.
2 Presidente de la Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
3 Profesor-Investigador del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.

- Derechos humanos de segunda y tercera generación.
- Derecho internacional humanitario y otras situaciones de violencia.

De esta manera, la alianza estratégica establecida entre la Universidad de Guadalajara —a través de su Centro Universitario del Sur— y la Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, ofrece a la comunidad su primer producto, a la sazón como respuesta al quebrantamiento sistemático de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Convenios y Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por México en materia de derechos humanos.

Asimismo, la colección de estudios y ensayos amalgamados puede considerarse un antecedente de la propuesta de Programa de Doctorado en Derechos Humanos del Centro Universitario del Sur, debido a que quienes integrarán el núcleo básico de profesores de dicha oferta académica participan en calidad de autores en gran parte de esta obra.

Nociones sobre Derechos Humanos

En este marco, se debe partir de la aceptación de que no existe un acuerdo generalizado sobre la definición y alcances de los derechos humanos; antes bien, se presentan múltiples definiciones y diversas interpretaciones acerca de su contenido y clasificación. Entre los tratadistas de mayor reconocimiento en Iberoamérica, se pueden citar a:

- Trovel y Sierra, para quien los derechos humanos son: "Los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concepción de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados por esta".[4]
- Papacchini, por su parte, sostiene que los derechos humanos son reivindicaciones de unos bienes primarios considerados de enorme importancia para todo ser humano, los cuales logran concretarse en una época histórica determinada en correspondencia del ideario y las demandas de libertad y dignidad que se tengan.[5]
- Rogel, en tanto, afirma que los derechos humanos "son las exigencias

4 Antonio Trovel y Sierra, *Los derechos humanos* (Madrid: Tecnos, 1968), p. 11.

5 Angelo Papacchini, *Filosofía y Derechos Humanos* (Colombia: Universidad del Valle, 2003).

fundamentales, morales y jurídicas que brotan de la naturaleza y dignidad de la persona humana. Que tienen por fin el reconocimiento y respeto de la dignidad, los valores y la igualdad fundamental entre las personas humanas".[6]

- Mientras que Santos Azuela asevera que "los derechos humanos representan los poderes, facultades, libertades y prerrogativas fundamentales del hombre […] que se encuentran fuera de la acción creativa y restricta del Estado".[7]
- Quintana y Sabido señalan que los derechos humanos son producto de la interacción social, lo que conlleva a que sean perfectibles en la medida en que se va acumulando, por una parte, el conocimiento de la dignidad del hombre mismo y, por otra, los valores y garantías para su protección.[8]
- Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México son "[…] el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes […] Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles".[9]

Tal vez por derechos humanos debería entenderse todo el conjunto de prerrogativas inmanentes y permanentes que posibilitan la existencia del ser humano, siempre encaminadas a la protección del valor y respeto que merece la dignidad humana.[10] Es decir que el derecho de los derechos humanos se eri-

6 Héctor Rogel Hernández, *Diccionario de ética* (México: Porrúa, 2008), p. 35.

7 Héctor Santos Azuela, "Genealogía y estructura de los derechos humanos", *Revista Académica* 9, n° 17. (julio de 2011): 173-174.

8 Carlos F. Quintana Roldán y Norma D. Sabido Peniche, *Derechos Humanos* (México: Porrúa, 2013).

9 "¿Qué son los derechos humanos?", Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), consultado en abril de 2021, https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos

10 L. C. Camarena Romero, "Las generaciones de los Derechos Humanos y la importancia de su vigencia para los Estados" (2018), *paper* inédito y sin publicar que cuenta con la

ge en un conjunto de principios y normas en virtud de los cuales las personas pueden esperar ciertos niveles de protección, comportamientos o beneficios de parte de las autoridades, por el solo hecho de ser personas humanas.

En cuanto a los instrumentos universales del derecho internacional de los derechos humanos cabe citar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. A ellos se suman los instrumentos regionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

El derecho a la vida es el derecho humano supremo, puesto que mantenerse vivo es la condición para el goce del resto de los derechos humanos. El derecho a la vida responde a la *tradición judeo-cristiana de occidente* y está consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[11] y en el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[12], entre otros instrumentos jurídicos adoptados por el Estado mexicano y de obligada observancia.

Esas obligaciones escritas son complementadas por el derecho consuetudinario derivado del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra reza: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".[13]

autorización de la autora. De conformidad con la misma autora: "Entiéndase por dignidad humana a todo el conjunto de derechos y libertades inherentes al género humano que remarcan su valor y son el fundamento de los derechos humanos. Tales son los casos del derecho a la vida, a la protección, a la alimentación, a la salud, a la educación, a la libertad de pensamiento, expresión y autorrealización", pp. 3 y 4.

11 Organización de Naciones Unidas (ONU), *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (2015), consultado en abril de 2021, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

12 Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (2014), consultado en abril de 2021,* https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

13 Organización de Naciones Unidas (ONU), *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (2018), consultado en abril de 2021, https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

El derecho a la vida forma parte de lo que se conoce como *el núcleo duro de los derechos humanos*, de carácter inalienable y que, por ende, el Estado tiene el deber de proteger y mantener en cualquier circunstancia y situación; y que, de acuerdo con el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son: el derecho a la vida (artículo 6); la prohibición de la tortura (artículo 7); la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 8); la prohibición del encarcelamiento por no cumplir una obligación contractual (artículo 11); la prohibición de la retroactividad del derecho penal (artículo 15); el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano (artículo 16); y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18).

Esto significa que

> […] Ninguno de estos derechos puede ser suspendido o abrogado en un estado de excepción. Cada disposición existe para todas las personas en todas las circunstancias. Por consiguiente, un Estado no puede imponer un estado de excepción para justificar el hecho de no poder cumplir con su deber de proteger y mantener esos derechos inalienables.[14]

También no se debe soslayar que dichos derechos inalienables pertenecen a lo que se conoce como *derechos humanos de primera generación* o *derechos civiles y políticos*; cuya paternidad se atribuye al entonces director de la División de Derechos Humanos y Paz de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés), Karel Vasak, quien da a conocer las generaciones de los derechos humanos en la conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos de 1979 en Estrasburgo. A partir del orden cronológico en que fueron reconocidos los diferentes tipos de derechos humanos a través de la historia, Vasak presenta los derechos en tres generaciones. La primera generación conformada por los derechos civiles y políticos, la segunda generación integra a los derechos económicos, sociales y culturales, y la tercera generación comprende los derechos individuales y colectivos.[15]

---

14 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Violencia y Uso de la Fuerza* (Ginebra: CICR 2015), consultado en abril de 2021, https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf.., pp. 26-27

15 Ver: Karel Vasak, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Vol. I. (Barcelona: Serbal-UNESCO, 1984). También, Magdalena Aguilar Cuevas, *Las tres generaciones de los Derechos Humanos* (1998), consultado en abril de 2021, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf

Posteriormente, Margarita Herrera[16] retoma la distinción de Karel Vasak en tres generaciones de derechos humanos, como sigue:

- Primera generación: se ubica en el momento en que caen las monarquías absolutistas a finales del siglo XVIII y con el advenimiento del constitucionalismo clásico, de la mano de la Declaración de la Independencia de las Trece Colonias Norteamericanas y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la naciente República Francesa. La misma es identificada como "Derechos Individuales" que contienen, a la par, los Derechos Civiles y Políticos.
- Segunda generación: su establecimiento se ubica por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, a la que después suscriben la Constitución de la República Federativa Socialista Soviética el 10 de junio de 1918 y la Constitución de Weimar el 11 de noviembre de 1919. En esta segunda etapa los derechos humanos son básicamente tres: los Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
- Tercera generación: son los denominados Derechos de Solidaridad y se refieren al derecho de los pueblos a solicitar ciertas prestaciones de la sociedad internacional, como el derecho a la paz, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho al desarrollo y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad.

Recientemente, hace eclosión una nueva tendencia por ampliar las generaciones de los derechos humanos a una cuarta generación, que implica el reconocimiento del derecho de las personas al ciberespacio y a las nuevas tecnologías de la información. Su principal marco de referencia es la Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio de 1997, redactada por el jurista Robert B. Gelman,[17] que propició el despliegue de múltiples formulaciones intelectuales sobre esta nueva categoría de los derechos humanos en el mundo.[18]

---

16 Margarita Herrera Ortiz, *Manual de derechos humanos* (México: Porrúa, 2011).

17 Ver: "Declaración de Derechos del Ciberespacio", Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos, consultado en abril de 2021, http://oiprodat.com/2013/04/21/declaracion-de-derechos-del-ciberespacio/#:~:text=Se%20reconoce%20el%20derecho%20de,redes%20por%20las%20que%20circula.&text=El%20acceso%20a%20dicha%20informaci%C3%B3n,facilitado%20a%20todas%20las%20personas.

18 Javier Bustamante, "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica". *Revista iberoamericana de ciencia, tecnología*

Cualquiera que sea el criterio para determinar la generación de derechos humanos, en el siglo XXI los países con mayor visión apuestan a los capitales humano y social; para lo cual se requiere un Estado fuerte que *ex ante* cumpla con las funciones mínimas establecidas durante el Estado liberal de Derecho (primera manifestación histórica del Estado de Derecho), tales como seguridad y orden público, certidumbre jurídica y justicia.[19] Mientras que los dos pilares de los capitales humanos y social son el derecho a la educación y el derecho a la salud, característicos del Estado social de Derecho, cuyo efectivo goce depende de la fortaleza del Estado. Por último, garantizar el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado es el compromiso de velar por un derecho humano para las próximas generaciones.

Nociones sobre Derecho Internacional Humanitario

En lo que respecta al Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), también denominado Derecho Internacional Humanitario (DIH) o "Derecho de la Guerra" (*Jus in bello*), como tradicionalmente se conoce en el ámbito castrense, el mismo se puede definir como "[…] un conjunto de normas destinadas a limitar, por razones humanitarias, los efectos de los conflictos armados […] protege a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y limita los medios y métodos de guerra permitidos […]",[20] o sea, protege a las víctimas de los conflictos armados y regula la conducción de las hostilidades. Este derecho de excepción que solo se aplica en situación de conflicto armado —ya sea de carácter internacional o tradicional o de carácter no internacional o interno— se complementa con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiende su manto de protección sobre las personas tanto en tiempos de paz como de guerra.

Dicho en otras palabras, se trata de una rama del derecho internacional público que atiende a los conflictos armados con el objeto de tender un manto de protección sobre aquellos que no participan en las hostilidades (población civil) o que dejan de participar directamente en las mismas, tales como los prisioneros de guerra, los heridos en combate, los enfermos y los náufragos (tratándose de la guerra naval). Así, los Convenios de Ginebra del 12 de agos-

e innovación 1 (septiembre-diciembre de 2001).

19 Para mayores detalles, ver: Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática* (Edicusa: Madrid, 1972).

20 Comité Internacional de la Cruz Roja, "Violencia y Uso de la Fuerza", *Vid Supra* (2015): p. 10.

to de 1949 establecen las siguientes normas de protección: Primer Convenio, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Segundo Convenio, para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Tercer Convenio, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y Cuarto Convenio, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.[21]

Adicionalmente, busca limitar los efectos de las hostilidades sobre los combatientes propiamente dichos, al establecer límites a los métodos (estrategias operacionales y tácticas) y medios (sistemas de armas) de hacer la guerra. Las normas que rigen la conducción de las hostilidades están consagradas en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Las mismas restringen los métodos y medios de guerra que pueden usar las partes en conflicto: "Básicamente, regulan la conducción de las operaciones militares en un conflicto armado, definiendo los empleos adecuados y permisibles de las armas y las tácticas militares."[22] En síntesis, "El derecho internacional humanitario es un edificio, basado en una experiencia antiquísima, cuyo objetivo es establecer un equilibrio entre dos conceptos enfrentados: las consideraciones de humanidad y la necesidad militar".[23]

Las normas sobre la protección de las personas y la conducción de hostilidades se unifican y desarrollan en los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, adoptados el 8 de junio de 1977: Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).[24]

El derecho internacional humanitario (DIH) es de obligado cumplimiento por todos los beligerantes, esto es, vinculante para todas las partes en conflicto, incluyendo actores armados no estatales. Incluso, el DIH consuetudinario es

21 "Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales", Comité Internacional de la Cruz Roja (2020); consultado en abril de 2021, https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra

22 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Op.Cit*., p. 11.

23 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Primer Informe: El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos* (Conferencia, Ginebra, 2-6 de diciembre de 2003), p. 30, https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5xymgj.htm

24 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949* (2003), https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/protocoles_adicionales.pdf

vinculante para todas las partes en un conflicto armado, independientemente de las obligaciones contraídas en virtud del derecho de los tratados. En este marco, no se debe soslayar la cláusula de Martens, que establece que, en los casos no comprendidos en el derecho convencional, "las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública".[25]

También existen niveles de violencia más bajos, tal como se desprende del párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que a la letra reza: "El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados". En dichas situaciones que no alcanzan el umbral de conflicto armado y que suelen denominarse "otras situaciones de violencia" (OSV), "todo empleo de la fuerza u otra autoridad que ejerzan los Estados en contra de grupos o individuos que se encuentren dentro de su jurisdicción son regidos por el derecho de los derechos humanos, mientras que los hechos de violencia o daños que ocasionen dichos grupos o individuos quedará en el ámbito del mantenimiento de la ley y el orden y, por lo tanto, estarán regulados por el derecho nacional".[26]

Aunque no son conflictos armados —y, por ende, no alcanzan el umbral del DIH, sino que se aplica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno de cada Estado soberano—, el Comité Internacional de la Cruz Roja reconoce que OSV suelen presentar efectos humanitarios muchas veces de mayor magnitud y devastación que los conflictos armados propiamente dichos, por lo que brinda protección y asistencia humanitarias a las víctimas no solo de conflictos armados, sino también de OSV.

En actividades de aplicación de la ley, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que la fuerza letal sea empleada solo como último

25 La cláusula se basa y debe su nombre a una declaración acuñada y leída por el profesor Friedrich von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, que se incorpora en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Ver: Rupert Ticehurst, "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (31 de marzo de 1997) consultado en abril de 2021, https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlcy.htm

26 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Op.Cit*., pp. 22-23.

recurso, cuando otros medios no resultan eficaces o no garantizan que se alcance el objetivo de una operación de aplicación de la ley.[27]

Como quiera que sea, "La interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos sigue teniendo consecuencias prácticas en la conducción de las operaciones militares. La relación entre el derecho de los derechos humanos y el DIH repercute en cuestiones relativas a la detención, al uso de la fuerza, en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, y al ataque selectivo extraterritorial de personas".[28]

Temas selectos sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

A partir del reconocimiento del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la presente obra parte de *consideraciones sobre la pandemia y los derechos humanos*, que son abordadas y desarrolladas en los primeros cinco capítulos, a saber:

Capítulo I: "Consideraciones sobre el impacto de la pandemia en el sistema internacional", a cargo de Marcos Pablo Moloeznik, quien interpreta al coronavirus como hecatombe o catástrofe, tanto por erigirse en la peor crisis desde la segunda conflagración mundial (1939-1945) como en sus efectos nocivos permanentes que se harán sentir en el corto, mediano y largo plazo. La COVID-19 afecta principalmente el Derecho a la Vida, que en occidente es el más importante de los Derechos Humanos, dado que mantenerse con vida es la condición para gozar del resto de los derechos; lo que explica la imperiosa necesidad de otorgar prioridad a la vida humana sobre los efectos económicos de la pandemia.

Lo anterior guarda correspondencia con el Capítulo II: "Salud y derechos humanos: un vínculo para fortalecer", bajo el cuidado de José Javier Morales Núñez, Jorge Hernández Bello, Gerardo Aguilera Rodríguez y José Francisco Muñoz Valle, en el que se exponen las relaciones tangibles entre la salud y los derechos humanos y se retoman abordajes históricos puntuales. Para ello, los

27 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Cuarto Informe*: *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados (Conferencia, Ginebra, 8-10 de diciembre de 2015*), p. 19,https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados

28 "Los desafíos contemporáneos del DIH", Comité Internacional de la Cruz Roja (5 de febrero de 2013) consultado en abril de 2021, https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl/overview-contemporary-challenges-for-ihl.htm

autores hacen hincapié en el concepto de salud que deriva de dos disciplinas muy afines, pero con objetos de estudio muy diferentes, que son la medicina y la salud pública. Aquella se enfoca en la salud de un individuo y esta última en la salud de las poblaciones; por lo que el nexo de la salud con los derechos humanos se encuentra mediado por las acciones de la salud pública.

El Capítulo III: "La voluntad anticipada como un derecho humano", de la pluma de Claudia Delfín-Ruiz y Rodrigo Cano-Guzmán es probablemente el más controvertido de todos, debido a que hace una defensa del derecho a morir con dignidad, representado hasta el final como una voluntad anticipada, considerada —al decir de los autores— como "el respeto que merece todo ser humano en uso de sus derechos y en plenitud de sus facultades para deliberar, elegir y decidir sobre todo aquello que compete a su existencia y por lo tanto a su proyecto de vida y salud personal".

En otros términos, la contribución gira en torno a la autodeterminación y libertad que los seres humanos tienen para decidir sobre su muerte, además de explicar la voluntad anticipada como derecho humano, que en el derecho comparado se conoce como eutanasia.

En el Capítulo IV: "El derecho al libre tránsito y las restricciones a la movilidad en tiempos de pandemia: el caso de México", Arturo Villarreal Palos da cuenta de un derecho humano a la movilidad restringido por las autoridades ante el grave problema de salud pública, provocada por el virus Sars-CoV2 (covid-19), así como el marco jurídico aplicable en este tipo de situaciones.

La primera sección del libro cierra con el Capítulo V: "Reflexiones en torno a la encíclica *fratelli tutti*, propuesta de un concepto de fraternidad jurídica que contribuya a un constitucionalismo global", de Alfonso Hernández Barrón, quien interpreta el concepto de fraternidad de la encíclica *Fratelli Tutti,* emitida por el Papa Francisco I. Se trata de "[…] un principio jurídico que implica actuar en consonancia de las necesidades de las personas, y el cual se desprende de cualquier ordenamiento jurídico de una democracia constitucional, a efecto de contar a su vez con un cabal entendimiento de la dignidad. Con ello, se pretende trascender la conceptualización, más allá de la dimensión individual y/o que se agota con el respeto a sus derechos humanos desde valores intrínsecos de la persona".

El segundo bloque temático es el más extenso, al integrarse de diez capítulos, que desarrollan *derechos humanos de primera generación*. De esta

manera, José de Jesús Chávez Cervantes está a cargo del Capítulo VI: "El derecho de los derechos", cuyo título responde a que "[…] es el gran derecho que tiene toda persona, tal como en su momento lo describió William Cobbett, como aquel derecho a tomar parte en la creación de las leyes, (incluida, evidentemente, la constitución) por la sencilla razón de que el pueblo será sometido en su totalidad a un determinado ordenamiento jurídico". Se trata, al decir del autor, de la paradoja que se suscita en el seno de las constituciones modernas o también conocidas como democracias constitucionales; a la "[…] tensión democrática que se da para aquellas personas que consideran que la democracia es un fastidio, así como para quienes piensan que la constitución difumina considerablemente mecanismos democráticos que permitan que el pueblo pueda acceder al contenido constitucional". Tema vitalmente necesario en un contexto de actitudes y comportamientos marcadamente autoritarios y contrarios a la letra y espíritu de la Constitución por parte del titular del Poder Ejecutivo de la Federación.

Nicandro Galileo Ramos Chocoteco, Humberto Palos Delgadillo y Evangelina Elizabeth Lozano Montes de Oca en el Capitulo VII: "El control de convencionalidad en el marco de los derechos humanos y su aplicación en los juzgados civiles del sur de Jalisco", parten del artículo 1.° de la Ley Suprema de la Nación que consagra los derechos humanos e impone a los juzgadores el control de convencionalidad, como una herramienta jurídica garantista de los derechos humanos en la impartición de justicia. Siguiendo a los autores del capítulo, "Dicha herramienta tiene una acotación de obligatoriedad, por lo que debe aplicarse en los juzgados federales y estatales del país, sin embargo, el cumplimiento del control de convencionalidad no es un indicador presente en las estadísticas que manejan los Consejos de la Judicatura tanto Federal como de Jalisco". A partir del estudio de caso de los juzgados civiles de la región sur de Jalisco, se demuestra que lejos está de cumplirse con el control de convencionalidad como una forma de garantizar y respetar los derechos humanos de las personas involucradas en los asuntos de los que los jueces dictan sentencias definitivas.

En tanto que el Capítulo VIII: "Desigualdad social e inseguridad en México 2007-2020", a cargo Elena Azaola, da cuenta de la situación que guarda la desigualdad social en México al tiempo que demuestra que la crisis de seguridad y de derechos humanos —que desde 2007 hasta la fecha enfrenta el

país— no se explica sin tomar en cuenta las profundas desigualdades sociales, al contribuir estas significativamente al incremento en la incidencia delictiva en general y al de la violencia en particular.

México se ubica entre los 25 países más desiguales del mundo y la violencia —de acuerdo con Elena Azaola— no pueden atribuirse exclusiva y excluyentemente al accionar de los grupos delictivos, sino que dicha situación responde también a "[…] las instituciones y las políticas gubernamentales que han intentado contenerlos, pero sin ser capaces de ofrecer soluciones de fondo a los problemas que han venido gestándose por largo tiempo [...]". Al fracaso del Estado en materia de seguridad y por una justicia social se suma la crisis de violaciones de derechos humanos producto de las políticas y estrategias gubernamentales que no respeta los límites impuestos por la legalidad.

Así, en el Capítulo IX: "El derecho a la dignidad, igualdad y no discriminación en la función de la seguridad pública", Fernando González Beltrán demuestra que el Estado ni siquiera es capaz de respetar los derechos humanos de los encargados de hacer cumplir la ley, porque —al decir del autor— el marco legal vigente es claramente violatorio del derecho a la igualdad y no discriminación laboral de los policías y tiene su origen en la dignidad humana. De ello se concluye que la función de seguridad pública que presta el personal de seguridad pública debe ser decente y que el Estado, como patrón, debe otorgar condiciones laborales dignas, en igualdad de circunstancias que el resto de los empleados al servicio del Estado.

Históricamente, las fuerzas armadas desempeñan funciones en el ámbito de la seguridad pública, por lo que en el Capítulo X: "Rol y evolución constitucional de las fuerzas armadas ante el laberinto en la ponderación de los derechos fundamentales", Jorge Alejandro Góngora Montejano somete a análisis a esta institución básica del Estado y símbolo de la soberanía nacional. El autor afirma que "Por su naturaleza, la ambigüedad y dualidad de sus funciones cuentan con un amplio reconocimiento social y político del país, pero también han sido señaladas en algunos de los episodios más lamentables en materia de violaciones a los derechos humanos". Se trata de un estudio histórico sobre la génesis, uso y evolución de los roles constitucionales que han venido desarrollando las fuerzas armadas en México, en el marco de un sistema político presidencialista con amplio margen de discrecionalidad sobre los usos y abusos del instrumento militar y máxima intensidad de fuerza del Estado.

Precisamente, la ausencia de una tradición de rendición de cuentas y control de las instituciones de seguridad pública, y en especial las fuerzas armadas, son abordadas por Jorge Chaires Zaragoza en el Capítulo XI: "El derecho fundamental a la rendición de cuentas de las instituciones de seguridad pública, incluidas las fuerzas armadas". El poder legislativo ha soslayado la facultad de control, puesto que los acuerdos entre bambalinas neutralizan dicho ejercicio. De ahí que "La revisión y fiscalización que realiza el congreso federal y los congresos locales a los poderes públicos, a través de los órganos de fiscalización, es prácticamente desconocida por la gran mayoría de la sociedad, sin mayor impacto para el combate a la corrupción e impunidad. El problema se agrava con la revisión y fiscalización a las instituciones responsables de la seguridad pública, incluidas las fuerzas armadas […]". Tratándose de las fuerzas armadas, "su propia esencia y naturaleza no le permiten exponer tan fácilmente su labor al escrutinio público, revestida en el caparazón de la seguridad nacional".

Mientras que el Capítulo XII: "El derecho a la libertad de conciencia y religión en el contexto legal polaco" a cargo de Katarzyna Krzywicka, desarrolla —a partir del caso de Polonia— este derecho como uno de los pilares de una sociedad democrática. La libertad de conciencia y religión o confesión es un derecho humano específico, porque se refiere a las actividades religiosa e ideológica, las cuales se diferencian de manera significativa de otras manifestaciones de la actividad humana. Incluso, está estrechamente relacionado con otros derechos humanos, tales como la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de reunión y la libertad de asociación. Para la autora, "una medida importante para evaluar el grado del valor de la libertad de conciencia y religión en todos los sistemas políticos es el alcance de los derechos de los que disfrutan los seguidores no solo de la religión o cosmovisión predominante en la estructura confesional o denominacional del país, sino también los confesores de las religiones de los grupos minoritarios".

Por su parte, Rogelio Barba Álvarez en el Capítulo XIII: "Violación sexual inversa", aborda la violación inversa, que al igual que la violación propia o genérica presenta la libertad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido, tal como lo establece la doctrina más avanzada en la fragmentación del derecho penal sexual.

La legislación mexicana reconoce la violación sexual para mayores, menores e incapaces además de la violación equiparada, y la violación inversa solo en casos exclusivos del Estado de Chihuahua y para Ciudad de México. Para Barba Álvarez, "El bien jurídico es cuestionable en la diversidad de los códigos penales de la República Mexicana, toda vez que no se ha reconocido la indemnidad o intangibilidad sexual como objeto de protección para menores e incapaces, subsistiendo el libre desarrollo de la personalidad, desarrollo psicosexual y libertad sexual […] En cuanto a la violación inversa, la literatura penal y la legislación nacional no aborda a la mujer como sujeto pasivo en el sentido de provocar a la víctima una erección para consumar la cópula, por ello deberá ser analizado desde el punto de vista de los elementos subjetivos del tipo y los supuestos jurídicos que se puedan presentar al momento de la estructura típica". El lector se encuentra ante un tema escasamente tratado en el derecho penal, que a su vez abreva en un derecho humano de primera generación.

En otro orden, la migración en México reviste gran importancia, tanto por ser un país expulsor de población como por ser un país de tránsito hacia Estados Unidos. De ahí que en el Capítulo XIV: "Derechos humanos de los migrantes en México. Aspectos sociales e interseccionalidad", Antonio Fierros Ramírez y Paula Ochoa Báez explican las modificaciones a la legislación y políticas migratorias nacionales para garantizar la protección de sus derechos humanos. Subyace en este estudio la pregunta de cómo poner coto a las violaciones a las prerrogativas de los migrantes, en un contexto de presencia de la delincuencia organizada y de indefensión de quienes acarician el "sueño americano" en su paso por territorio nacional.

Bajo la misma lógica, el Capítulo XI: "Apuntes para la transformación de las políticas migratorias en México" de Christian José Rojas Rojas, desarrolla "[…] aspectos relacionados con el diseño de políticas públicas hacia las personas trabajadoras migrantes indocumentadas que tiene como punto de arranque la aplicación formal y fáctica el principio de igualdad y no discriminación para orientar el actuar de las instituciones públicas y sus operadores. Dicho principio se ha comenzado a incorporar lentamente en México como parte de una nueva cultura de gestión institucional a favor de esa población". Para el autor, una política pública ajustada a los derechos humanos permite construir una política de Estado que considera intrínseca la perspectiva de derechos a

las dimensiones económicas, sociales, políticas y culturales que protegen a las personas trabajadoras migrantes y sus familias.

La tercera sección se centra en los *derechos humanos de segunda y tercera generación*, tales como el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la educación (con especial énfasis en la educación y cultura de la paz) y el derecho a la diversidad sexual.

De esta forma, a partir del caso colombiano, Linda Dayán Castro Calvo explica los diversos mecanismos que hacen a los usuarios del sistema de salud víctimas del mismo, revisando principalmente las condiciones normativas y sociales, así como culturales que inciden en este resultado. Se trata del Capítulo XVI: "Los usuarios como víctimas de mecanismos multicausales en el sistema de salud – modelo para interpretar la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", que en un enfoque innovador presenta como problema fundamental un sistema de salud que no opera "[…] solo en el contexto de falta de reconocimiento de sus funcionarios con las necesidades de salud de los pacientes, sino que se encuentra apoyado por otros dispositivos culturales de diverso origen y funcionamiento que anteceden al propio sistema de salud"; para concluir que "[…] solo aquellos casos en los que los usuarios puedan hacer de su situación singular una acción colectiva, es probable que se puedan presentar transformaciones así sea de los eslabones medios o bajos de la estructura administrativa y de prácticas consolidadas dentro del sistema de salud".

Eduardo Moel Modiano en su Capítulo XVII: "La actividad judicial en la interpertación y valoración del dictamen en el que consta la manifestación de impacto ambiental", aborda el tema de la protección a un medio ambiente sano, derecho humano consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en un conjunto de tratados internacionales que comprometen a México "[…] a que el desarrollo de las personas no altere el medio ambiente". No debe soslayarse que subyace una tensión entre la protección al medio ambiente sano y el libre ejercicio del comercio y, por ende, el desarrollo económico y social de las personas; mientras el derecho a la libertad de comercio se refiere a un momento especifico en el presente, la protección del medio ambiente se refiere a las consecuencias futuras de los actos de hoy (para las próximas generaciones), tal como lo pone de relieve el autor.

El derecho a la educación, con especial atención a la educación para la paz y la cultura de la paz es atendido en los capítulos XVIII y XIX, respectivamente. Así, en el Capítulo XVIII: "Educación para la paz como proceso garante del derecho humano a la paz" a cargo de Lorena Martínez Martínez y Margarita Cantero Ramírez, se reconoce que la educación es considerada un instrumento para la construcción de paz "[…] la cual se ha consolidado como un derecho humano de tercera generación, también denominados derechos de solidaridad, que pretenden ofrecer estrategias para atender las distintas necesidades de las naciones y los grupos humanos apoyadas de la colaboración entre los mismos […]". Se trata de un círculo virtuoso entre la educación para la paz y el derecho humano a la paz "donde ambos elementos se retroalimentan mutuamente", de conformidad con los autores.

Por su parte, el Capítulo XIX: "Hacia una cultura de paz, retos en la Universidad de Guadalajara" de Dante Jaime Haro Reyes, asume como reto de la Universidad de Guadalajara la promoción de la cultura y educación para la paz "[…] de manera transversal en los contenidos curriculares y prácticas institucionales, para ello el establecimiento de Centros de Cultura de Paz, espacios estratégicos propuestos por la Defensoría de los Derechos Universitarios al interior de la Red Universitaria, impulsa estas acciones, ya que se configuran como un punto de encuentro para colaborar y co-crear con las y los estudiantes, académicos(as) y personal administrativo, el fomento y promoción de *Paz* entre los miembros de la Comunidad universitaria", siguiendo al autor.

Este segundo bloque temático cierra con el que probablemente sea la segunda contribución que genere controversia entre los lectores, el Capítulo XX: "Diversidad sexual, un desafío para los derehcos humanos y la educación universitaria" de la autoría de Claudia Margarita Navarro Herrera, José Alejandro Juárez González y Arturo Sánchez Campos. Para estos resulta imperativo "[…] lograr una educación verdaderamente inclusiva […] sobre la necesidad de promover mediante la educación, el respeto y la inclusión de la comunidad LGBTTTIQA, como uno de los más elementales derechos humanos".

Por último, en una cuarta parte se ponen a consideración del lector temas selectos de derecho internacional humanitario. Matteo Fornari en el Capítulo XXI: "Consideraciones sobre la protección (¿reforzada?) de las unidades sanitarias", explica que el derecho internacional humanitario reserva una pro-

tección especial a los hospitales, los centros médicos y al personal sanitario, debido a su función específicamente humanitaria. Esto impone a las partes en conflicto la adopción de medidas adicionales y específicas antes de atacar esos objetivos. No obstante que tanto el derecho de los tratados como las normas consuetudinarias están bien desarrolladas y aceptadas, en las últimas décadas unidades sanitarias y personal médico han sido objeto de ataques deliberados, lo que demuestra un incumplimiento prácticamente constante de todas las medidas de precaución exigidas.

Las nuevas tecnologías en el campo militar merecen especial atención, por lo que los capítulos XXII, XXIII y XXIV dan cuenta de diversos aspectos y dilemas que los avances científico-tecnológicos traen aparejados en los campos de batalla y en las guerras del futuro.

El Capítulo XXII: "Relaciones internacionales y desinformación. Operaciones de ciberinfluencia en las zonas grises del derecho internacional" a cargo de Jerónimo Domínguez Bascoy, explora las lagunas o vacíos legales en la arena internacional que posibilitan —tanto a Estados como a actores no estatales— el desarrollo de operaciones de ciberinfluencia tales como desinformación e intentos de influir en la opinión y en las decisiones políticas, en el dominio del ciberespacio, además de posibles respuestas en el marco del derecho internacional. El autor se enfoca en la desinformación o la manipulación de la información como instrumentos dentro del arsenal con que cuentan los Estados para el desarrollo de su política exterior. Dicha herramienta "[…] suele formar parte de un mucho más amplio y peligroso complejo de acciones estatales conducidas en y a través del ciberespacio, en forma de ciberoperaciones maliciosas de diverso carácter, características de lo que se conoce como "guerra híbrida".

Javier Alberto Ayala Amaya en su Capítulo XXIII: "Inteligencia artificial: incorporación en el campo militar y aplicación del derecho internacional humanitario", también reconoce que "[…] La tecnología ha revolucionado la forma de vida de los seres humanos al satisfacer continuamente sus necesidades previamente insatisfechas. Un ejemplo de esto es el advenimiento de la inteligencia artificial (IA) como una ciencia que utiliza técnicas computacionales sofisticadas para producir sistemas capaces de simular diversas funciones del ser humano, que los hacen inteligentes […] Estas novedades han llevado a que esta tecnología esté siendo acogida por las instituciones

militares para adquirir superioridad, tanto así que en la actualidad existen ejércitos dirigiendo sus esfuerzos a la implementación de sistemas IA en distintas áreas, donde ha resultado ser maravillosamente eficientes […] La autonomía que permiten estos sistemas en el desarrollo de las funciones militares ha provocado mejoras importantes en el mando y control, en la logística y en la protección de las propias tropas. Aunque estos elementos aún permanecen bajo la supervisión humana, la idea de que en algún momento puedan ejecutar acciones de manera completamente autónoma ha provocado una serie de críticas respecto a la precisión con la cual puedan aplicar las normas del derecho internacional humanitario".

Esta misma preocupación es abordada por Francisco Rubio Damián en el Capítulo XXIV: "El derecho internacional humanitario y los sistemas de armas autónomas letales". El autor pone el acento en "[…] los sistemas de armas autónomas letales (SAAL o LAWS por sus siglas en inglés), también llamados robots de combate, armas autónomas o, según sus más acérrimos detractores, robots asesinos". El debate gira alrededor de "[…] la perspectiva de unas máquinas con la facultad y el poder para quitar la vida humana […] Limitar la autonomía de las armas letales es, por lo tanto, una exigencia ética ligada al principio de humanidad, a la conciencia pública y al derecho internacional humanitario".

La obra colectiva bajo la coordinación de quienes suscribimos este estudio introductorio concluye con el Capítulo XXV: "La violencia transita la alianza del pacífico, reacciones desde los estados y el uso de la fuerza en situaciones de vigencia de derechos humanos: casos de Chile, Colombia, México y Perú" a cargo de Víctor Gonzáles Jáuregui. Desde el punto de vista jurídico esta contribución escapa al derecho internacional humanitario, porque trata sobre la respuesta del Estado (específicamente sobre el uso de la fuerza) ante actos esporádicos y aislados de violencia que —tal como se adelanta en párrafos anteriores— el Comité Internacional de la Cruz Roja denomina otras situaciones de violencia (OSV); zona gris a caballo entre la guerra y la paz en la que se aplica el derecho interno de cada Estado y el derecho internacional de los derechos humanos.

Actualmente, el escenario regional se encuentra dominado por OSV, por lo que la pertinencia de este trabajo no deja lugar a dudas. El mismo presenta una "[…] aproximación comparativa entre las vigentes normas de uso de la

fuerza utilizadas durante las operaciones de mantenimiento del orden por la Fuerza Pública en Chile, Colombia, México y Perú; países que integran la Alianza del Pacifico y que representan la octava economía del mundo; durante las diversas situaciones de violencia que han atravesado en los últimos años con ocasión de diversas crisis político sociales y actividades de la criminalidad organizada que afectan profundamente sus democracias y regímenes de gobierno, además de su economía […] Los referidos Estados han realizado esfuerzos para dotar a sus funcionarios de normas adecuadas que sirvan para controlar a ciudadanos que incurren en diversos actos de violencia, en razón, a la obligación vinculante que les genera la Convención Americana de Derechos Humanos de respetar los derechos y libertades de las personas y el derecho de reunión pacífica y sin armas".

Esta realidad signada por OSV y el uso de la fuerza por parte del aparato represivo del Estado ha devenido en efectos humanitarios negativos e, incluso, en la deslegitimación del poder público, por lo que la dosificación del uso de la fuerza del Estado —como detentador del monopolio de la fuerza— se erige un factor crítico para los tomadores de decisión.

En conclusión, a lo largo de veinticinco capítulos se ofrece una colección de estudios sobre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en un contexto signado por la violencia de actores no estatales y del propio Estado, agravado por la pandemia que azota al mundo.

Zapotlán el Grande, Jalisco, México, 26 de abril de 2021.

Bibliografía

Aguilar Cuevas, Magdalena. *Las tres generaciones de los Derechos Humanos*. 1998. Consultado en abril de 2021. http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf

Bustamante, Javier. "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica". Revista iberoamericana de ciencia, tecnología e innovación 1 (septiembre-diciembre de 2001).

Camarena Romero, L. C. "Las generaciones de los Derechos Humanos y la importancia de su vigencia para los Estados". 2018. *Paper* inédito y sin publicar que cuenta con la autorización de la autora.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). "¿Qué son los derechos humanos?". Consultado en abril de 2021. https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos

Comité Internacional de la Cruz Roja. "Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adiciona-

les". 2020. Consultado en abril de 2021. https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra

Comité Internacional de la Cruz Roja. "Los desafíos contemporáneos del DIH". 5 de febrero de 2013. Consultado en abril de 2021. https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl/overview-contemporary-challenges-for-ihl.htm

Comité Internacional de la Cruz Roja. "Violencia y Uso de la Fuerza". *Vid Supra* (2015): p. 10.

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Cuarto Informe*: *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados*. *Conferencia, Ginebra, 8-10 de diciembre de 2015*. https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949*. 2003. https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/protocoles_adicionales.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Primer Informe: El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*. Conferencia, Ginebra, 2-6 de diciembre de 2003). https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5xymgj.htm

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Violencia y Uso de la Fuerza*. Ginebra: CICR, 2015. consultado en abril de 2021. https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf

Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Edicusa: Madrid, 1972.

Herrera Ortiz, Margarita. *Manual de derechos humanos*. México: Porrúa, 2011.

Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos. "Declaración de Derechos del Ciberespacio", Consultado en abril de 2021. http://oiprodat.com/2013/04/21/declaracion-de-derechos-del-ciberespacio/#:~:text=Se%20reconoce%20el%20derecho%20de,redes%20por%20las%20que%20circula.&text=El%20acceso%20a%20dicha%20informaci%C3%B3n,facilitado%20a%20todas%20las%20personas.

Organización de Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. 2014. Consultado en abril de 2021. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (2015). Consultado en abril de 2021. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

Organización de Naciones Unidas (ONU). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 2018. Consultado en abril de 2021. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

Papacchini, Angelo. *Filosofía y Derechos Humanos*. Colombia: Universidad del Valle, 2003.

Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D. *Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2013.

Rogel Hernández, Héctor. *Diccionario de ética*. México: Porrúa, 2008.

Santos Azuela. Héctor. “Genealogía y estructura de los derechos humanos”. *Revista Académica* 9, n° 17 (julio de 2011): 173-174.

Ticehurst, Rupert. “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”. *Revista Internacional de la Cruz Roja* (31 de marzo de 1997). Consultado en abril de 2021, https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlcy.htm

Trovel y Sierra, Antonio. *Los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1968.

Vasak, Karel. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Vol. I. Barcelona: Serbal-UNESCO, 1984.

Primera parte

Pandemia y Derechos Humanos

CAPÍTULO I

Consideraciones sobre el impacto de la pandemia en el sistema internacional

Marcos Pablo Moloeznik[1]

El significado de la actual pandemia es de hecatombe o catástrofe,[2] con efectos nocivos permanentes que se harán sentir en el corto, mediano y largo plazo. Se trata de la peor crisis desde la segunda conflagración mundial (1939-1945) que afecta a la humanidad en su conjunto y que probablemente se prolongue durante los próximos 18 meses. Se estima un escenario a futuro de carácter inercial, debido a que la inmunidad colectiva o "de rebaño" solo se

1 Profesor-Investigador del Departamento de Estudios Políticos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara, Investigador Nacional Nivel II y Miembro del Cuerpo Académico Consolidado Derechos Humanos y Estado de Derecho, UDG-CA-476 - Código ORCID: 0000-0002-4078-9451. Una versión preliminar se puede consultar en: Marcos Pablo Moloeznik, "Hacia un decálogo de la pandemia y su disrupción del sistema internacional", *Global Thought* (2020) https://globalthought.com.mx/AdministradorInicio/AgendaContenido/3071, consultado el 14 de noviembre de 2020.

2 En 1940 el Comité de Ayuda Unida para los Judíos en Polonia con sede en Jerusalén acuña en un libro-guía el vocablo hebreo *Sho'ah*, que se traduce como catástrofe o hecatombe, y que podría ajustarse a la situación actual por su gravedad y alcances. Ver: Marcos Pablo Moloeznik (Coordinador), *Primo Levi. Su legado humanista* (México: Editorial Universidad de Guadalajara, 2019), p. 100. Cabe señalar que, de conformidad con el diccionario de la Real Academia Española, se define *catástrofe* como "suceso que produce gran destrucción o daño"; ver: "Etimología de Catástrofe", Diccionario Etimológico (DE), Consultado el 1º de septiembre de 2020, http://etimologias.dechile.net/?holocausto.

podrá lograr hasta dar con una vacuna. Dicho en otras palabras, "El virus no desaparecerá espontáneamente. No existe vacuna ni tratamiento".[3]

El coronavirus (COVID-19) afecta significativamente al sistema internacional en su conjunto, cuyo impacto puede constatarse a través del siguiente *decálogo* que se pone a consideración del lector. A la luz del impacto y efectos perniciosos del coronavirus, desde el pasado 2 de abril hemos insistido en que la pandemia debería definirse como *la principal amenaza a la seguridad nacional* y actuarse en consecuencia. Esto significaría que todas las capacidades y recursos del Estado mexicano deberían canalizarse para enfrentar el virus COVID-19, en especial con medidas preventivas, cuyo costo social y humano sería mucho menor que tener que actuar ex post a la propagación de dicho flagelo.[4]

Esta posición es compartida por Antonio Gil Fons, quien la sustenta a partir de la definición acuñada por el general israelí Tal: "el concepto de seguridad nacional trata de salvaguardar la existencia de una nación y defender sus intereses vitales. La existencia es el objetivo básico de la seguridad".[5] De donde, en palabras de Gil Fons: "…todo gobernante debería asumir que el covid-19 está afectando y coaccionado los intereses más vitales de la nación, como son la salud de sus ciudadanos, la economía, el clima social, la acción política y de gobierno, las instituciones, etc. De persistir esa presión de la pandemia sobre los intereses vitales, ¿acaso no podría llegar a ponerse en riesgo la propia existencia de la nación? Con base en ello, la pandemia del covid-19 ha de ser catalogada por los Estados como una amenaza a la seguridad nacional y se debe actuar en consecuencia… Siendo el covid-19 una amenaza para la seguridad nacional, los políticos han de callar y los estadistas han de dar un paso al frente".[6]

3 Laurie Ann Ximénez-Fyvie, "El Fiasco del Siglo", *Diario Reforma*, 5 mayo de 2020. Consultado el 1º de septiembre de 2020, https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/el-fiasco-del-siglo-2020-05-05/op179479?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--

4 "COVID-19: principal amenaza a la Seguridad Nacional", Centro de Estudios Estratégicos para el Desarrollo, Consultado el 2 de septiembre de 2020, https://www.jaliscoafuturo.mx/jalisco-despues-del-covid-19/

5 Israel Tal, *National Security: The Israeli Experience* (Connecticut, London: Praeger Publishers, 2000), p. 3.

6 Antonio Gil Fons, "Israel y COVID-19: un aprendizaje que compartir" (trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020): pp. 1-5. En este marco, se suele atribuir a Benjamin Disraeli, primer ministro de Gran Bretaña, la distinción

De hecho, Dominic Wilkinson —profesor de Ética Médica de la Universidad de Oxford— sostiene que la situación generada por el coronavirus puede compararse con un estado de beligerancia: "Hay muchos paralelismos con las profundas y difíciles preguntas que enfrentan los países cuando están en guerra" y la pandemia que cae dentro de la categoría de "amenaza muy sustancial".[7]

Tampoco debe soslayarse que el virus COVID-19 afecta el Derecho a la Vida, que en occidente es el más importante de los Derechos Humanos, dado que mantenerse con vida es la condición para gozar del resto de los derechos.[8] El Derecho a la Vida responde a *la tradición judeo-cristiana de occidente* y está consagrado en el artículo 3.° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[9] y en el artículo 4.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[10] entre otros instrumentos jurídicos adoptados por el Estado mexicano y de obligada observancia. Esto explica la imperiosa necesidad de otorgar prioridad a la vida humana sobre los efectos económicos de la pandemia, porque mientras lo material se puede recuperar en el futuro, quien destruye una vida...es como si destruyera un mundo entero, de conformidad con el proverbio hebreo del Talmud. Todo gobierno debería, por tanto, salvar la mayor

---

entre el estadista y el político llevada a cabo hacia 1867: "la diferencia entre un estadista y un político es que, mientras el primero medita sobre las futuras generaciones, al segundo solo le interesa el próximo acto de elecciones".

7 Margarita Rodríguez, "Coronavirus: los dilemas éticos con los que la pandemia de covid-19 nos está enfrentando", *BBC News Mundo*, 6 de septiembre de 2020, Consultado el 6 de septiembre de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-54001462; el subrayado es nuestro. Sobre la evolución histórica de la guerra y los grandes pensadores militares, ver: Marcos Pablo Moloeznik, *Tratado sobre Pensamiento Estratégico-Militar (Enseñanzas para el sistema de defensa de México)* (México: Colectivo de Análisis de la Seguridad en Democracia, A.C. (CASEDE), 2018), Consultado el 14 de noviembre de 2020, http://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-0/defensa-y-fuerzas-armadas/fuerzas-armadas-mexicanas/410-tratado-sobre-pensamiento-estrategico-militar

8 Marcos Pablo Moloeznik, "La Preservación del Derecho a la Vida como tema prioritario de la Agenda Pública de México", Mensaje audiovisual (cápsula) para redes sociales y página web del Centro de Estudios Estratégicos para el Desarrollo, Universidad de Guadalajara, 7 de octubre de 2020, Consultado el 14 de noviembre de 2020, https://www.facebook.com/Jaliscoafuturo/videos/679951069625196/

9 Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (2015), Consultado el 1º de septiembre de 2020, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

10 Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos* (2014), Consultado el 1º de septiembre de 2020, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

cantidad de vidas posible.[11] Tal vez el caso más dramático sea el de Estados Unidos: con solo 4.25 % de la población mundial —358 millones de habitantes— presenta 20 % de las muertes del orbe.[12]

La responsabilidad ética de China y el deterioro de su *soft power*

La Organización Mundial de la Salud (OMS), en su página oficial, reconoce que el actual brote de enfermedad por coronavirus fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019.[13] Wuhan es una ciudad de la República Popular China de 11 millones de habitantes y existen testimonios de grupos de disidentes políticos chinos que alertaron sobre el despliegue inusitado del aparato de seguridad del Estado, acompañado de medidas de control y restricción de las vías generales de comunicación y accesos a dicha población,[14] cuando tuvo lugar un torneo internacional de tenis. Posteriormente, el 27 de octubre, 9000 participantes de fuerzas armadas de 140 países se congregaron para competir en juegos olímpicos castrenses y muchos deportistas aseguraron ver las calles vacías y los negocios cerrados. Es decir, desde septiembre las autoridades chinas decidieron establecer un cordón sanitario, acompañado por un severo confinamiento, suspensión de actividades y cese de comunicaciones, lo que hace suponer que el coronavirus hizo eclosión antes de fines de 2019. Sin embargo, fue hasta el cierre del año pasado cuando reconocieron la existencia de la pandemia. Esto explica la animadversión generalizada hacia China por no haber informado oportunamente al resto del mundo sobre la génesis de la pandemia; lo que erosiona el

11 Para una versión previa bajo la modalidad de conferencia, ver: "COVID-19 y Derecho a la Vida en México", Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario / Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, 31 de agosto de 2020. Consultado el 3 de septiembre de 2020, https://www.youtube.co m/watch?v=2Z8BfakKZJs. Dominic Wilkinson, profesor de Ética Médica de la Universidad de Oxford, afirma que la prioridad tiene que ser "salvar vidas"; en Margarita Rodríguez *Vid Supra* (2020).

12 Mike Patton, "The Impact of Covid-19 on US economic and financial markets", *Forbes*, 12 de octubre de 2020 consultado el 12 de octubre de 2020, https://www.forbes.com/sites/mikepatton/2020/10/12/the-impact-of-covid-19-on-us-economy-and-financial-markets/?sh=5b0e659d2d20

13 "Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)", Organización Mundial de la Salud (OMS), Consultado el 14 de noviembre de 2020 https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019

14 Dichos colectivos manejan como hipótesis la muerte de 2 millones de personas en China continental, producto del coronavirus, al dejar de funcionar el mismo número de teléfonos celulares, en contraste con datos oficiales.

soft power[15] chino, al presentar una imagen que lo aleja del compromiso y solidaridad con la sociedad internacional.[16] En síntesis, "este 2020 estará marcado por el efecto dominó del coronavirus. Su presencia inició en China, se propagó por más de 160 países y sus implicaciones han sido desastrosas".[17]

Réquiem por el multilateralismo

A la luz del *lobby* chino que impuso hace tres años al etíope Tedros Adhanom Ghebreyesus como director general de la OMS,[18] y que ejerce un control efectivo, así como de las contradicciones en las que, desde el inicio de la pandemia, ha caído dicha organización especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se verifica una creciente pérdida de credibilidad. Estados Unidos acaba de dar el primer paso al anunciar su retiro de la OMS el 7 de julio y es probable que otros países opten también por su salida.

Cabe destacar que Estados Unidos es el mayor donador de la OMS. En 2019 la Unión Americana dio a la organización 893 millones de dólares, mientras que China aportó 86 millones de dólares; como un comparativo, el mismo año la Fundación Bill & Melinda Gates transfirió a la OMS 531 millones de dólares en donaciones voluntarias. La decisión de retirarse de la OMS, a la que el presidente de Estados Unidos, Donald Trump, acusa de haber encubierto la magnitud de la pandemia y de una gestión de la crisis negligente y conveniente a los intereses del régimen chino, fue acompañada por el congelamiento de fondos con valor de 400 millones de dólares.[19]

Se trata del principio del fin del multilateralismo, ya que los Estados-nación en una relación costo-beneficio probablemente llegarán a la conclusión de que pocas son las ventajas a obtener por formar parte de organizaciones re-

15 Joseph S. Nye, Jr., *Bound To Lead: The Changing Nature Of American Power* (New York: *Basic Books,* 1990).

16 Es muy probable que Beijing intente compensar esta situación no deseada con la producción masiva de vacunas y su distribución en aquellos espacios geográficos donde persigue intereses de naturaleza estratégica. Incluso, para Mónica Ramos Flores, el comportamiento de Estados Unidos —incluyendo su salida de la OMS— le allana el camino a China para ganar posiciones a nivel internacional con la "Mask Diplomacy"; ver Mónica Ramos Flores, "El país más poderoso del mundo y el COVID-19" (trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020), p. 1.

17 "Las TIC´s en tiempos del Covid-19", *Forbes México*, 24 de marzo de 2020, Consultado el 14 de noviembre de 2020, https://www.forbes.com.mx/las-tics-en-tiempos-del-covid-19/

18 "Biografía del Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus", Organización Mundial de la Salud (OMS), consultado el 14 de noviembre de 2020, https://www.who.int/dg/tedros/biography/es/

19 Mónica Ramos Flores, *Op.Cit.*

gionales e internacionales, en un juego que cada vez se acerca más al de suma cero y, por ende, está alejado de la lógica ganar-ganar que, en palabras de Mónica Ramos Flores, se traduciría en "gobernanza global fragmentada".[20]

Así, la Unión Europea ya acusa desencuentros entre sus Estados miembros, que se pusieron al desnudo en la puja por insumos necesarios para enfrentar al coronavirus y que se agudizarán durante el proceso de recuperación económica. Incluso, "en lo concerniente al multilateralismo, y aunque es uno de los elementos con los que Japón cuenta para aumentar su influencia internacional, el dinamismo de los mecanismos multilaterales seguramente serán (sic) más lentos y débiles", matiza Rubén Casillas de la Torre.[21]

En rigor, en el ámbito internacional muchos serán los países que dejarán de formar parte de organismos especializados de la ONU, cuyas actividades y resultados no guardan correspondencia con las aportaciones financieras de los Estados que los conforman. En resumen, se vislumbra un escenario signado por el *unilateralismo*, en el que cada vez más los Estados soberanos optarán por su reconstrucción desde adentro y al margen de convenios y compromisos regionales e internacionales. Así, producto de esta tendencia, la Federación Rusa ha tomado la decisión de darle primacía a su Constitución sobre el Derecho Internacional: "El presidente Vladimir Putin firmó […] una ley que permite que la legislación nacional rusa tenga precedencia sobre los tratados internacionales y los fallos de los organismos internacionales, en caso de que entren en conflicto con la constitución rusa".[22]

La devastación económica sin parangón

Además de la letalidad que cobra cada vez más vidas humanas, un efecto pernicioso del COVID-19 es la destrucción de las economías, incluyendo daños irreversibles. Se reconoce en la pandemia la peor crisis económica desde el viernes negro de Wall Street de 1929. En especial, el sector transporte (vg. compañías aéreas), el turismo y los bienes suntuarios o artículos de lujo tales como joyas, relojes, electrónicos y automóviles, son los más afectados. Y es que la abrumadora mayoría de la población se limita a comprar artícu-

20 *Ibídem*.

21 Rubén Casillas de la Torre, "Japón y el COVID-19" (trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020), p. 4.

22 "Ley rusa tendrá precedencia sobre los tratados internacionales", *Reuters*, diciembre 8 de 2020, https://uk.reuters.com/article/rusia-politica-tratados-idLTAKBN28I28M

los esenciales como alimentos, medicinas y productos de higiene y limpieza. Tratándose del sector social, se verifica un incremento de la pobreza y las desigualdades de magnitudes inconmensurables. El quiebre generalizado de empresas y el consiguiente aumento del desempleo masivo (Estados Unidos acusa aproximadamente más de 50 millones de desempleados y en México se estima en alrededor de 20 millones, si se toma en cuenta el sector informal de la economía) dan al traste con la necesaria generación de riqueza y el principal indicador de la política social.

Tratándose de Rusia, el primer semestre de 2020 su economía se contrajo 3.4 por ciento del PIB y el desempleo aumentó 6.4 por ciento. Además, se incrementó la pobreza de "1.3 millones de personas, hasta 19.9 millones, lo que representa el 13.5 por ciento de la población".[23] Por su parte, en el segundo trimestre del año, en Estados Unidos el crecimiento real del PIB cayó en 31.4 por ciento y la tasa de desempleo aumentó hasta un 14.7.[24]

En el caso de América Latina y el Caribe, el Fondo Monetario Internacional estima una contracción de 9.4 por ciento del PIB, caída que para las tres principales economías de la región se presenta de la siguiente manera: Brasil -9.1 por ciento, México -10.5 por ciento y Argentina -9.9 por ciento; lo que explica un incremento de la pobreza de 30.3 por ciento de la población de la región en 2019 a 37.2 por ciento en 2020, es decir un aumento de 45 millones de personas en la línea de la pobreza (para llegar a 230 millones de personas pobres).[25]

Mientras, la pérdida de recursos por parte del Estado, incluyendo el endeudamiento y el déficit fiscal, impone la racionalidad en el proceso de asignación de los mismos y la firma del acta de defunción de los objetivos del milenio de la ONU.

El establecimiento de prioridades en un contexto signado por una escasez crítica de recursos y el costo de oportunidad en la distribución de los mismos,

---

23 Ver: "Rusia repasa su plan económico en medio de aumento de la COVID y la pobreza", *Hola News*, 23 de septiembre de 2020, https://holanews.com/rusia-repasa-su-plan-economico-en-medio-de-aumento-de-la-covid-y-la-pobreza/

24 Mike Patton, *Vid Supra*.

25 Celina B. Realuyo, "The Impact of COVID-19 on the Economy, Security and Transnational Organized Crime in the Americas", *Regional Insights 2020 Edition* 4 (October 2020), William J. Perry Center for Hemispheric and Defense Studies (CHDS), consultado el 14 de noviembre de 2020, https://williamjperrycenter.org/sites/default/files/publication_associated_files/The%20Impact%20of%20COVID-19%20.pdf, p. 2.

obligará a las autoridades a navegar en el mar de la austeridad. Esto significa que, para muchos, se terminará *el maná del Estado*; con la consiguiente desaparición de los "chiringuitos"[26] de la mano de subsidios y apoyos estatales, así como de los gastos superfluos que suelen responder a modas, frivolidades o coyunturas de vacas gordas. También es posible que, en aras de la necesaria recuperación económica, se flexibilicen las normas de protección al medio ambiente, con una mayor tolerancia a la explotación depredadora de los recursos naturales.

En este marco, resulta paradójico que la economía china —donde se originó la pandemia— sea la excepción, al cerrar 2020 con tasas de crecimiento económico y al fortalecer su liderazgo con la creación del espacio de libre comercio más grande del orbe: la Asociación Económica Integral Regional, acuerdo integrado por 15 países de la región Asia-Pacífico que representan un tercio de la economía global y un mercado de 2300 millones de personas.[27]

Las dos caras de la moneda: proteccionismo y nacionalismo exacerbados

La reconstrucción de las economías, la generación de riqueza y la creación de fuentes de empleo, probablemente estarán marcadas por una tendencia *aislacionista* de los Estados-nación, a la sazón como clavo en el ataúd del multilateralismo. Cada país velará exclusiva y excluyentemente por el bienestar general de su población, en detrimento de la solidaridad y apoyo a los pueblos menos favorecidos. Así, el futuro del reciente tratado comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) está signado por la incertidumbre, debido a que la Unión Americana tiene ya más de 50 millones de desempleados y probablemente apueste por un *New Deal* basado en el proteccionismo, que traiga aparejado una autarquía relativa y una drástica disminución de sus importaciones, para concentrarse en el desarrollo de su mercado interno y en

26 En España "chiringuito" hace referencia a un pequeño establecimiento, de edificación más o menos provisional, cuyo fin es establecer un negocio, generalmente dedicado al sector servicios, y particularmente a la venta de bebidas y alimentos. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *chiringuito* significa 'quiosco o puesto de bebidas al aire libre'. Además, el término *chiringuito* en España se aplica a un negocio o empresa que actúa de forma turbia o en economía sumergida, y se suele extender a aquellos grupos de ciudadanos que gozan de privilegios de la mano de prevendas del erario público.

27 Luisa Trapero, "China lidera un macroacuerdo económico", *Euronews*, 16 de noviembre de 2020, consultado el 16 de noviembre de 2020, https://es.euronews.com/2020/11/16/china-lidera-un-macroacuerdo-economico.

la producción doméstica para la emergencia de empleos; lo que afectará significativamente a la economía mexicana que en dicho escenario a futuro poco podrá beneficiarse de la relación comercial con su vecino del norte.[28]

En principio, el mayor desafío descansará en cómo garantizar a la población la satisfacción de sus necesidades básicas, en especial alimentos para su subsistencia. Esto explica el establecimiento generalizado de restricciones a las exportaciones de determinados productos considerados de primera necesidad para evitar el desabasto.

Esta tendencia proteccionista estará acompañada por un nacionalismo a ultranza que cerrará las puertas a la migración en general y a los refugiados en particular. Se trata del aislacionismo que se constata con la estrategia de cierre de fronteras de gran número de países: por ejemplo, el gobierno ruso hizo lo propio con China desde el 31 de enero.[29] Tratándose de Japón, "como lo demostraron las restricciones para la entrada de viajeros (incluso de residentes extranjeros), el país se mantendrá en buena medida cerrado, aunque queda por reflexionar más ampliamente si esto tendrá efectos sobre la sociedad japonesa en términos de alimentar un sentimiento nacionalista".[30]

Dicho en otros términos, el aislacionismo y el nacionalismo afectan y afectarán significativamente al derecho a la movilidad humana consagrado en el artículo 13.° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[31] La legislación probablemente guardará correspondencia con el clima político y social dominante y se endurecerán las penas en materia migratoria y trabajo ilegal.32 La xenofobia y el racismo serán los frutos envenenados del árbol de la pandemia.

---

28 Marcos Pablo Moloeznik, "Todavía estamos a tiempo de salvar vidas humanas", *Animal Político*, 27 de julio de 2020, Consultado el 14 de noviembre de 2020, https://www.animalpolitico.com/seguridad-180/todavia-estamos-a-tiempo-de-salvar-vidas-humanas/

29 Mónica Apango Partida, "Rusia: entre la crisis doméstica y la esperanza global de la vacuna" (trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020).

30 Rubén Casillas de la Torre, *Op.Cit.,* p. 5.

31 Sobre este derecho universal, ver: Luis Enrique González Araiza, "Personas en movilidad humana frente al COVID-19 en México" (trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020).

32 Tal parece que México se presenta como un caso atípico, a la luz de las recientes declaraciones de Alejandro Encinas, subsecretario de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación (Segob): "México tiene que estar preparado para recibir a personas de distintas nacionalidades que se incorporarán al país, y por ende a su economía, sociedad y cultura"; en "México recibirá refugiados ante crisis por pandemia de Covid-19", Latinus, 9 de diciembre de 2020, https://latinus.us/2020/12/09/mexico-recibira-refugiados-ante-crisis-pandemia-covid-19/

En un escenario de sálvese quien pueda y ante la ausencia de complementariedad de muchas economías nacionales, estas optarán por una especie de autarquía, que solo se pondrá a prueba ante insumos o materias primas de las que carezca. Así, recientemente, "el presidente de Estados Unidos, Donald Trump, dio a conocer […] un decreto para garantizar que los ciudadanos estadounidenses tengan la prioridad para recibir vacunas estadounidenses […] 'De ser necesario, invocaremos la Ley de Producción de Defensa. No creemos que sea necesario'", dijo Trump.[33]

Por un fortalecimiento del Estado-nación

El lector se encontrará ante una situación de regresión en la sociedad internacional, con la exclusión de actores no estatales en la arena internacional —como las organizaciones no gubernamentales (ONG)— y el retorno del Estado-nación como principal actor de las relaciones internacionales. La *realpolitik* volverá a dominar el escenario mundial y la tensión —que podrá escalar en confrontación— se impondrá sobre la búsqueda de consensos y acuerdos.

Los países con mayor visión apostarán a los capitales humano y social; y, para ello, se requiere un Estado fuerte que *ex ante* cumpla con las funciones mínimas establecidas durante el Estado liberal de Derecho (primera manifestación histórica del Estado de Derecho), tales como seguridad y orden público, certidumbre jurídica y justicia.[34]

Mientras, los dos pilares de los capitales humanos y social son el derecho a la educación y el derecho a la salud, característicos del Estado social de Derecho, cuyo efectivo goce dependerá de la fortaleza del Estado. Liderazgo y carrera administrativa son los requisitos para la profesionalización y gestión eficaz de los recursos públicos.

La reforma del Estado sería la base y punto de partida de la modernización y fortalecimiento del Estado, que debería tener la capacidad de atraer a los mejores talentos. El proceso de desburocratización debería ser un componente claro del necesario cambio hacia un aparato estatal que responda a las legítimas demandas sociales y resuelva de manera expedita los problemas comunitarios. El código genético de la reforma debería ser el de calidad so-

33 Patricia Schüller Gamboa, "Trump anuncia decreto para "priorizar" la entrega de vacunas a EEUU antes que a otros países", 8 de diciembre de 2020, http://www.lanacion.cl/trump-anuncia-decreto-para-priorizar-la-entrega-de-vacunas-a-eeuu-antes-que-a-otros-paises/

34 Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática* (Madrid: Edicusa, 1972).

bre cantidad, haciendo hincapié en los factores cualitativos no materiales o intangibles.

El Estado debería concebirse como facilitador del sector empresarial destinado a generar riqueza y nunca debería pretender su sustitución por la intervención directa del Estado que deviene en monopolios y pérdida de competitividad.[35]

El Estado debería también caracterizarse por una planeación consciente y deliberada del desarrollo, antítesis de la improvisación, y para ello se impondrían cuadros técnicos altamente profesionales que gocen de estabilidad y seguridad laboral y que se mantengan al margen de los vaivenes político-partidistas. Se trataría de un sistema de función pública basado en la carrera administrativa (*merit system*), a partir de concursos públicos de oposición, formación especializada, ascensos que respondan a méritos en el marco de reglas de juego claras y el establecimiento de un escalafón, así como garantías tales como el debido proceso y un régimen disciplinario acorde a conductas específicas tipificadas.

La mayor importancia relativa del crimen transnacional organizado

En una reciente contribución, la profesora Celina B. Realuyo destaca que la pandemia de COVID-19 no solo ha destrozado la economía legítima, sino que igualmente ha perturbado a la economía ilícita en América Latina y el Caribe, al afectar el tráfico de personas, armas y contrabando. Así, los cárteles de la droga mexicanos dependen, en gran medida, del suministro ilícito de cadenas de China para los precursores químicos necesarios para la producción de fentanilo y metanfetaminas, así como para productos "piratas" (falsificados). En tanto que los grupos armados en América del Sur también dependen de los movimientos transfronterizos para participar en drogas, oro ilícito y tráfico de armas.[36]

No obstante, más allá de estas restricciones, la pérdida masiva de empleos y la falta de oportunidades constituye el caldo de cultivo para el desarrollo de actividades ilícitas. En particular, se vislumbra un aumento de la importancia relativa del crimen organizado transnacional que continuará atrayendo jóvenes en sus filas (el desempleo en México, por ejemplo, afecta principalmente a jóvenes menores de 29 años y a mujeres), y cuyo accionar

35 Ver: Michael E. Porter, *La ventaja competitiva de las naciones* (Buenos Aires: Vergara, 1991).
36 Celina B. Realuyo, *Op.Cit.*, p. 4.

es responsable de la otra pandemia, la violencia criminal homicida, cuyas víctimas primarias son los menores de 25 años de edad; con lo que los países latinoamericanos están dilapidando su bono demográfico como ventaja económica comparativa.

El crimen organizado transnacional se caracteriza por una organización marcadamente flexible, que se adapta rápidamente a las cambiantes circunstancias del entorno, por lo que a la luz de las limitaciones impuestas por la pandemia ajusta su accionar a otras actividades ilícitas que no se vean condicionadas por el COVID-19, tales como la delincuencia cibernética, el fraude, la extorsión, la distribución y comercialización de suministros médicos "piratas" (falsificados), el blanqueo de dinero virtual y la usurpación de prestamos, entre otras. A las que se suman la explotación de la pandemia para expandir sus bases sociales de apoyo ("ganar las mentes y corazones de la población local"), distribuyendo paquetes de atención y suministros médicos para comunidades marginadas y abandonadas por el gobierno. Esto se traduce en el intento de las organizaciones criminales transnacionales por capitalizar la inestabilidad y disrupción causadas por la pandemia y ampliar así sus actividades.[37]

De ahí la irrenunciable presencia del Estado para la contención de la criminalidad organizada que cuestiona severamente el monopolio legítimo de la fuerza y afecta a la población civil con ataques indiscriminados que cobran vidas humanas.[38]

La reforma policial debería integrar la agenda de reforma del Estado en Latinoamérica, ya que las actuales instituciones policiales no se encuentran a la altura del reto impuesto por el crimen organizado, en particular por los cárteles de la droga. Incluso, en una reciente encuesta más de 60 por ciento de los chilenos cuestionaron a Carabineros, uno de los cuerpos de seguridad pública que se reconocen como de elevado profesionalismo en la región. De ahí que se necesiten verdaderos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley para garantizar el derecho a la seguridad y preservar la vida humana y estar en condiciones de hacer efectivo el resto de los derechos humanos.

Cabe destacar que enfrentar con éxito a organizaciones criminales que no respetan fronteras ni soberanía nacionales demandaría el más alto estadio de desarrollo policial conocido en la doctrina como policía científica, que se

37 *Ibidem*, pp. 4 y 5.
38 Marcos Pablo Moloeznik (2020a) *Op.Cit*.

alcanza —como mínimo— en el mediano plazo y que requiere una inversión cuantiosa de las arcas públicas, prácticamente agotadas con la pandemia.

El desarrollo de tendencias políticas autoritarias

La mayoría de los sistemas políticos del orbe no son democráticos, no se caracterizan por respetar los derechos humanos ni aceptan órganos jurisdiccionales supranacionales como la Corte Penal Internacional (CPI). El Estado de Derecho es una creación de occidente que encuentra sus raíces en la antigua Grecia.[39]

Ahora bien, aquellos Estados-nación con tradición democrática o en procesos de transición a la misma se han visto obligados a adoptar medidas rígidas para hacer frente a la pandemia, tales como restricciones a la circulación y confinamientos draconianos. En otras palabras, en apelar a respuestas excepcionales ante una situación excepcional, con el riesgo de que el estado de excepción se extienda *sine die*. De esta manera, para preservar el derecho a la vida, muchos gobernantes —actuando de manera autoritaria y contando con un exceso de concentración del poder— han restringido, suspendido o sacrificado otros derechos humanos.

Tratándose de México, su presidente, Andrés Manuel López Obrador (AMLO) cuestiona severamente la libertad de expresión: "Aunque el mandatario es el jefe de Estado que más veces se presenta ante los medios para responder a cualquier pregunta —casi diariamente en las conferencias matutinas, llamadas coloquialmente "mañaneras"— su acoso verbal contra la prensa crítica, en muchas ocasiones con nombre y apellido, se ha incrementado y con ello la respuesta de los medios. Mientras tanto, la violencia real contra los periodistas mexicanos continúa".[40] Recientemente, para la titular de la organización no gubernamental (ONG) Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, el lunes 9 de noviembre AMLO "traspasó un límite inadmisible viniendo desde el poder. Amenazó abiertamente a personas físicas y morales que han apoyado a la organización. A muchos de ellos con nombre y apellido".[41]

39 Elías Díaz, *Op.Cit.*

40 María Verza,"La prensa en tiempos de AMLO: mañaneras, acoso y violencia", AP NEWS, 18 de septiembre de 2020, consultado el 14 de noviembre de 2020, https://apnews.com/article/noticias-b7c7d84bb26e40d2721e6a7a75cf5106

41 María Amparo Casar, "Las mañaneras del miedo", *Periódico Excelsior*, 11 de noviembre de 2020, consultado el 14 de noviembre de 2020, https://www.excelsior.com.mx/opinion/maria-amparo-casar/las-mananeras-del-miedo/1416195

En este marco, se verifica una revalorización de las fuerzas armadas, acompañada por una expansión de sus misiones y funciones, a la luz de su profesionalismo y polivalencia y ante la escasez de recursos del Estado. Se trata de un proceso de militarización que acompaña a las tendencias políticas autoritarias y que suele desnaturalizar al instrumento militar.[42]

Por otra parte, se vislumbra que colectivos tales como los feministas, los partidarios de la ideología de género[43] y LGTBI perderán presencia debido al establecimiento de prioridades en la agenda pública, a la escasez crítica de recursos a asignar que cerrarán las puertas al dispendio y al rechazo generalizado de una población preocupada por su supervivencia y la recuperación del aparato productivo.

Ejemplo de ello es la posición sustentada por el jefe del bloque Frente de Todos en el Senado de Argentina, José Mayans, quien se opone al proyecto de ley del Poder Ejecutivo para autorizar el aborto, a la vez que recrimina al presidente Alberto Fernández por reabrir el debate en plena pandemia: "No tengo problemas en decirlo: para mí es absolutamente inoportuno tratarlo en este momento, porque es la causal de muerte número 74. Tenemos otros problemas: hospitales que están llenos, gente con cáncer, con problemas cardiovasculares, diabéticos y con problemas de hipertensión. El Estado tiene otras prioridades".[44]

En el mismo tenor, la corriente del garantismo penal[45] cederá ante los

42 Se recomienda el siguiente artículo que da cuenta de las funciones de las fuerzas armadas latinoamericanas frente a la pandemia: R. Evan Ellis, "Challenges for the Armed Forces of Latin America in Responding to the COVID-19 Pandemic", *Journal of the Americas, United States Air Force 2,* n.° 3 (2020): pp. 217-242, consultado el 30 de noviembre de 2020, https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/JOTA/Journals/Volume%202%20Issue%203/Ellis_eng3.pdf.

43 De acuerdo con Stoffels "…la ideología de género critica las instituciones sociales que están basadas en la diferencia entre hombres y mujeres y en unas orientaciones sexuales únicas que, entienden, vienen impuestas por la sociedad a unos sexos que en realidad no existen como tales. Poco tiene que ver esto con la perspectiva de género a la que las orientaciones sexuales le son indiferentes salvo que creen discriminaciones entre hombres y mujeres". Ver: Ruth Abril Stoffels, "No es lo mismo ideología de género que perspectiva de género" (ensayo inédito, Valencia, octubre de 2020).

44 "El jefe del peronismo en el Senado lidera el rechazo al aborto", *La Política Online*, 11 de noviembre de 2020, consultado el 15 de noviembre de 2020, https://www.lapoliticaonline.com/nota/130448-el-jefe-del-peronismo-en-el-senado-lidera-el-rechazo-al-aborto-el-estado-no-puede-autorizar-la-muerte/.

45 Luis Novaresio recoge así el sentir de Diana Cohen Agrest, cuyo hijo fue asesinado: "Hay que terminar de hablar de garantismo. Todos somos garantistas en cuanto defendemos las garantías del proceso penal. Lo que han hecho Zaffaroni y sus acólitos es apropiarse de ese término para encubrir

partidarios del denominado derecho penal del enemigo, doctrina elaborada en 1985 por el catedrático alemán Günter Jakobs.[46] Esto se podría explicar por el hastío de la población ante el desequilibrio entre los derechos de los presuntos delincuentes y el derecho de las víctimas de los delitos, en general el eslabón más abandonado del drama penal; consecuencia directa del garantismo a ultranza, molde común que desde hace tres décadas forma a los futuros abogados de Latinoamérica.[47] Pero, sobre todo, es el elevado grado de impunidad

el abolicionismo que supone reducir las penas a su mínima expresión o, directamente, suprimirlas"; en Luis Novaresio, "La Justicia penal argentina está colonizada por el zaffaronismo abolicionista", Infobae, 5 de julio de 2016; Consultado el 15 de noviembre de 2020: https://www.infobae.com/politica/2016/07/05/diana-cohen-agrest-la-justicia-penal-argentina-esta-colonizada-por-el-zaffaronismo-abolicionista/. La madre de la víctima se refiere a Eugenio Raúl Zaffaroni, penalista argentino que encabeza el garantismo penal y cuyo pensamiento fue adoptado por la mayoría de los países latinoamericanos. Para Diana Cohen Agrest, la consagración de estas ideas enarboladas por Zaffaroni, en Argentina dieron lugar a una "…cultura judicial…totalmente desvirtuada y viciada, sumió a la comunidad en un estado de indefensión. El derecho penal, a través de una serie de falacias, construye una sociedad que está al servicio de los derechos humanos de los delincuentes y no de la sociedad a la que debería proteger"; en "Diana Cohen Agrest: 'La sociedad está al servicio de los derechos humanos de los delincuentes'", Noticias y Protagonistas, 11 de enero de 2019; consultado el 15 de noviembre de 2020: https://noticiasyprotagonistas.com/actualidad/diana-cohen-agrest-la-sociedad-esta-al-servicio-de-los-derechos-humanos-de-los-delincuentes/.

46 En cuya virtud "…el Estado no trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos, recurriendo para ello a un derecho penal especial y excepcional que —según este órgano judicial— se caracterizaría por tres señas de identidad: 1) Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de la proporcionalidad, lo que puede significar aplicar penas de prisión de larga duración a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves. 2) Abolir o reducir los derechos fundamentales y garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, derogar la competencia de Juez natural y crear Tribunales especiales, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decidir el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas. 3) Criminalización de conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, penalizando simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas"; en Carlos Pérez Vaquero, "¿Qué es el derecho penal del enemigo?", *Criminología y Justicia*, 13 de julio de 2015, consultado el 15 de noviembre de 2020, http://cj-worldnews.com/spain/index.php/en/derecho-31/in-albis1/item/2886-que-es-el-derecho-penal-del-enemigo

47 Se trata, en palabas de Diana Cohen Agrest del "…el falso progresismo, abogados que hace tres o cuatro generaciones se están formando con la doctrina abolicionista de Eugenio Zaffaroni"; de donde "lo que pasa es que el fiscal también se pone del lado del imputado. Vos fijate la situación de extrema soledad en la que se encuentra la víctima. Tenés a los jueces abolicionistas; al abogado defensor, que por default tiene la responsabilidad de defender al imputado; al fiscal, que también defiende

promedio el que hace atractivo el discurso de mano dura y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo, exacerbado por la pandemia.

En este escenario dominado por la doctrina del garantismo penal, se inserta el repudio generalizado en Argentina ante la decisión del poder judicial de liberar a reos bajo el argumento de las condiciones de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios que ponían en riesgo su salud frente al COVID-19, que hasta finales de abril llevó a la excarcelación de casi 1900 personas privadas de la libertad.[48] Pero, a la postre, fueron liberados más de 4500 presos.[49] En cualquier caso, cabría preguntarse por qué soslayar a la masa de la población de los estratos socio-económicos más bajos de la sociedad que viven en condiciones similares y hacer hincapié en quienes se encuentran confinados en las prisiones; una vez más, el lector se encuentra ante la defensa de privilegios de determinados colectivos de la comunidad, que alimentan posiciones extremas como el derecho penal del enemigo.[50]

al imputado; y la verdadera víctima desaparece de la escena. Desde el hecho mismo desapareció, porque está muerto. Ningún muerto puede decir "me mataron" o "me hicieron este daño". Incluso en los casos de violación, hay una persona que tiene voz. En el caso de la muerte, en cambio, ya no hay nadie que pueda ser la voz". Para la presidenta de la asociación civil argentina Usina de Justicia, que se define por los derechos de los familiares de las víctimas de homicidios, "El abolicionismo penal separa la ética y la moral de la ley. Por ejemplo, cuando alguien mata o viola o roba, la ley no lo castiga porque haya una persona muerta, una persona violada o una persona a la que se le sustrajo algo. Lo que hace la ley es castigarlo porque transgredió la norma; entonces, desaparece el sujeto. El problema de esa postura teórica es que después meten por la ventana lo que sacaron por la puerta. O sea, si se separa a la moral y a la religión de la norma legal, después no se puede apelar a nociones como arrepentimiento y perdón, porque son nociones religiosas o morales. Ahí quedan claras las incongruencias en las que cae el derecho penal. Ese es el gran problema..." ; ver "Diana Cohen Agrest: "La pena tiene que ser perpetua cuando hubo una muerte", *Infobae,* 23 de marzo de 2019, consultado el 15 de noviembre de 2020, https://www.infobae.com/def/defensa-y-seguridad/2019/03/23/diana-cohen-agrest-la-pena-tiene-que-ser-perpetua-cuando-hubo-una-muerte/

48 Veronica Smink, "Coronavirus en Argentina: por qué genera tanta polémica la decisión de sacar de la cárcel a algunos presos por riesgo a que contraigan el covid-19", *BBC News Mundo*, 1° de mayo de 2020, consultado el 15 de noviembre de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52496655, donde se puede leer: "Uno de los motivos que generan malestar es que si bien la recomendación era solo otorgar prisión domiciliaria a presos que cometieron 'delitos de escasa lesividad o no violentos', algunos jueces aprobaron ese beneficio para reclusos condenados por crímenes graves, incluyendo la violación".

49 Daniel Gallo, "Inseguridad: más de 4500 presos dejaron las cárceles durante la cuarentena", La Nación, 30 de julio de 2020, consultado el 15 de noviembre de 2020: https://www.lanacion.com.ar/seguridad/inseguridad-mas-4000-presos-dejaron-carceles-durante-nid2407785

50 Tal vez se podría trazar un paralelo con los grupos animalistas, preocupadas por los perros sin dueño que deambulan por las calles y que suelen recoger y ofrecer en adopción; pero sin la menor sensibil-

Recapitulando, el desarrollo de tendencias políticas autoritarias se erige en otro efecto de la pandemia, que solo podrá revertirse de la mano de la vacuna, cuando las mayorías nacionales se encuentren así en condiciones de demandar mayores libertades públicas.

La crisis de liderazgo

A esta altura qué duda cabe que la pandemia se erige en la mayor crisis de la historia contemporánea y que de su gestión depende el derrotero actual y futuro de las naciones. Sin embargo, la mayoría de los líderes políticos no han estado a la altura del desafío y el número de defunciones será el único baremo cuando tengan que rendir cuentas al soberano.

El liderazgo es un *intangible de primer orden* —actualmente en entredicho— por lo que una vez superado el riesgo de COVID-19 las sociedades tendrán que ser capaces de dar con los conductores políticos que la reconstrucción política, económica y social demanda.

Basta ilustrar la importancia del liderazgo en la figura del presidente de Estados Unidos, Donald Trump, quien se ha caracterizado por una postura negacionista de la pandemia y el constante cuestionamiento a la ciencia y a las autoridades sanitarias: comportamiento que influye de manera negativa en la población al no acatar las medidas pertinentes siguiendo el ejemplo del presidente.51

En la misma línea, desde que se presentó el primer caso de COVID-19 el presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, se ha caracterizado por minimizar el peso y efectos de la pandemia; tampoco se ha caracterizado por contribuir a la generación de una conciencia social sobre la magnitud del riesgo ante la ausencia de comunicación profesional y clara en momentos de incertidumbre (no hubo campañas serias ni consistentes, ni siquiera con el ejemplo del cubrebocas).52 En última instancia, y tal como lo pone de relieve

---

idad sobre la situación de riesgo de los niños en y de la calle que, si bien constituyen una realidad en América Latina, suelen estar invisibilizados.

51 Mónica Ramos Flores, *Op.Cit*.

52 Para el titular de la Cátedra de Ética Médica de la Universidad de Oxford: "Claramente hay algunas respuestas que no son razonables y que debemos rechazar, incluyendo las que se apartan significativamente de una comprensión científica de lo que se pone en riesgo o de lo que puede ser útil. Por ejemplo, quienes rechazan las mascarillas o quienes sugieren medidas que no tienen una base científica o que la ciencia ha demostrado que son perjudiciales"; en Margarita Rodríguez, *Op.Cit*.; las negritas son nuestras.

un consultor en la materia, "..nunca deberá olvidarse que la comunicación profesional desde el gobierno es fundamental para salvar vidas. En una crisis no hay sustituto para la integridad".[53]

El comportamiento social (entendido como disciplina social) frente a la pandemia responde a la conciencia social que reconoce dos vertientes: la cultural y la incentivada por el Estado mediante estrategias de comunicación. Japón constituye un ejemplo de aquella de la mano del *seken* o "comportamiento según lo esperado", "el cual involucra normas y valores sociales acerca del 'comportamiento esperado en sociedad'; lo que podría interpretarse en el contexto de la pandemia como una sociedad que se vigila y se cuida a sí misma, una sociedad en la cual todos actuarán según los comportamientos esperados dadas las circunstancias".[54]

En tanto que, para un aventajado estudiante de Doctorado, "pocos son los gobiernos que no pueden ser calificados como negacionistas, incompetentes, irresponsables e, incluso, miserables", al tiempo que reconoce en el caso de Israel una excepción: "El COVID-19 en Israel llegó en medio de una de las mayores turbulencias políticas de su historia. A los desafíos habituales que enfrenta el país —hostilidad de sus vecinos, problemas con los palestinos, la amenaza del terrorismo, el programa nuclear iraní, etc.—, se había sumado desde abril de 2019 un bloqueo político que impedía la conformación de un gobierno fuerte". Se trataba, por ende, de la ausencia de un gobierno fuerte en el Estado de Israel frente a la pandemia del COVID-19, a la sazón, una amenaza directa para la seguridad nacional: era el "momento en que los políticos deben callar y los estadistas dar un paso al frente.

Y eso es lo que hizo Benny Gantz, quien se desempeñó como *Ramatcal* (Jefe de Estado Mayor de las Fuerza de Defensa de Israel) entre los años 2011 y 2015, retirándose tras casi cuarenta años de servicio a la nación". Efectivamente el veterano militar israelí, ante la amenaza del COVID-19, antepuso la seguridad nacional del Estado de Israel a sus intereses personales y políticos. Por lo que accedió a conformar durante tres años un gobierno de unidad con el primer ministro Benjamin Netanyahu. "El gesto de Gantz, criticado por muchos, favoreció el establecimiento de un nuevo gobierno de coalición en

53 Luis Antonio Espino, "El modelo de comunicación de AMLO hunde más a México en la pandemia", *The Washington Post*, 24 de agosto de 2020, consultado el 1º de septiembre de 2020, https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2020/08/24/el-modelo-de-comunicacion-de-amlo-hunde-mas-mexico-en-la-pandemia/

54 Rubén Casillas de la Torre, *Op.Cit*.

Israel tras más de un año de incertidumbre política. El nuevo gobierno, no olvidando odios y recelos que les enfrentaron en el pasado, pero sí dejándolos a un lado, ha tenido la fortaleza suficiente para tomar decisiones valientes y duras, como decretar confinamientos para luchar contra la pandemia u otras medidas pertinentes".[55]

Al necesario liderazgo proactivo se suma el requisito de *unidad nacional*, que se puede traducir como la búsqueda de consensos y decisiones colegiadas a partir y en torno de un proyecto de nación,[56] en contraste a divisiones, polarizaciones y confrontaciones estériles, para estar así en condiciones de enfrentar con éxito una situación de crisis como la actual —producto de la pandemia— que se asemeja a un conflicto armado.[57]

Un buen ejemplo de tema disruptivo que divide a la sociedad en dos posiciones irreconciliables es la iniciativa de ley del aborto en Argentina, tal como lo pone de relieve la senadora Silvia Elías de Pérez: "Los argentinos estamos viviendo la peor crisis económica, social y sanitaria de la que se tiene memoria. Con la pobreza en picos históricos, la pandemia del COVID-19 que no cede, el sistema de salud colapsado y los profesionales sanitarios exhaustos. En este contexto, vienen a plantear urgencia por un tema que divide como ningún otro a los argentinos y proponen que sea tratado con mínimo debate. Esto es una barbaridad y una irresponsabilidad […] No es la oportunidad ni

55 Antonio Gil Fons, *Op.Cit*., pp. 1-4.

56 Para Lorenzo Meyer, "Teniendo como base la experiencia histórica, un proyecto de nación (PN) es una gran propuesta de futuro colectivo a la que se le atribuyen posibilidades razonables de éxito. Se trata de un diseño de régimen político para hacer del ejercicio del poder la solución a los grandes problemas nacionales. Esa fórmula política plantea metas generales y sugiere medios para alcanzarlas. Todo PN implica necesariamente una concepción de la naturaleza humana y de la sociedad. Igualmente, todo PN digno de tal nombre contiene, aunque no lo acepte de manera explícita, una cierta dosis de utopía, de sociedad ideal. Ningún gran proyecto puede funcionar sin ese elemento que despierta la imaginación y el altruismo, aunque tampoco puede alejarse demasiado de la realidad. Un PN que tiene éxito es porque pudo negociar lo ideal con lo real". Ver Lorenzo Meyer, "La evanescencia del proyecto nacional, Agenda Ciudadana", *Agenda ciudadana,* octubre de 2008, Consultado el 14 de noviembre de 2020, http://lorenzomeyer.blogspot.com/2008/10/la-evanescencia-del-proyecto-nacional.html

57 Para Díaz, "La Unidad Nacional fue la estrategia política utilizada por Ávila Camacho (presidente de México, 1940-1946) para llevar a cabo diversas medidas de control. La idea implícita fue el sacrificio por la patria, la prioridad de los intereses generales sobre los particulares y la adopción de medidas económicas, en aras del bienestar nacional"; ver: Gerardo Díaz, "Ávila Camacho", Relatos de Historias de México", *Relatos e historias*, 16 de julio de 2018, Consultado el 14 de noviembre de 2020: https://relatosehistorias.mx/nuestras-historias/manuel-avila-camacho. También, para el paralelismo entre la crisis y la guerra; ver la entrevista a Dominic Wilkinson en Margarita Rodríguez, *Op. Cit*.

es el modo para poner a los argentinos a pelearnos, otra vez, por un tema que a las claras nos desune".[58]

Pero la situación más grave en la región se presenta en Perú, por la decisión del Congreso de destituir el 9 de noviembre del presente año al entonces presidente Martín Vizcarrra, por una moción de vacancia por "incapacidad moral" debido a presuntos hechos de corrupción cometidos como gobernador de la región sureña de Moquegua entre 2011 y 2014, que derivaron en protestas sociales multitudinarias en apoyo a Vizcarra.[59] Lo que resulta insólito es que en medio de la pandemia del COVID-19 el Poder Legislativo del Perú haya optado por remover a un titular del Poder Ejecutivo cuyo mandato finalizaría en julio del próximo año, generando un rechazo popular generalizado y una crisis política: "los sondeos muestran que la gran mayoría de los peruanos querían que Vizcarra permaneciera en la presidencia hasta julio de 2021, cuando su mandato llegaría a su fin".[60]

Tal como lo sostiene un oficial superior retirado de la Marina de Guerra del Perú en un trabajo inédito: "Se imaginan tres Presidentes en menos de diez días, qué sistema político puede subsistir a esta situación, qué gobernanza se puede implementar, qué políticas se pueden diseñar, a ello se suma una sociedad que vive a la defensiva y con la piel crispada y lista para la reacción, en ese clima la intervención de la Fuerza Pública resulta un asunto muy delicado y complejo".[61]

Por el contrario, la realidad impone cerrar filas para hacer frente a la pandemia y sus efectos, lo que depende —fundamentalmente— de un liderazgo proactivo e inclusivo, con sentido de responsabilidad.

La consolidación de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC)

En otro orden, el coronavirus trajo aparejada la consolidación de las TICs, tanto en la administración pública como en el mundo laboral y en el sistema

58 *La Política Online*, *Op.Cit*.

59 "Crisis en Perú: 3 claves que explican la inestabilidad política en el país", *BBC News Mundo*, 13 de noviembre de 2020, consultado el 16 de noviembre de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54916840

60 "Perú, tres presidentes en siete días: claves para entender la crisis", *El Universal,* 16 de noviembre de 2020, consultado el 16 de noviembre de 2020, https://www.eluniversal.com.mx/mundo/peru-tres-presidentes-en-siete-dias-claves-para-entender-la-crisis

61 Víctor Jesús Gonzáles Jáuregui, "La violencia transita la Alianza del Pacífico, reacciones desde los Estados y el uso de la fuerza en situaciones de vigencia de Derechos Humanos: casos de Chile, Colombia, México y Perú" (capítulo de obra colectiva bajo dictamen, 2020), p. 18.

educativo, donde el proceso de enseñanza-aprendizaje a distancia llegó para quedarse.

Conviene señalar que las TIC son solo un instrumento que, con la pandemia, cobraron mayor espacio en las actividades cotidianas. Es decir, constituyen un medio para alcanzar las metas y objetivos a establecer por los diferentes estamentos de la sociedad. Dicho en otras palabras, "Paradójicamente, las Tecnologías de la Información y Comunicación han tomado auge durante la pandemia: la gente puede comunicarse con solo un click, los empresarios hacen videollamadas para tomar decisiones, los médicos nos muestran sus avances tecnológicos, las personas hacen sus compras en línea […] No bajamos la guardia, hoy más que nunca las TIC muestran su músculo en beneficio de la sociedad".[62]

Tratándose de estrategias para enfrentar exitosamente al COVID-19, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) reconozca que: "Los sistemas de información para la salud —a través del acceso oportuno a datos correctamente desagregados, la correcta integración de los sistemas nacionales y locales, la salud digital y la utilización de las tecnologías de la información (TIC) de uso frecuente— facilitan la identificación eficaz, el reporte y análisis de casos y contactos; la búsqueda y detección tempranas de casos; y la identificación y el seguimiento de la población de riesgo, los casos y sus contactos. La contención se ve fortalecida con las plataformas de seguimiento y monitoreo de casos, contactos, cuarentena y aislamiento social. Estos sistemas permiten a su vez la difusión masiva a toda la sociedad de las comunicaciones sobre medidas preventivas".[63]

El Estado debería garantizar el acceso a dichas tecnologías al mayor número de habitantes, para coadyuvar a su desarrollo, contribuir a la reconstrucción del sistema económico y, sobre todo, apostar por una sociedad informada y responsable. No obstante, para las TIC el principal obstáculo descansa también en la escasez de recursos financieros.

La salud mental y la conflictividad social como asuntos críticos

Los largos periodos de confinamiento, desaparición de empleos y pulverización generalizada de ingresos, duelo por la pérdida de seres queridos y secue-

62 Forbes México, *Vid Supra*.

63 Organización Panamericana de la Salud (OPS), "COVID-19 y el rol de los sistemas de información y las tecnologías en el primer nivel de atención" (Hoja Informativa N° 7, Departamento de Evidencia e Inteligencia, Washington. D.C.) Consultado el 14 de noviembre de 2020, https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52205/COVID-19FactsheetPNA%20_spa.pdf?sequence=14

las de quienes lograron sobrevivir a la pandemia, se traducen en problemas de salud mental. Esto se ve reflejado en la eclosión y difusión de un pensamiento mágico que rechaza el uso de cubrebocas, las medidas sanitarias en general y las vacunas en particular, a partir de teorías conspirativas y argumentos sin fundamento científico.

La primera línea de combate al coronavirus, compuesta por personal del sector salud, es la que demanda una atención prioritaria de la dimensión mental, para estar en condiciones de continuar a cargo de tareas de contención y mitigación del COVID-19, y de esta manera salvar vidas humanas que debería ser la prioridad de toda autoridad que se precie de serlo.

El descontento y la frustración pueden derivar también en mayores niveles de conflictividad social y el incremento de movimientos contestatarios, acompañados por diversas manifestaciones de violencia, tales como tensiones y disturbios, como el caso George Floyd en Estados Unidos que —como un reguero de pólvora— alcanzó a gran parte del país.64

En este marco, cabe citar el siguiente testimonio de un psiquiatra argentino que padeció en carne propia el COVID-19:

> Como en toda situación límite, tanto para las personas como para la sociedad, aparece lo bueno y lo malo, lo peor. Aparecen los ejemplos de solidaridad, de sacrificio, personal esencial que trabaja y se arriesga por el otro. También aparece mucho el egoísmo, el salvarse uno, pensar que uno se salva solo y que el resto se arregle. Eso también aparece. Es muy difícil salvarse solo. O se afrontan las situaciones todos juntos o pasa lo que pasa […] Creo que la gente está muy cansada, no hay un horizonte en cuanto a cuándo esto puede terminar y lo que no se sabe cuándo termina ni cómo genera incertidumbre y angustia […] me refiero a esta forma de vivir, de convivir con la pandemia […] hay bastante cansancio. Creo que, como toda situación médica, o que genera estados tensionales, una situación inédita agudiza lo preexistente, que a veces es manifiesto y a veces no. Aquellas personas que podían tener una conducta obsesiva, temerosa, o con ciertos rasgos de cuidado sobre su salud, ahora se agudiza. Así como también quien no respeta

64 Se trata de actos esporádicos y aislados de violencia que el Comité Internacional de la Cruz Roja denomina "Otras Situaciones de Violencia" (OSV), que define como sigue: "En la práctica, los disturbios son, por lo general, actos de perturbación del orden público acompañados de actos de violencia. En los casos de tensiones internas, es posible que no haya violencia, pero el Estado puede recurrir a prácticas como las detenciones en masa de opositores y la suspensión de ciertos derechos humanos, a menudo con intención de impedir que la situación degenere hasta transformarse en un disturbio"; en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Violencia y Uso de la Fuerza* (Ginebra, 2015), p. 22, consultado el 14 de noviembre de 2020 https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf

> las normativas, o ejerce conducta de tipo sociopática, rebelde, o de no atenerse a lo que la sociedad estipula, también se agudiza y rompe esas normas. Esto es un campo propicio para romperlas aún más.[65]

En este contexto, la religión podría jugar un papel de contención de gran importancia, al llevar los ministros de culto alivio y esperanza, tanto a los moribundos como a los vivos.[66]

El Estado debería identificar y atender oportunamente ambos asuntos críticos (salud mental y conflictividad social), para prevenir y evitar daños colaterales de la pandemia, proporcionando información veraz y clara a su población sobre la crisis sanitaria, para neutralizar posiciones radicales antisistema y desestabilizadoras, portadoras de información falsa que genera confusión en la población.

Recapitulando y para finalizar, diez son las manifestaciones disruptivas o principales efectos del coronavirus en el sistema internacional, que se ve así severamente cuestionado, interpelado y forzado a ajustarse a las nuevas realidades impuestas por la peor crisis de la humanidad desde la segunda guerra mundial.

Bibliografía

Apango Partida, Mónica. "Rusia: entre la crisis doméstica y la esperanza global de la vacuna". Trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020.

BBC News Mundo. "Crisis en Perú: 3 claves que explican la inestabilidad política en el país", 13 de noviembre de 2020. Consultado el 16 de noviembre de 2020. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54916840

Casillas de la Torre, Rubén. "Japón y el COVID-19". Trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020.

Centro de Estudios Estratégicos para el Desarrollo. "COVID-19: principal amenaza a la Seguridad Nacional". Consultado el 2 de septiembre de 2020. https://www.jaliscoafuturo.mx/jalisco-despues-del-covid-19/

65 Raúl Feroglio. "Te llevás la mochila y no sabés si vas a volver a ver a tu familia. Conversación con Ariel Mazza, un médico psiquiatra recuperado de COVID-19", Facebook, 7 de noviembre de 2020, consultado el 14 de noviembre de 2020, https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=3396393737063163&id=100000777115736&sfnsn=scwspwa. Las cursivas son nuestras.

66 Marcos Pablo Moloeznik "Seguridad Pública y pandemia. Efectos a corto plazo"; en *Ustedes son la sal de la Tierra - XXVIII Jornada de Estudio y Convivencia del Presbiterio de Guadalajara 2020* (Guadalajara: Arquidiócesis de Guadalajara, 22 de septiembre de 2020), p. 17.

Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Edicusa, 1972.

Díaz, Gerardo. "Ávila Camacho", Relatos de Historias de México", *Relatos e historias*, 16 de julio de 2018. Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://relatosehistorias.mx/nuestras-historias/manuel-avila-camacho

Diccionario Etimológico (DE). "Etimología de Catástrofe". Consultado el 1º de septiembre de 2020. http://etimologias.dechile.net/?holocausto.

El Universal. "Perú, tres presidentes en siete días: claves para entender la crisis", 16 de noviembre de 2020. Consultado el 16 de noviembre de 2020. https://www.eluniversal.com.mx/mundo/peru-tres-presidentes-en-siete-dias-claves-para-entender-la-crisis

Espino, Luis Antonio. "El modelo de comunicación de AMLO hunde más a México en la pandemia", *The Washington Post*, 24 de agosto de 2020. Consultado el 1º de septiembre de 2020. https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2020/08/24/el-modelo-de-comunicacion-de-amlo-hunde-mas-mexico-en-la-pandemia/

Evan Ellis, R. "Challenges for the Armed Forces of Latin America in Responding to the COVID-19 Pandemic", *Journal of the Americas, United States Air Force 2,* n.° 3 (2020): pp. 217-242. Consultado el 30 de noviembre de 2020. https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/JOTA/Journals/Volume%202%20Issue%203/Ellis_eng3.pdf.

Feroglio, Raúl. "Te llevás la mochila y no sabés si vas a volver a ver a tu familia. Conversación con Ariel Mazza, un médico psiquiatra recuperado de COVID-19". Facebook, 7 de noviembre de 2020. Consultado el 14 de noviembre de 2020, https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=3396393737063163&id=100000777115736&sfnsn=scwspwa

Forbes México. "Las TIC´s en tiempos del Covid-19", 24 de marzo de 2020. Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://www.forbes.com.mx/las-tics-en-tiempos-del-covid-19/

Gallo, Daniel. "Inseguridad: más de 4500 presos dejaron las cárceles durante la cuarentena", *La Nación*, 30 de julio de 2020. Consultado el 15 de noviembre de 2020. https://www.lanacion.com.ar/seguridad/inseguridad-mas-4000-presos-dejaron-carceles-durante-nid2407785

Gil Fons, Antonio. "Israel y COVID-19: un aprendizaje que compartir". Trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades. Universidad de Guadalajara. 13 de noviembre de 2020.

González Araiza, Luis Enrique. "Personas en movilidad humana frente al COVID-19 en México". Trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020.

Gonzáles Jáuregui, Víctor Jesús. "La violencia transita la Alianza del Pacífico, reacciones desde los Estados y el uso de la fuerza en situaciones de vigencia de Derechos Humanos: casos de Chile, Colombia, México y Perú". Capítulo de obra colectiva bajo dictamen, 2020.

Hola News. "Rusia repasa su plan económico en medio de aumento de la COVID y la pobreza", 23 de septiembre de 2020. https://holanews.com/rusia-repasa-su-plan-economico-en-medio-de-aumento-de-la-covid-y-la-pobreza/

La Política Online. "El jefe del peronismo en el Senado lidera el rechazo al aborto", 11 de noviembre de 2020. Consultado el 15 de noviembre de 2020. https://www.lapoliticaon-

line.com/nota/130448-el-jefe-del-peronismo-en-el-senado-lidera-el-rechazo-al-aborto-el-estado-no-puede-autorizar-la-muerte/

Latinus. "México recibirá refugiados ante crisis por pandemia de Covid-19", 9 de diciembre de 2020. https://latinus.us/2020/12/09/mexico-recibira-refugiados-ante-crisis-pandemia-covid-19/

María Amparo Casar. "Las mañaneras del miedo", *Periódico Excelsior*, 11 de noviembre de 2020. Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://www.excelsior.com.mx/opinion/maria-amparo-casar/las-mananeras-del-miedo/1416195

Meyer, Lorenzo. "La evanescencia del proyecto nacional, Agenda Ciudadana", *Agenda ciudadana,* octubre de 2008. Consultado el 14 de noviembre de 2020. http://lorenzomeyer.blogspot.com/2008/10/la-evanescencia-del-proyecto-nacional.html

Moloeznik Marcos Pablo. "Seguridad Pública y pandemia. Efectos a corto plazo". En *Ustedes son la sal de la Tierra - XXVIII Jornada de Estudio y Convivencia del Presbiterio de Guadalajara 2020*. Guadalajara: Arquidiócesis de Guadalajara, 22 de septiembre de 2020.

Moloeznik, Marcos Pablo. "La Preservación del Derecho a la Vida como tema prioritario de la Agenda Pública de México", Mensaje audiovisual (cápsula) para redes sociales y página web del Centro de Estudios Estratégicos para el Desarrollo. Universidad de Guadalajara, 7 de octubre de 2020. Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://www.facebook.com/Jaliscoafuturo/videos/679951069625196/

Moloeznik, Marcos Pablo. "Todavía estamos a tiempo de salvar vidas humanas", *Animal Político*, 27 de julio de 2020. Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://www.animalpolitico.com/seguridad-180/todavia-estamos-a-tiempo-de-salvar-vidas-humanas/

Moloeznik, Marcos Pablo. *Primo Levi. Su legado humanista*. México: Editorial Universidad de Guadalajara, 2019.

Moloeznik, Marcos Pablo. *Tratado sobre Pensamiento Estratégico-Militar (Enseñanzas para el sistema de defensa de México)*. México: Colectivo de Análisis de la Seguridad en Democracia, A.C. (CASEDE), 2018. Consultado el 14 de noviembre de 2020. http://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-0/defensa-y-fuerzas-armadas/fuerzas-armadas-mexicanas/410-tratado-sobre-pensamiento-estrategico-militar

Noticias y Protagonistas. "Diana Cohen Agrest: 'La sociedad está al servicio de los derechos humanos de los delincuentes'", 11 de enero de 2019. Consultado el 15 de noviembre de 2020. https://noticiasyprotagonistas.com/actualidad/diana-cohen-agrest-la-sociedad-esta-al-servicio-de-los-derechos-humanos-de-los-delincuentes/

Novaresio, Luis. "La Justicia penal argentina está colonizada por el zaffaronismo abolicionista", *Infobae*, 5 de julio de 2016. Consultado el 15 de noviembre de 2020. https://www.infobae.com/politica/2016/07/05/diana-cohen-agrest-la-justicia-penal-argentina-esta-colonizada-por-el-zaffaronismo-abolicionista/.

Nye, Joseph S. Jr. *Bound To Lead: The Changing Nature Of American Power*. New York: *Basic Books,* 1990.

Organización de Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Huma-*

nos. 2014. Consultado el 1º de septiembre de 2020. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 2015. Consultado el 1º de septiembre de 2020. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

Organización Mundial de la Salud (OMS). "Biografía del Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus". Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://www.who.int/dg/tedros/biography/es/

Organización Mundial de la Salud (OMS). "Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)". Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019

Organización Panamericana de la Salud (OPS). "COVID-19 y el rol de los sistemas de información y las tecnologías en el primer nivel de atención". Hoja Informativa N° 7, Departamento de Evidencia e Inteligencia, Washington. D.C. Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52205/COVID-19FactsheetPNA%20_spa.pdf?sequence=14

Patton, Mike. "The Impact of Covid-19 on US economic and financial markets". *Forbes,* 12 de octubre de 2020. Consultado el 12 de octubre de 2020. https://www.forbes.com/sites/mikepatton/2020/10/12/the-impact-of-covid-19-on-us-economy-and-financial-markets/?sh=5b0e659d2d20

Pérez Vaquero, Carlos. "¿Qué es el derecho penal del enemigo?", *Criminología y Justicia*, 13 de julio de 2015. Consultado el 15 de noviembre de 2020. http://cj-worldnews.com/spain/index.php/en/derecho-31/in-albis1/item/2886-que-es-el-derecho-penal-del-enemigo

Porter, Michael E. *La ventaja competitiva de las naciones*. Buenos Aires: Vergara, 1991.

Ramos Flores, Mónica. "El país más poderoso del mundo y el COVID-19". Trabajo inédito presentado para el Seminario V de Especialidad del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, 13 de noviembre de 2020.

Realuyo, Celina B. "The Impact of COVID-19 on the Economy, Security and Transnational Organized Crime in the Americas", *Regional Insights 2020 Edition* 4 (October 2020).

Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. "COVID-19 y Derecho a la Vida en México". 31 de agosto de 2020. Consultado el 3 de septiembre de 2020. https://www.youtube.co m/watch?v=2Z8BfakKZJs.

Reuters. "Ley rusa tendrá precedencia sobre los tratados internacionales", 8 de diciembre de 2020. https://uk.reuters.com/article/rusia-politica-tratados-idLTAKBN28I28M

Rodríguez, Margarita. "Coronavirus: los dilemas éticos con los que la pandemia de covid-19 nos está enfrentando". *BBC News Mundo*, 6 de septiembre de 2020. Consultado el 6 de septiembre de 2020. https://www.bbc.com/mundo/noticias-54001462

Schüller Gamboa, Patricia. "Trump anuncia decreto para "priorizar" la entrega de vacunas a EEUU antes que a otros países", 8 de diciembre de 2020. http://www.lanacion.cl/trump-anuncia-decreto-para-priorizar-la-entrega-de-vacunas-a-eeuu-antes-que-a-otros-paises/

Smink, Veronica. "Coronavirus en Argentina: por qué genera tanta polémica la decisión de sacar de la cárcel a algunos presos por riesgo a que contraigan el covid-19", *BBC News Mundo*, 1° de mayo de 2020. Consultado el 15 de noviembre de 2020. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52496655

Stoffels, Ruth Abril. "No es lo mismo ideología de género que perspectiva de género". Eensayo inédito, Valencia, octubre de 2020.

Tal, Israel. *National Security: The Israeli Experience*. Connecticut, London: Praeger Publishers, 2000.

Trapero, Luisa. "China lidera un macroacuerdo económico", *Euronews*, 16 de noviembre de 2020. Consultado el 16 de noviembre de 2020. https://es.euronews.com/2020/11/16/china-lidera-un-macroacuerdo-economico.

Verza María, "La prensa en tiempos de AMLO: mañaneras, acoso y violencia", *AP NEWS*, 18 de septiembre de 2020. Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://apnews.com/article/noticias-b7c7d84bb26e40d2721e6a7a75cf5106

William J. Perry Center for Hemispheric and Defense Studies (CHDS). Consultado el 14 de noviembre de 2020. https://williamjperrycenter.org/sites/default/files/publication_associated_files/The%20Impact%20of%20COVID-19%20.pdf

Ximénez-Fyvie, Laurie Ann. "El Fiasco del Siglo". *Diario Reforma*, 5 mayo de 2020. Consultado el 1º de septiembre de 2020. https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/el-fiasco-del-siglo-2020-05-05/op179479?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--

CAPÍTULO II

Salud y derechos humanos: un vínculo para fortalecer

José Javier Morales Núñez,[1] Jorge Hernández Bello,[2] Gerardo Aguilera Rodríguez[3] y José Francisco Muñoz Valle[4]

La salud y los derechos humanos se han vinculado de manera escasa y poco explícita. Sin embargo, son enfoques modernos y poderosos para definir y promover el bienestar humano. La atención a la intersección de la salud y los derechos humanos puede proporcionar beneficios prácticos para quienes se dedican específicamente a estas áreas. Además, puede ayudar a reorientar el pensamiento sobre los principales desafíos de la salud global y contribuir a la ampliación del pensamiento y la práctica de los derechos humanos. Es por eso que en este capítulo se exponen las relaciones tangibles entre la salud y los derechos humanos y se retoman algunos abordajes históricos que han vislumbrado la importancia de su estudio y aplicación.

1 Doctorante en Ciencias Biomédicas, CUCS, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco. E-mail: javiermorales.dcb@gmail.com

2 Coordinador de Posgrado, CUCS, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco. E-mail: jorge89_5@hotmail.com

3 Coordinador de la Licenciatura en Psicología, CUCS, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco. E-mail: gerardo.aguilera@cucs.udg.mx

4 Rector del Centro Universitario de Ciencias de la Salud, CUCS, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco. E-mail: drjosefranciscomv@cucs.udg.mx

Introducción

La capacidad de plantearse preguntas es sin duda la mejor herramienta para descubrir aportaciones científicas relevantes en el área de la salud y a su vez, ha planteado la necesidad de especializarse en nuevas áreas y proponer nuevas disciplinas. El planteamiento de la pregunta ¿existe una relación entre la salud y los derechos humanos? es una de estas incógnitas que ha tenido varias respuestas según la época en la que se planteó; sin embargo, en la actualidad su relación se hace más estrecha y se considera sumamente importante, ya que ambos apuntan a promover el bienestar humano.

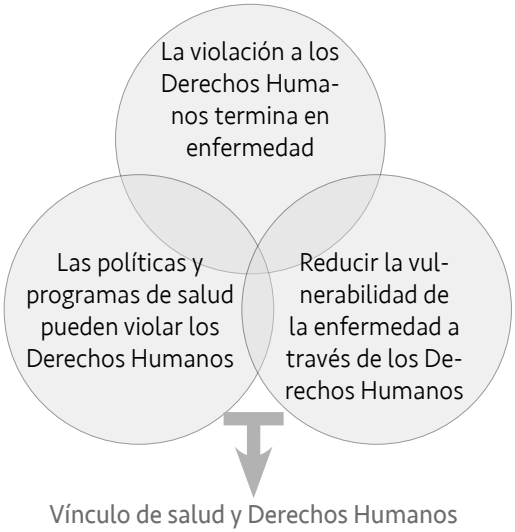
El estudio de la relación entre la salud y los derechos humanos pudiera parecer un campo relativamente joven; hecho contrario a la realidad, pues esta relación fue planteada por Jonathan M. Mann desde el año de 1997, quien fue pionero en su estudio y proporcionó los argumentos para reconocer los vínculos existentes. Actualmente, esta relación tiene un sólido registro en la literatura académica, en informes de investigación, así como en otros recursos valiosos, a pesar de lo cual la difusión de esta dupla y su apropiación por parte de la sociedad y del gremio de las ciencias de la salud ha sido escasa.

Para comprender mejor esta relación es importante mencionar que el concepto de salud deriva de dos disciplinas muy afines, pero con objetos de estudio muy diferentes, que son la medicina y la salud pública. La primera se enfoca habitualmente en la salud de un individuo y la segunda en la salud de las poblaciones. Lo anterior contribuye a establecer que el nexo de la "Salud" con los "Derechos Humanos" está mediado por las acciones de la salud pública.

Para establecer los vínculos entre la salud y los derechos humanos, la Organización Mundial de la Salud (OMS) propone un marco de tres partes (Diagrama 1) interconectadas:

- Las violaciones o la falta de atención a los derechos humanos (por ejemplo, prácticas tradicionales nocivas, esclavitud, tortura y trato inhumano y degradante, violencia contra mujeres y niños) pueden tener graves consecuencias para la salud.
- Las políticas y los programas de salud pueden promover o violar los derechos humanos en su diseño o implementación (por ejemplo, la no discriminación, autonomía individual, derechos de participación, privacidad e información).

Diagrama 1. Vínculos entre la Salud y Derechos Humanos. Se han establecido claramente estos puntos en vinculación, los cuales actúan de manera interconectada.



- La vulnerabilidad a la mala salud puede reducirse tomando medidas para respetar, proteger y cumplir los derechos humanos (por ejemplo, no sufrir discriminación por motivos de etnia, sexo y género; derechos a la salud, alimentación y nutrición; educación y vivienda).

En resumen, la idea central del enfoque de la salud y los derechos humanos es que ambos actúan o deberían actuar en sinergia. En otras palabras, el goce de la salud es necesario para ejercer los derechos humanos; al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos humanos contribuye positivamente al goce de la salud.

En este capítulo se desarrolla el concepto de salud, así como el de derechos humanos, para posteriormente explicar las tres relaciones de estos dos campos de acción. Finalmente, se explican los fundamentos en los cuales se basó Jonathan M. Mann para constituir la relación entre la salud pública y los derechos humanos.

Concepto de Salud: una visión integral

Actualmente, la definición de salud más aceptada es la propuesta por la OMS, aunque al momento de cuestionar al público en general sobre lo que entienden por salud se encuentra una gama muy grande de conceptos diferentes. Las personas suelen definir la "salud" con base en sus creencias, valores y conocimientos relacionados con la salud personal.[5]

En la antigua Grecia, el concepto de salud se concebía como un equilibrio entre una persona y el ambiente, la unidad del alma y el cuerpo. Este mismo concepto existía en otras civilizaciones antiguas con avances importantes en la medicina, por ejemplo en la India y en la civilización China.[6]

La definición por parte de la OMS, formulada en 1948, describe a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de afecciones o enfermedades". En su momento, esta definición fue innovadora debido a su amplitud y ambición de abarcar más aspectos, acción que desarrolló un concepto mucho más completo que "la simple ausencia de la enfermedad" al incluir los dominios físico, mental y social.[7]

En el dominio físico, un organismo sano es capaz de mantener la "alostasis", término que hace referencia al mantenimiento del equilibrio fisiológico a través de circunstancias cambiantes y no constantes, como lo establece la homeostasis. Cuando el organismo se enfrenta al estrés fisiológico puede montar una respuesta protectora y así reducir el potencial de daño y restablecer un equilibrio. Si esta estrategia de afrontamiento fisiológico no tiene éxito, finalmente puede provocar una enfermedad.

La salud en el ámbito social puede considerarse como un equilibrio dinámico entre oportunidades y limitaciones que cambian a lo largo de la vida; y se ve afectada por condiciones externas como los desafíos sociales y ambientales. Al adaptarse con éxito a una enfermedad, las personas pueden trabajar o participar en actividades sociales y sentirse saludables a pesar de las limitaciones.

En el dominio mental, se describe el "sentido de coherencia" como un factor que contribuye a una capacidad exitosa para hacer frente y recuperarse

5 Gessert et al., "Rural definition of health: A systematic literature review", *BMC Public Health* 15, n° 1 (2015): p. 378.

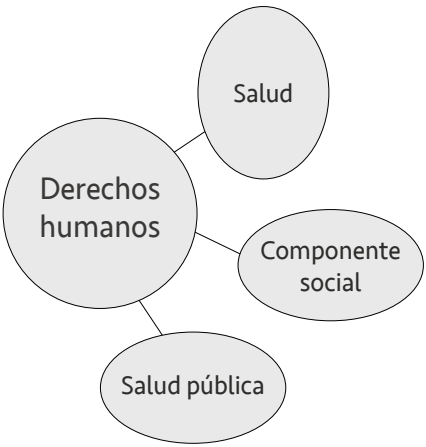
6 Svalastog et al., "Concepts and definitions of health and health-related values in the knowledge landscapes of the digital society", *Croatian Medical Journal* 58, n° 6 (2017): pp. 431-435.

7 Huber et al., "How should we define health?", *BMJ* 343 (2011).

de un fuerte estrés psicológico y prevenir los trastornos de estrés postraumático. El sentido de coherencia incluye las facultades subjetivas que mejoran la comprensibilidad, la capacidad de gestión y el significado de una situación difícil.[8]

La medicina social y la salud pública determinan que la salud no debe ser observada solamente desde la perspectiva de las personas (de manera individual), sino que sugieren que esta debe valorarse también desde grupos de individuos y la comunidad, como resultado de la interacción de las personas con el entorno social. En este sentido, la definición de la OMS promueve que además de la salud física y mental, el bienestar social es un componente integral de la salud general, porque la salud está estrechamente vinculada al entorno social y las condiciones de vida y trabajo, los cuales se vinculan directamente con los derechos humanos [9] (Diagrama 2). Por lo tanto, el concepto moderno de salud debe incluir más allá de la atención médica para abarcar las dimensiones sociales más amplias y el contexto del bienestar individual y de la población o comunidades.

Diagrama 2. Relación de los conceptos de la salud y la salud pública. Ambos tienen en común el componente social, mediante el cual los derechos humanos favorecen un estado de salud generalizado.



Concepto de Derechos Humanos

Los derechos humanos representan valores básicos comunes a todas las culturas y deben ser respetados por los países de todo el mundo. Los derechos humanos son derechos fundamentales e inalienables, a los que una persona tiene derecho simplemente porque es un ser humano. El principio de igualdad y no discriminación es la piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos.[10]

8 Harald Brüssow, "What is health?", *Microbial Biotechnology 6*, n° 4 (2013): pp. 341-348.

9 Svalastog et al., "Concepts and definitions of health and health-related values in the knowledge landscapes of the digital society", *Croatian Medical Journal* 58, n° 6 (2017): pp. 431-435.

10 Sabaratnam Arulkumaran, "Health and Human Rights", *Singapore Medical Journal 58* n° 1 (2017): pp. 4-13.

Los principales deberes derivados de los derechos humanos recaen en los estados y sus autoridades o agentes, no en los individuos. Una implicación importante de estas características es que los derechos humanos deben estar protegidos por la ley (el estado de derecho). Esto es de suma importancia, ya que se relaciona con uno de los vínculos de salud-derechos humanos que se explicará más adelante.

El término "derechos humanos" se utiliza para denotar un amplio espectro de derechos que van desde el derecho a la vida hasta el derecho a una identidad cultural. Implican todas las condiciones previas elementales para una existencia humana digna. Estos derechos se pueden ordenar y especificar de diferentes maneras.

A nivel internacional, se ha hecho una distinción frecuente entre los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien los derechos humanos se han clasificado de diferentes maneras, es importante señalar que las leyes internacionales subrayan que todos los derechos humanos son universales, indivisibles y están interrelacionados.[11]

El objetivo de vincular la salud y los derechos humanos es contribuir al avance del bienestar humano más allá de lo que se podría lograr a través de un enfoque aislado. En este sentido, mediante una serie de ejemplos se pueden destacar los siguientes tres vínculos importantes:

2.1. Primer vínculo: el impacto de las políticas, programas y prácticas de salud sobre los derechos humanos

La atención médica en México se brinda a través de dos mecanismos; el público y el privado, lo cual también es una práctica habitual en otros países del mundo. Las responsabilidades de la salud pública están a cargo en gran medida de políticas y programas promulgados, implementados y aplicados por el estado o con el apoyo de este. Por lo tanto, el impacto de las políticas, programas y prácticas de salud pública impactan considerablemente sobre los derechos humanos.[12]

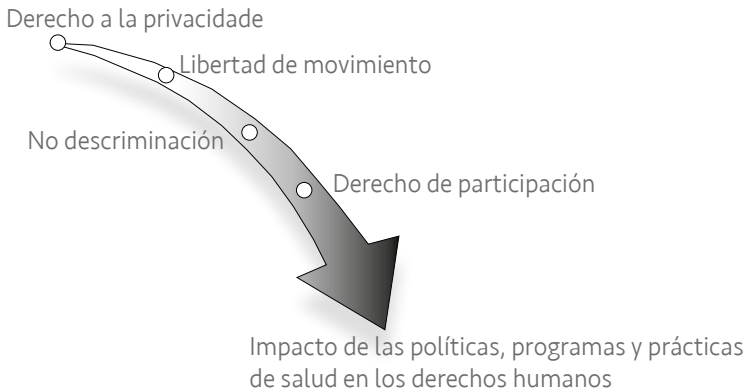
Las tres funciones centrales de la salud pública las podemos resumir de la siguiente forma:

- evaluar las necesidades y problemas de salud;

11 Edward J. Mills y Sonal Singh, "Health, human rights, and the conduct of clinical research within oppressed populations", *Globalization and Health* 3, n° 10 (2007).

12 Meier et al., "Human Rights in Public Health", *Health and Human Rights* 20, n° 2 (2018): pp. 85-91.

Diagrama 3. Primera relación: derechos humanos y salud. El impacto de las acciones, programas y políticas de la salud pública afectan directamente los derechos humanos, en algunas ocasiones al verse por encima de alguno de ellos.



- desarrollar políticas diseñadas para abordar problemas de salud prioritarios; y
- asegurar programas para implementar objetivos estratégicos de salud.

Con cada una de estas funciones elementales de la salud pública se pueden promover o violar los derechos humanos en su diseño o implementación (Diagrama 3).

Para el caso de la primera función, la evaluación de necesidades y problemas implica la recopilación de datos sobre problemas de salud importantes en una población específica; sin embargo, no se recopilan datos sobre todos los posibles problemas de salud. Por lo tanto, el hecho de que un estado no reconozca los problemas de salud que afectan preferentemente a un grupo marginado o estigmatizado puede violar el derecho a la no discriminación y, por lo tanto, el derecho a la no discriminación puede verse amenazado por un ejercicio aparentemente simple de recopilación de información.

Un ejemplo de este primer punto puede ser el mal uso de la información referente al estado de salud de una persona por ser portador del virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) que ha llevado a la violación de algunos derechos humanos como: restricciones del derecho al trabajo y a la educación; violaciones del derecho a casarse y fundar una familia; ataques al honor y la

reputación; limitaciones de la libertad; detención arbitraria o exilio; e incluso tratos crueles, inhumanos o denigrantes. [13]

Referente a la segunda función de desarrollar políticas para prevenir y controlar problemas de salud prioritarios, pueden surgir aspectos importantes sobre los derechos humanos en el proceso de desarrollo de políticas. Si un gobierno se niega a revelar las bases científicas de una política de salud o de otra manera se niega a informar e involucrar al público en el desarrollo de políticas, los derechos de "buscar, recibir e impartir información e ideas" pueden ser violados. De igual forma, la priorización de los problemas de salud puede dar lugar a la discriminación contra sectores poblacionales, como cuando los principales problemas de salud de una población definida son en función del sexo, la etnia, la religión o el idioma y algunas de ellas u otras reciben sistemáticamente una menor prioridad.[14]

Finalmente, con la tercera función "asegurar programas para implementar objetivos estratégicos en salud", los servicios sociales y de salud pueden no tener en cuenta las barreras logísticas, financieras y socioculturales para su acceso y disfrute, con lo que se puede producir una discriminación intencional o no.

Un ejemplo de lo anterior se puede plantear en los hospitales públicos, ya que detalles como el horario del servicio de consulta, la accesibilidad al mismo mediante transporte público y la distancia que las personas tengan que recorrer pueden influir de manera contundente y adversa en la utilización de este servicio hospitalario.[15]

Desafortunadamente, las acciones en torno a la salud pública que restringen los derechos humanos no se han tomado en cuenta desde un punto de vista crítico, sistemático y científico. Por lo cual, la salud pública articulada a través de políticas y programas estatales y/o nacionales específicos requiere la consideración de las normas de los derechos humanos y, por lo tanto, debe ser cuestionada.

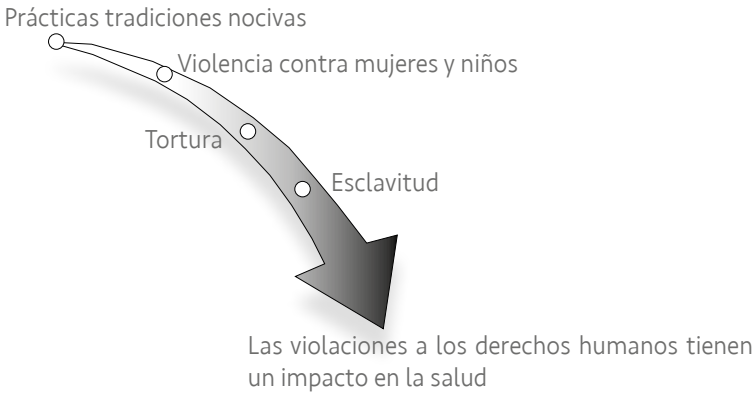
---

13 Wendy K. Mariner y George J. Annas, "A Culture of Health and Human Rights", *Health Affairs (Project Hope)* 35, n° 11 (2016): pp. 1999-2004.

14 Meier et al., "Human Rights in Public Health", *Health and Human Rights* 20, n° 2 (2018): pp. 85-91.

15 Maya Peled-Raz, "Human rights in patient care and public health—A common ground", *Public Health Reviews* 38 (2017).

Diagrama 4. Segunda relación de derechos humanos y salud. La violación de derechos humanos como la realización de tortura, esclavitud, violencia, entre otros, tienen un efecto a nivel psicológico/emocional, afectado directamente el estado de salud.



Segundo vínculo: las violaciones de los derechos humanos tienen un impacto en la salud

Los impactos en la salud son obvios e inherentes a la comprensión popular de ciertas violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, el encarcelamiento en condiciones inhumanas, la ejecución arbitraria y las desapariciones (Diagrama 4). Por esta razón, los expertos en salud preocupados por los derechos humanos han puesto cada vez más a disposición su experiencia para ayudar a documentar tales abusos.[16]

El impacto en la salud por violaciones a los derechos humanos se puede observar en al menos dos formas. Primero, la duración y el alcance de los impactos en la salud resultantes de los abusos graves de los derechos y la dignidad siguen siendo generalmente poco apreciados. Se ha demostrado que la tortura, el encarcelamiento en condiciones inhumanas o el trauma asociado con presenciar ejecuciones sumarias, torturas, violaciones o malos tratos a otros conducen a efectos graves, probablemente de por vida, sobre el bienestar físico, mental y social.

16 Kenyon et al., "Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health", *Health and Human Rights* 20, n° 2 (2018): pp. 1-10.

En segundo lugar, y más allá de estos graves problemas, es cada vez más evidente que las violaciones a los derechos humanos tienen efectos negativos en la salud. Por ejemplo, el derecho a la información puede violarse cuando se comercializan cigarrillos sin la garantía gubernamental de que también estará disponible información sobre los efectos nocivos para la salud del consumo de tabaco.

Otras violaciones del derecho a la información con impactos sustanciales en la salud incluyen, por ejemplo, la retención gubernamental de información científica de salud válida sobre anticoncepción o medidas para prevenir la infección con un virus mortal.[17]

Un problema relacionado, pero aún más complejo, implica el posible impacto en la salud asociado con la violación de la dignidad individual y colectiva. La Declaración Universal de Derechos Humanos considera que la dignidad, junto con los derechos, es inherente, inalienable y universal. Si bien, los impactos importantes en la salud relacionados con la dignidad pueden incluir problemas tales como el mal estado de salud de muchos pueblos indígenas, se carece de un vocabulario y un marco coherente para caracterizar la dignidad y las diferentes formas de violaciones de la dignidad.[18]

La identificación de los impactos en la salud asociados con las violaciones de los derechos y la dignidad humana beneficiará tanto a los campos de la salud como a los derechos humanos. El uso de violaciones de derechos como punto de entrada para el reconocimiento de problemas de salud puede ayudar a descubrir cargas previamente no reconocidas sobre el bienestar físico, mental o social.

Tercera relación: la reducción de la enfermedad a través de los derechos humanos

La propuesta de que la promoción y la protección de los derechos humanos está indiscutiblemente vinculada al desafío de promover y proteger la salud, deriva en parte del reconocimiento de que la salud y los derechos humanos son enfoques complementarios al problema central de definir y promover el bienestar humano19 (Diagrama 5).

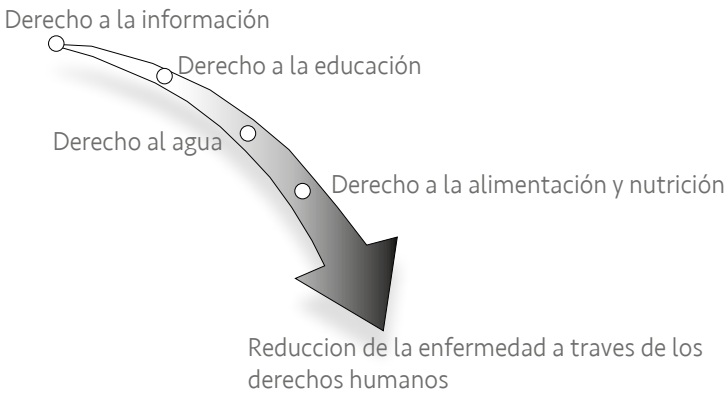
---

17 *Ibídem*.

18 Mariner, W. K., & Annas, *Op. Cit*.

19 Nadine Ezard, "Public health, human rights and the harm reduction paradigm: From risk reduction to vulnerability reduction", *International Journal of Drug Policy* 12, n° 3 (2001): pp. 207-219.

Diagrama 5. Tercera relación de los derechos humanos y salud. Esta relación complementa al segundo vínculo (Diagrama 4), ya que hace énfasis en que al respetarse los derechos humanos las enfermedades se reducirían.



Los conceptos modernos de salud reconocen que las "condiciones subyacentes" a esta establecen la base para lograr el bienestar físico, mental y social. Dada la importancia de estas condiciones, es notable la poca prioridad que se ha dado dentro de la investigación en salud a su identificación precisa y a la comprensión de sus modos de acción, importancia relativa y posibles interacciones.

El análisis más ampliamente aceptado entre la salud y su entorno se centra en el estado socioeconómico. La relación positiva entre un nivel socioeconómico más alto y un mejor estado de salud está bien documentada, hecho que permite declarar que el derecho humano a una vida digna repercute directamente en la salud.[20]

Otra dificultad práctica es que el paradigma socioeconómico crea un desafío abrumador para el cual los trabajadores de la salud no están capacitados ni equipados para hacer frente. Por lo tanto, la identificación del estado socioeconómico como la "condición esencial" para una buena salud paradójicamente puede alentar la complacencia, la apatía e incluso la parálisis política y programática. Sin embargo, están surgiendo enfoques alternativos

20 Sabaratnam Arulkumaran, *Op. Cit.*

o complementarios sobre la naturaleza de las "condiciones esenciales" para la salud.[21]

Desde la perspectiva de los derechos humanos, los expertos y la experiencia en salud pueden contribuir de manera útil al reconocimiento social de los beneficios y costos asociados con la realización o el incumplimiento de los derechos humanos y la dignidad. Esto se puede lograr sin tratar de justificar los derechos humanos y la dignidad por motivos de salud (o para cualquier propósito pragmático).

Más bien, la colaboración con expertos en salud puede ayudar a dar voz al impacto generalizado y grave en la salud asociado con la falta de respeto por los derechos y la dignidad. Además, el derecho a la salud solo se puede desarrollar y dar sentido a través del diálogo entre las disciplinas de salud y derechos humanos. Finalmente, se debe apreciar la importancia de la salud como condición previa para la capacidad de realizar y disfrutar los derechos humanos y la dignidad.

Jonathan M. Mann: El legado de la relación de salud con los derechos humanos

Uno de los pioneros en la vinculación de la salud a los derechos humanos fue Jonathan M. Mann (1947-1998), quien es considerado un pilar en cuanto a los estudios de derechos humanos, salud pública y VIH se refiere. Por lo tanto, es importante retomar algunos de los supuestos más importantes que destacó este gran defensor de los derechos humanos.

Mann fue director del Programa Mundial del SIDA de la Organización Mundial de la Salud de 1986 a 1990. Además, fundó el *François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights* de la Universidad de Harvard, la revista *Salud y Derechos Humanos* y fue director de la escuela de Salud Pública de la Universidad de Ciencias de la Salud de Allegheny de Filadelfia.[22]

Su preocupación por la relación entre los derechos humanos y la salud pública lo llevó a desarrollar un instrumento de cuatro pasos para determinar el impacto de las estrategias de salud pública sobre los derechos humanos: *The Four-Step Impact Assessment*.

21 Nadine Ezard, *Op. Cit.*

22 Daniel Tarantola, Sofia Gruskin, Theodore M. Brown y Elizabeth Fee, "Jonathan Mann", *American Journal of Public Health* 96. N° 11 (2006): pp. 1942-1943.

Mann argumentaba que la ética proporciona el lenguaje para la práctica de la medicina mediante valores, especialmente el comportamiento de los profesionales con base al respeto, mientras que la salud pública lucha por definir y articular sus valores centrales. Precisamente, por ello, en una de sus ideas más brillantes, Mann explicó lo siguiente: "los derechos humanos modernos, precisamente porque inicialmente se desarrollaron fuera del dominio de la salud y buscan articular las precondiciones sociales para el bienestar humano, parecen ser un marco mucho más útil y una forma de orientación para los esfuerzos de la salud pública para analizar y responder directamente a los determinantes sociales de la salud que cualquier heredado de las tradiciones biomédicas o de salud pública".

Diagrama 6. Diferencia de régimen entre la medicina y la salud pública. La medicina se basa en la ética y la salud publica en los derechos humanos, pero siempre están en comunicación, ya que una depende de la otra.

En el Diagrama 6 se plantea la relación propuesta por Mann entre la medicina y la salud pública.[23]

El argumento principal de Mann sobre la relación entre ética, salud pública y derechos humanos se basa en tres relaciones ya explicadas: políticas, programas y prácticas de salud pública perjudiciales para los derechos humanos; el impacto de las violaciones de los derechos humanos en la salud; y los vínculos inextricables de la salud y los derechos humanos. Mann señala que en la práctica "las posiciones entre los extremos hipotéticos de la medicina y la salud pública son más comunes y requieren mezclas de derechos humanos y lenguaje ético".[24]

Mann abogó por el desarrollo de un código ético, o al menos una declaración de valores bien articulada, para los profesionales de la salud pública. En este contexto, estableció dos condiciones para desarrollar una ética de la salud

23 Stephen P. Marks, "Jonathan Mann's Legacy to the 21st Century: The Human Rights Imperative for Public Health", *Law Med Ethics* 29, n° 2 (2001).
24 Edward J. Mills y Sonal Singh. *Op. Cit.*

pública: 1) que use el vocabulario de la dignidad en lugar de la biomedicina y 2) que aplique un marco de derechos humanos.

Gostin, quien fue alumno de Mann, distingue tres interpretaciones de la ética de la salud pública: "ética de la salud pública", con lo que se refiere a la ética profesional; "ética en la salud pública", con lo que alude a la ética aplicada; y "ética de defensa", que define la participación de profesionales en la promoción de la reducción de las desigualdades. Del mismo modo, considera tres usos superpuestos de los derechos humanos en los modos legal, ético y retórico.[25]

El diagrama 6 ofrece una forma de ilustrar el valor relativo de la ética y los derechos humanos para las políticas en medicina y salud pública. Al enfatizar la "ética de la salud pública" y la "ética en la salud pública". En este aspecto, Gostin toma una visión diferente al apoyar el uso de la ética en la práctica y la política de salud pública, mientras que Mann estaría a favor del uso de los derechos humanos.

Conclusiones

El enfoque de la salud basado en los derechos humanos proporciona un conjunto de principios claros para establecer y evaluar las políticas de salud y la prestación de servicios, apuntando a prácticas discriminatorias y relaciones de poder injustas que dan como resultados un sistema de salud no equitativo.

Este enfoque debe contemplar políticas, estrategias y programas de salud diseñados para mejorar el disfrute de la salud de todas las personas basada en sus derechos, cuyo objetivo se concentre prioritariamente en los más rezagados, pero sin dejar a un lado a las minorías.

El problema del VIH/SIDA es un ejemplo claro para mostrar la eficacia de estos enfoques; por ejemplo, el desarrollo de nuevos tratamientos y la creciente inversión de recursos para ofrecer estos tratamientos a las personas que viven con el VIH ha propiciado el acceso al tratamiento y a la atención para algunas personas mediante los sistemas nacionales y estatales de salud. Estas personas obtienen una duración y calidad de vida mayor, y a su vez, les permite participar activamente en actividades políticas, civiles, económicas, sociales y culturales que favorecen el crecimiento del estado y de las naciones. Sin embargo, a pesar de las iniciativas globales para aumentar el acceso en lugares pobres en recursos, el progreso ha sido lento y sigue por debajo de las expectativas.

25 Stephen P. Marks, *Op. Cit.*

La idea de la salud y los derechos humanos como tema de estudio está consolidada en la actualidad y debemos reconocer las diferentes formas en que se pueden lograr avances en este ámbito; no obstante, el principal reto a corto plazo está en hacer este vínculo del dominio público para que los tomadores de decisiones en políticas de salud las contemplen a la hora de crear programas y legislaciones afines a estas áreas.

La exploración de la intersección de la salud y los derechos humanos puede ayudar a revitalizar el campo de la salud y contribuir a ampliar el pensamiento y la práctica de los derechos humanos. Además, la perspectiva de la salud y los derechos humanos ofrece nuevas vías para comprender y promover el bienestar en el mundo moderno.

Bibliografía

Arulkumaran, Sabaratnam. "Health and Human Rights", *Singapore Medical Journal* 58 n° 1 (2017): pp. 4-13.

Brüssow, Harald. "What is health?", *Microbial Biotechnology 6*, n° 4 (2013): pp. 341-348.

Ezard, Nadine. "Public health, human rights and the harm reduction paradigm: From risk reduction to vulnerability reduction", *International Journal of Drug Policy* 12, n° 3 (2001): pp. 207-219.

Gessert et al. "Rural definition of health: A systematic literature review", *BMC Public Health* 15, n° 1 (2015).

Huber et al., "How should we define health?", *BMJ* 343 (2011).

Kenyon et al. "Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health", *Health and Human Rights* 20, n° 2 (2018): pp. 1-10.

Mariner, Wendy K. y Annas, George J. "A Culture of Health and Human Rights", *Health Affairs* (Project Hope) 35, n° 11 (2016): pp. 1999-2004.

Marks, Stephen P. "Jonathan Mann's Legacy to the 21st Century: The Human Rights Imperative for Public Health", *Law Med Ethics* 29, n° 2 (2001).

Meier et al., "Human Rights in Public Health", *Health and Human Rights* 20, n° 2 (2018): pp. 85-91.

Mills, Edward J. y Singh, Sonal. "Health, human rights, and the conduct of clinical research within oppressed populations", *Globalization and Health* 3, n° 10 (2007).

Peled-Raz, Maya. "Human rights in patient care and public health—A common ground", *Public Health Reviews* 38 (2017).

Svalastog et al. "Concepts and definitions of health and health-related values in the knowledge landscapes of the digital society", *Croatian Medical Journal* 58, n° 6 (2017): pp. 431-435.

Tarantola, Daniel; Gruskin, Sofia; Brown, Theodore M. y Fee, Elizabeth. "Jonathan Mann", *American Journal of Public Health* 96. N° 11 (2006): pp. 1942-1943.

CAPÍTULO III

La voluntad anticipada como derecho humano

Claudia Delfín Ruiz y Rodrigo Cano Guzmán[1]

Introducción

El derecho a morir con dignidad, representado hasta el final como una voluntad anticipada, es considerada como el respeto que merece todo ser humano en uso de sus derechos y en plenitud de sus facultades para deliberar, elegir y decidir sobre todo aquello que compete a su existencia y por lo tanto a su proyecto de vida y salud personal; a continuación se presentan los resultados de una investigación documental y descriptiva, donde prevalece la autodeterminación y libertad que los seres humanos tienen para decidir sobre su muerte, además de explicar la voluntad anticipada como derecho humano. Las conclusiones ayudan a comprender el primer y más grande derecho como individuo, a ser libre en sí mismo de la decisión; para poder entender a la propia persona en el aspecto psicológico y físico en fase terminal de su vida o a terceros involucrados, a grandes rasgos se consideran muchos factores clave como el Estado, la familia, la sociedad y los ideales personales, que son deter-

1 Profesores de Tiempo Completo que conforman el grupo de investigación "Cultura de la Paz y Familia" del Departamento de Ciencias Sociales del Centro Universitario del Sur, Universidad de Guadalajara. Dirección: Avenida Enrique Arreola Silva #883, Colonia Centro, C.P. 49000, Ciudad Guzmán, Municipio de Zapotlán el Grande, Jalisco, México, Tel: +52 (341) 5752222 Ext. 46174, Correos electrónicos: claudia.delfin@cusur.udg.mx; rcanog@cusur.udg.mx.

minantes para una libre decisión sin prejuicio a un ordenamiento jurídico sin descartar el derecho; mediante la manifestación de un documento unilateral, se dejan en claro las diversas circunstancias e instrucciones relacionadas con la toma de decisión sobre la voluntad anticipada.

El goce de la vida, la ética y el derecho parten de una visión que los vincula a los Derechos Humanos y jerarquiza la expresión de voluntad de una persona ante una eventual enfermedad médicamente incurable. A esta decisión se le ha llamado anteriormente "instrucciones previas", "voluntad anticipada", "testamento vital", "testamento biológico" y "declaración extrajudicial de voluntad Anticipada"; la aprobación y el estatuto jurídico de este acto varían según el país del que se trate.

Se entiende por voluntad anticipada como la capacidad de ejercicio que tiene cualquier ciudadano —en pleno uso de sus facultades mentales— para manifestar de manera libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada la decisión de no someterse a medios y tratamientos médicos que propicien la obstinación médica, es decir, el uso innecesario de recursos médicos para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal. No se trata solo de una posibilidad, sino del derecho que tiene el individuo para intervenir y decidir sobre aspectos relacionados con la fase terminal de su vida.[2]

La relación de los profesionales de la salud con los pacientes tiene como piedra angular el respeto al derecho de las personas de autodeterminarse, a tomar decisiones libres e informadas respecto a su vida, salud y cuerpo. El final de la vida es uno de los más momentos de mayor importancia y es primordial garantizar que el paciente pueda tomar una serie de decisiones sobre múltiples aspectos, como son el deseo o no de ser informado, aceptar o no medidas terapéuticas y de cuidado paliativo, rechazar aquellas que son fútiles, definir quién puede acceder a sus datos clínicos o quién representará su voluntad, con el fin de proteger su derecho a una muerte digna.

El objetivo general de esta investigación es dar a conocer la voluntad anticipada como un derecho humano para romper estigmas sobre la decisión de muerte o fase terminal al momento de decidir, mediante un documento, que pasará después de la misma. El motivo atiende a la necesidad de que la sociedad tenga conocimiento y diferencie conceptos como muerte, eutanasia y

2 Verónica Alejandra Gaona-Flores, Luz Arcelia Campos-Navarro, Joaquín Ocampo-Martínez, Enrique Alcalá-Martínez y Margarita Patiño-Pozas, "La «voluntad anticipada» y su conocimiento por médicos en hospitales de tercer nivel" *Gaceta Médica de México* 152 n.° 4 (2016): pp. 486-494.

voluntad anticipada; es por ello que, a través de un análisis de documentos, se pretende explicar que, si bien no existe un derecho humano como tal a perder la vida, se puede apegar a la ley y esclarecer que no necesariamente es para darle inicio a la muerte sino para ejercer la voluntad a decidir qué pasará una vez que ocurra. Así, uno de los objetivos es contestar la siguiente pregunta de investigación: ¿existe en la población conocimiento y comprensión sobre la Voluntad Anticipada?

Derecho a la vida

Desde una perspectiva primaria y simplista, se puede definir el derecho a la vida o gozar de la vida como el ser libre de ejercer los derechos con el único límite de la norma de orden público, dictada en custodia de un bien superior, general y común para el resto de los ciudadanos, muchas veces reflejado en la expresión: "mi derecho termina donde comienza el derecho del otro", frase que no es del todo acertada, ya que a veces los derechos de los individuos circulan por carriles paralelos. Quizá lo correcto sería decir "mi derecho termina cuando con mi actuar podría vulnerar el derecho de otros".

Es necesario identificar el nivel de conocimiento y de decisión que se les puede otorgar a los médicos de tercer nivel en procedimientos que, por desgracia, hasta la fecha se han turnado a favor o en contra de la sociedad; un ejemplo es el instrumento jurídico, donde surge la voluntad anticipada para los mismos pacientes, en el que se plasma lo que se podría determinar como la voluntad del mismo enfermo que eventualmente podría encontrarse en una fase terminal, así como la capacidad con la que cuenta en su pleno uso de facultades, porque podría ser con prejuicio el sentido de escuchar que mantener y proporcionar recursos médicos para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal. Sin embargo, es el derecho del individuo de decidir sobre aspectos relacionados con la fase terminal de una enfermedad el que compromete su vida, pues es importante recalcar que se trata de *su* vida, como se define a continuación: "La voluntad anticipada surge de la necesidad de respetar la autonomía de los pacientes y de mantener el consentimiento informado cuando estos han perdido la capacidad de expresarse para la toma de decisiones para sí y está conformada no solo por las preferencias, sino también por los valores de cada individuo, su entorno sociocultural y sus creencias religiosas o no religiosas".[3]

3 *Ibídem*.

En la década de los sesenta, los avances técnicos en las ciencias médicas respecto al proceso de vida o de mantenerse saludable era menor, por lo que "el respeto a la autodeterminación de las personas cobra especial importancia en relación con las decisiones que deben tomarse al final de la vida".[4] Es de vital importancia conocer las emociones de una persona al darse cuenta de las implicaciones de su muerte, los momentos previos a que esto suceda, al impacto económico y social que tendría su familia y las decisiones que pueda expresar; todo ello con el fin de informar al enfermo mediante efectos jurídicos la terminología que podría subsistir en la voluntad anticipada, tanto para mantener la concordancia entre lo que expresa antes de su etapa final y lo que ocurra después con respeto a su voluntad. Se habla, entonces, del derecho que tienen la persona a autogobernarse para así tomar las decisiones sobre su vida y su estatus de salud.

En el documento de voluntad anticipada, también conocido como testamento vital, la persona deja en claro su voluntad, estipula lo que desea que se haga con su cuerpo y órganos después de su fallecimiento. También se refiere a la voluntad de seguir recibiendo atención terapéutica o no, a tener la autonomía como principio jurídico para que cada individuo maneje un ámbito de libertad donde regule sus intereses, los cuales deberán ser reconocidos y sancionados por las normas de derecho.[5]

Según Flores Salgado, los actos jurídicos son las manifestaciones de una o más personas que desean ejercer su derecho, consisten en crear, transmitir, modificar o extinguir las consecuencias de los derechos para poder llevarlos a cabo, siempre con la autorización que se concede en el ordenamiento jurídico. Los individuos establecen sus normas encaminadas a regular sus relaciones privadas; por ende, un testamento —al tratarse de un acto jurídico que busca transmitir la voluntad final de una persona— es un principio básico del derecho civil.[6]

En este caso, la voluntad anticipada es un recurso legal que ayuda a promover el respeto a la autonomía, a la dignidad de las personas y los pacientes en situación terminal impedidos conscientemente para decidir medidas de in-

4 Piedad Lucía Bolívar Góez y Ana Isabel Gómez Córdoba. "Voluntades anticipadas al final de la vida. Una aproximación desde la regulación colombiana y en el derecho comparado", *Revista Latinoamericana de Bioética* 16, n.° 1 (2016): p.6.

5 Lucerito Ludmila Flores Salgado, "Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México", *Revista IUS* 9, n.° 36 (2015): pp. 155-178.

6 Lucerito Ludmila Flores Salgado, *Op, Cit*.

tervención médica; permite decidir por adelantado si recibir o no asistencia y tratamientos para paliar el dolor y dejar que la evolución de su muerte sea natural y oportuna, sin adelantarla ni atrasarla.[7] Hay que mencionar que los derechos fundamentales que están en juego en la voluntad anticipada son: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la felicidad, por lo que en caso de que los pacientes tomen cierta decisión sobre su estado de salud y tratamiento, aun así se les deben respetar esos derechos.[8]

Manzini menciona que en la etapa final de la vida y con los avances actuales se pueden ofrecer varios tipos de acciones ante la proximidad de la muerte, las cuales abren nuevas puertas gracias los avances terapéuticos. No obstante, recalca que debe ejercerse la voluntad de todos los pacientes que reciban tratamiento médico y se encuentren en una fase terminal, los profesionales de la salud deben efectuar las acciones manifestadas por los mismos, respetando su decisión final.[9]

La Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, con fecha del 7 de enero de 2008, tiene por objeto establecer y regular las normas y requisitos de la voluntad de cualquier persona con respecto a la negativa de someterse a tratamientos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida. Se protege en todo momento la dignidad de la persona cuando, por razones médicas, sea imposible mantener la vida de manera natural. Esta ley no permite ni faculta bajo ninguna circunstancia la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida. Además, la ley demanda en su artículo 8.º la manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados.[10]

Beneficios y problemáticas de las voluntades anticipadas

Mediante esta declaración anticipada una persona podrá manifestar su voluntad sobre los cuidados y tratamientos a los que desearía ser sometida en el evento de que se encuentre en una situación en la cual no esté en condiciones

7 Virginia Pilar Panchi Vanegas, Rosalinda Guadarrama Guadarrama, Hilda Vargas Cancino, Octavio Márquez Mendoza, "Miedo a la muerte dolorosa, un factor que detona la voluntad anticipada de los académicos universitarios", *Revista RedCA* 1, n.° 2 (2018): pp. 159-177.

8 Adriana Noriega Maldonado y Angélica García Avilés, "De la Eutanasia a la voluntad anticipad", *IBN SINA* 9, n.° 2 (2018): pp. 1-12.

9 Jorge L. Manzini, "Fundamentación bioética de la llamada 'adecuación del esfuerzo terapéutico' en el final de la vida", *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina* 9, n.° 3 (2015).

10 Ley de voluntad anticipada, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 2008.

de expresar su consentimiento personalmente.[11] Entre los beneficios que se derivan de las voluntades anticipadas se encuentran la posibilidad de elegir de manera anticipada respecto a eventos que pueden afectar su salud, su integridad personal o su vida, y en medio de los cuales las decisiones que se tomen podrán o no proteger su dignidad y sus derechos. En este orden de ideas, es un instrumento que busca proteger la autonomía del paciente, evita la extralimitación terapéutica y favorece el inicio oportuno del cuidado paliativo.[12] No se omite mencionar que dicha voluntad tendría que ser mediante un documento especial a través del cual se protegería tanto la misma voluntad como el derecho básico y ciudadano.[13]

La Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal[14] tiene por objeto establecer las normas para regular el otorgamiento de la voluntad de una persona con capacidad de ejercicio en un procedimiento que pretenda prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y por razones médicas sea imposible mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, misma que es derecho de todo ser humano que anticipe una decisión; para ello el personal de salud debe otorgar información clara y oportuna respecto de las condiciones de la enfermedad de que se trate, así como los tratamientos respectivos, a fin de fortalecer la autonomía de la voluntad del paciente y posibilitar que el otorgamiento del formato o documento de voluntad anticipada sea resultado de un análisis y deliberación personal previa, sobre la base de dicha información.

La autonomía de la decisión no puede ser absoluta, sino que tiene unos límites que inician en donde comienzan los derechos y el bienestar propio y el de los demás; el objetivo principal de tomar decisiones autónomas es que sean racionales, justas y proporcionadas al auténtico bien del implicado. El respeto a la persona que está en condiciones de perder la vida comprende primero y en esencia esta calidad de vida; sin embargo, va más allá; el respeto se obtiene de acuerdo con lo que la persona considera valioso o digno. Existe un delicado conflicto entre la auténtica necesidad de limitar el esfuerzo terapéutico e impedir un tratamiento cuando ya no hay nada qué hacer objetivamente, lo que

11 Francisco Javier León Correa, "Las voluntades anticipadas: análisis desde las experiencias en ética clínica", *Revista Colombiana de Bioética* 3, n.° 2 (2008): pp. 83-101, ISSN: 1900-6896, consultado el 26 de abril de 2021, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189214386006

12 Piedad Lucía Bolívar Góez y Gómez Córdoba Ana Isabel, *Op. Cit*.

13 *Ibídem*.

14 Ley de voluntad anticipada, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 2008.

permite un cauce natural de la muerte y el derecho primario a la vida, el cual no puede ser intercambiable con la justicia, la compasión o la solidaridad.[15]

En México, la cuestión sobre las decisiones al final de la vida incluye la muerte asistida. Las reflexiones parten de algunos indicadores nacionales de mortalidad en nuestro país, donde el fenómeno de muerte en hospitales apenas comienza a igualarse con el número de muertes que venían ocurriendo fuera de ellos. Por lo anterior y a diferencia de otros países, el foco de atención en las cuestiones relacionadas con el final de la vida no deberá centrarse exclusivamente en el ámbito hospitalario. También se presentan algunos argumentos internacionales, elementos de la legislación vigente, así como la influencia de los paternalismos médicos y jurídicos.[16]

Es determinante definir con claridad en qué consiste el documento de voluntad anticipada, pues tiene algunas semejanzas con un testamento, además de que las razones para elaborarlo son también similares. En un testamento una persona indica su deseo de cómo ha de disponerse de sus bienes cuando haya fallecido; mientras que en un documento de voluntad anticipada una persona indica cómo quiere que se disponga de sus bienes más preciados: su salud, su cuerpo y su vida, en un momento cercano a la muerte. La diferencia radica en que ambos documentos son dispositivos sobre el destino, pero en el testamento es sobre los bienes y el documento de voluntad anticipada es sobre la disposición de su cuerpo y vida. Además, el testamento solo puede surtir efectos una vez que el testador haya fallecido, y en el caso del documento de la voluntad anticipada, surte efecto cuando el titular decida ya no someterse a ningún tratamiento médico y dar inicio a la decisión anticipada.[17]

Voluntad anticipada

La voluntad anticipada se refiere al documento mediante el cual una persona declara en plenitud de sus facultes mentales y por escrito sus deseos respecto a ciertas intervenciones médicas, dirigido al personal sanitario y a otras perso-

15 Luz María Pichardo García, María de la Luz Casas Martínez, Mónica Jaimes Palomera, Alma Guadalupe Sotelo Méndez, Ana Paula Sosa Delgado, Andrea Quintero Luna y Tanit Lanie López Vergara Anaya, "Términos que facilitan las decisiones de fin de vida. ¿Es necesario prepararse para una buena muerte?", *An Med (Mex)* 62, n.° 4 (2017): pp. 266-270.

16 Edith González Moreno, "Decisiones al final de la vida en México", *Entreciencias: Diálogos en la sociedad del conocimiento* 3, n.° 8 (2015): pp. 267-278.

17 Estefanía Altamirano Jiménez, "Naturaleza jurídica del documento de voluntad anticipada", *AUSJAL* (2015).

nas significativas. Lo realiza una persona llamada otorgante, capacitada para tomar decisiones sobre los cuidados de su salud. Así, tales deseos deben ser respetados y cumplidos por el médico o el equipo sanitario cuando la persona se encuentre en estado de aplicar lo que se estableció en ejercicio; otra manera de expresarlo es el pronunciamiento escrito y previo por el cual una persona físicamente capaz da instrucciones respecto al tratamiento médico que desea o no recibir en el supuesto de padecer una enfermedad terminal, a efecto de que se le garantice el derecho a morir humanamente y se evite a su persona perder la dignidad humana.[18]

La muerte no es un acto en sí, es un proceso inevitable y personal, la sociedad mexicana hasta el día de hoy no está preparada para asumir la muerte desde cualquier punto de vista, por lo que es necesario crear un nuevo modelo no solo para la persona, sino también para el médico y el personal de salud que lo asiste. La difusión sobre casos extraordinarios llevados al conocimiento público por los medios de comunicación ha generado un fuerte interés en la población y propicia un cambio en su actitud en relación con su aceptación, es justo aquí donde el concepto de dignidad humana ha adquirido un especial impulso y se ha utilizado con propósitos persuasivos, en específico por parte de quienes promueven la humanización del morir. En efecto, a toda persona le corresponden los derechos a morir con dignidad y por consiguiente el derecho a mantener un diálogo abierto y una relación de confianza con el equipo médico; el derecho al respeto de su libertad de conciencia; el derecho a saber en todo momento la verdad sobre su estado; el derecho a no sufrir inútilmente y a beneficiarse de las técnicas médicas disponibles que le permitan aliviar su dolor; el derecho a decidir su propio destino y a aceptar o rechazar las intervenciones quirúrgicas a las que le quieran someter; así como el derecho a rechazar tratamientos excepcionales o desproporcionados en fase terminal.

El problema de la muerte o tener que enfrentarse al final inevitable de la vida ha preocupado a la humanidad desde siempre. Por esta razón, la actuación del profesional sanitario en los últimos momentos de vida de sus pacientes se ha resuelto de manera tradicional de acuerdo con sus criterios personales o en ocasiones de forma conjunta con la familia del enfermo, pero en la actualidad debe considerarse como un apoyo o un complemento a la decisión que tome el propio afectado con o sin ayuda de su familia. Quizá por esta razón, la actuación del profesional sanitario en el tramo final de la vida de

18 Lucerito Ludmila Flores Salgado, *Op. Cit.*

sus pacientes se ha enmarcado en la toma de decisiones individuales, o bien, de forma conjunta con la familia del enfermo, debatiéndose entre su máxima aspiración de salvar esa vida y la aceptación del desenlace inevitable como consecuencia de la enfermedad.

Todavía, la intervención del profesional suele ir en la línea de hacer algo más para retrasar ese momento final, obstinándose en aceptar la finitud del proceso, sin procurar ningún bien al paciente ni a su familia y prolongando una situación de sufrimiento. Por fortuna, poco a poco se ha interiorizado la obligación ética de identificar el momento en el que hay que decir basta y limitarse a acompañar al paciente en su proceso de muerte.

Como ya es bien sabido, la voluntad anticipada aparece en el año 2008 en México y es una institución relativamente nueva en la legislación y ámbito jurídico del país, por lo cual su difusión ha sido muy escasa y de corto alcance para la población en general; además, su incorporación dentro de las legislaciones locales de las entidades federativas ha sido parcial, donde dejan que la naturaleza siga su propio curso cuando ya no hay remedio para una persona que se encuentra en la parte final de su existencia; es decir, es la muerte correcta que se encuentra eximida de responsabilidad para quien la ejecuta.

La voluntad anticipada es la decisión personal de ser sometido o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar la vida de un individuo que se encuentra en etapa terminal.[19] El documento que la respalda es de carácter público y está suscrito ante notario público. El desarrollo de dicha normativa se vincula directamente a dos acontecimientos: el primero, el consentimiento informado en razón de la autonomía, y el segundo, al temor generado a la obstinación terapéutica y prolongación de sufrimiento.[20]

En un primer momento el documento que contenía esa manifestación de voluntad fue designado como testamento vital (*living will*), a pesar de que, en puridad, no se trata de un negocio *mortis causa*, principalmente porque sus efectos se producen en vida del otorgante y su contenido típico no refiere a aspectos patrimoniales.[21] Se tiene que redefinir la cuestión conceptual en torno a la voluntad anti-

19 Karina Yesenia Hernández Sandoval, *El derecho de los enfermos terminales a tener una muerte digna. Voluntades anticipadas en el marco normativo e institucional del estado de Nayarit* (México: Universidad Autónoma de Nayarit, 2016).

20 Wendy Jiménez López, Jorge Alberto Amaya Aguilar, Martha Lilia Bernal Becerril y Karla Daniela Regalado Castro, "La Autonomía del Paciente ante la Voluntad Anticipada", *Revista CuidArte* 8, n.° 16 (2019): pp. 44-53.

21 Howard Zuluaga y Martín Aparicio, "Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la

cipada, pues como se ha visto no necesariamente debe recaer sobre el testamento vital, y no es posible imponerse a la indisponibilidad del derecho a la vida.[22]

Conclusiones

Desde lo jurídico la voluntad anticipada se considera como la declaración unilateral de la voluntad emitida libremente por una persona adulta y con plena capacidad de obrar, donde se pueden indican las actuaciones que deben seguirse en relación con los tratamientos y cuidados de su salud y tras su muerte. El perfil de las personas o las circunstancias bajo las cuales se elaboran las directrices anticipadas pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: cuando la persona se encuentra al final de la vida o en el inicio de una enfermedad terminal o crónico-degenerativa. En este sentido, y debido a que los avances en la medicina repercuten en la prevención, diagnóstico y pronóstico, cada día se sabe más sobre la naturaleza y posible evolución de las enfermedades, por lo que se ofrece a los pacientes la oportunidad de prever —al menos en cierta medida— el probable camino que adoptará su enfermedad y, en consecuencia, el saber médico le brinda la posibilidad de ponderar por adelantado las diferentes alternativas terapéuticas que existen para tomar decisiones acerca de los futuros tratamientos de los que dependerá su vida.

Por lo tanto, se puede concluir que es un derecho humano que la ley o el Estado promueva la voluntad anticipada con la finalidad de otorgar los diferentes beneficios o garantías al paciente y con ellos afrontar su enfermedad y realizar las encomiendas que considere en sus deseos. Cabe mencionar que es necesario un diagnóstico que avale la enfermedad para que el propio paciente cuente con las herramientas para calificar la enfermedad como terminal, incurable e irreversible, razón suficiente para exigir que dicho diagnóstico sea certificado por el médico tratante, para luego ser ratificado por un segundo médico. Tanto la certificación como la ratificación deben ser incluidas en la historia clínica del paciente, para así proceder con la realización de la voluntad anticipada ante un notario público.

Bibliografía

Altamirano Jiménez, Estefanía. “Naturaleza jurídica del documento de voluntad anticipada”, *AUSJAL* (2015).

Bolívar Góez, Piedad Lucía y Gómez Córdoba, Ana Isabel. “Voluntades anticipadas al final de la vida.

persona”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* (2014): pp. 173-196.

22 *Ibídem*.

Una aproximación desde la regulación colombiana y en el derecho comparado", *Revista Latinoamericana de Bioética* 16, n.° 1 (2016): p.6.

Flores Salgado, Lucerito Ludmila. "Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México", *Revista IUS* 9, n.° 36 (2015): pp. 155-178.

Gaceta Oficial del Distrito Federal. Ley de voluntad anticipada, 2008.

Gaona-Flores, Verónica Alejandra; Campos-Navarro, Luz Arcelia; Ocampo-Martínez, Joaquín; Alcalá-Martínez, Enrique y Patiño-Pozas, Margarita. "La «voluntad anticipada» y su conocimiento por médicos en hospitales de tercer nivel", *Gaceta Médica de México 152* n.° 4 (2016): pp. 486-494.

González Moreno, Edith. "Decisiones al final de la vida en México", *Entreciencias: Diálogos en la sociedad del conocimiento* 3, n.° 8 (2015): pp. 267-278.

Hernández Sandoval, Karina Yesenia. *El derecho de los enfermos terminales a tener una muerte digna. Voluntades anticipadas en el marco normativo e institucional del estado de Nayarit*. México: Universidad Autónoma de Nayarit, 2016.

Jiménez López, Wendy; Amaya Aguilar, Jorge Alberto; Bernal Becerril, Martha Lilia Regalado Castro, y Karla Daniela. "La Autonomía del Paciente ante la Voluntad Anticipada", *Revista CuidArte* 8, n.° 16 (2019): pp. 44-53.

León Correa, Francisco Javier. "Las voluntades anticipadas: análisis desde las experiencias en ética clínica", *Revista Colombiana de Bioética* 3, n.° 2 (2008): pp. 83-101, ISSN: 1900-6896. Consultado el 26 de abril de 2021. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189214386006

Manzini, Jorge L. "Fundamentación bioética de la llamada 'adecuación del esfuerzo terapéutico' en el final de la vida", *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina* 9, n.° 3 (2015).

Noriega Maldonado, Adriana y García Avilés, Angélica. "De la Eutanasia a la voluntad anticipad", *IBN SINA* 9, n.° 2 (2018): pp. 1-12.

Panchi Vanegas, Virginia Pilar; Guadarrama Guadarrama, Rosalinda; Vargas Cancino, Hilda y Márquez Mendoza, Octavio. "Miedo a la muerte dolorosa, un factor que detona la voluntad anticipada de los académicos universitarios", *Revista RedCA* 1, n.° 2 (2018): pp. 159-177.

Pichardo García, Luz María; Casas Martínez, María de la Luz; Jaimes Palomera, Mónica; Sotelo Méndez, Alma Guadalupe; Sosa Delgado, Ana Paula; Quintero Luna, Andrea y López Vergara Anaya, Tanit Lanie. "Términos que facilitan las decisiones de fin de vida. ¿Es necesario prepararse para una buena muerte?", *An Med (Mex)* 62, n.° 4 (2017): pp. 266-270.

Zuluaga, Howard y Aparicio, Martín. "Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* (2014): pp. 173-196.

CAPÍTULO IV

El derecho al libre tránsito y las restricciones a la movilidad en tiempos de pandemia: el caso de México

Arturo Villarreal Palos[1]

En el presente trabajo se analizan las medidas implementadas por el gobierno mexicano en el ámbito de la pandemia provocada por el virus Sars-Cov2 (covid-19), particularmente las relativas a movilidad, así como el marco jurídico aplicable en este tipo de situaciones.

Introducción

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, una pandemia es una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región. A lo largo de la historia, la humanidad ha tenido que lidiar con varias pandemias, si bien no todas de igual dimensión.

La pandemia de influenza de 1918 fue la más grave de la historia reciente, estimándose que alrededor de 500 millones de personas o un tercio de la población mundial de la época se infectaron con este virus, causando alrededor de 50 millones de muertes en todo el mundo y 675 000 en los Estados Unidos.[2] En el caso de México, se ha calculado un porcentaje aproximado de 500 000 muertos.[3]

1 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor Investigador Titular en el Departamento de Derecho Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara, Investigador Nacional Nivel II y Miembro del Cuerpo Académico Consolidado Derechos Humanos y Estado de Derecho, UDG-CA-476.

2 Ver: "1918 Pandemic (H1N1 virus)", Centers For Disease Control And Prevention, U.S. Federal Government, obtenido el 14 de septiembre de 2020, https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/1918-pandemic-h1n1.html

3 Carlos Arellano González, "Y un siglo después, el jinete del apocalipsis volvió. La 'gripe española'

El número de personas contagiadas por el actual virus Sars-Cov2 (covid-19), de acuerdo con el corte al 17 de noviembre de 2020 del Centro de Recursos sobre el Coronavirus de la Universidad Johns Hopkins de los Estados Unidos, un total de 55 243 538 de personas a nivel mundial, mientras que el número de muertos a causa de la enfermedad llega a 1 330 930. En los Estados Unidos se tienen 11 218 305 de casos de contagio confirmados y la letalidad alcanza la cifra de 247 263 personas.[4] En el caso de México, según la misma institución, se tienen confirmados 1 009 396 contagios, con un número de personas fallecidas que llega a los 98 861.[5]

La gravedad de este fenómeno es evidente, por lo que la Organización Mundial de la Salud no dudó en calificarlo como una pandemia a partir de su evaluación del 11 de marzo de 2020.[6] Como un grave problema de salud pública, la pandemia del covid-19 ha sido enfrentada de diversas maneras en cada país, pero en prácticamente todos —salvo el caso de Suecia—,[7] la estrategia ha incluido restricciones a la movilidad de sus habitantes.

En el presente trabajo se analizan las medidas implementadas por el gobierno mexicano en el ámbito de la pandemia, particularmente las relativas a movilidad, así como el marco jurídico aplicable en este tipo de situaciones.

El derecho al libre tránsito

La Constitución Federal mexicana, en su artículo 11.°, establece textualmente que:

> Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsa-

en México". La Jornada, 14 de abril de 2020. Consultado el 14 de mayo de 2020, https://www.milenio.com/cultura/gripe-espanola-pandemia-1918-mato-miles-mexico

4 Ver: "Covid-19 in the USA", Johns Hopkins University, Coronavirus Resource Center, consultado el 17 de noviembre de 2020, https://coronavirus.jhu.edu/

5 Ver: "Covid-19, World Countries. Mexico", Johns Hopkins University, Coronavirus Resource Center, consultado el 17 de noviembre de 2020 https: https://coronavirus.jhu.edu/region/mexico

6 "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", Organización Mundial de la Salud, consultado el 15 de noviembre de 2020, https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19

7 Ver: María Elena Navas. "Coronavirus en Suecia: el debate que despierta la singular estrategia del país europeo de no confinar a su población durante la pandemia", BBC News Mundo, 18 mayo 2020, consultado el 20 de octubre de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52690735

> bilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

El párrafo en cuestión ha permanecido inalterado desde su adopción en 1917, si bien posteriores reformas, en 2011 y 2016, adicionaron y perfeccionaron un segundo párrafo para contemplar los derechos de asilo y refugio, lo cual no abordaremos en este trabajo. De acuerdo con Jesús Rodríguez y Rodríguez a partir de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de cuyos artículos 4.° y 7.° se desprendía implícitamente la libertad de ir, venir y residir, la libertad de tránsito pasaría a formar parte del derecho público interno de los países organizados bajo el régimen liberal democrático[8] y es ahora reconocida como componente imprescindible del derecho internacional de los derechos humanos, según se desprende de los artículos 13.° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, del artículo 12.° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

No obstante, tal y como se prevé expresamente en el artículo 11.° de la Constitución mexicana y los referidos Pacto Internacional de Derechos Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos, la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, sino que puede sufrir limitaciones —entre otras razones— por cuestiones de salud pública, que son las que en este momento nos interesan.

Sobre este particular, la constitución nacional, en su artículo 73.°, fracción XVI, señala que entre las facultades del Congreso se encuentra la de dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República y, enseguida, agrega cuatro bases para regular la actuación del Consejo de Salubridad General (CoSG), dependiente directamente del presidente, indicando que sus disposiciones generales serán obligatorias en el país y que las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o

8 Ver: Jesús Rodríguez Rodríguez, "Libertad de Tránsito", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 6ª edición (México, Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993) Tomo III, p. 2016 y ss.

degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

Asimismo, se agrega que, en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaria de Salud tendrá´ obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la república y que la autoridad sanitaria será´ ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

Lo anterior —de acuerdo con Cossío Díaz y colaboradores— nos muestra las diferentes funciones que se le confirieron a cada órgano, pues, por una parte, "se faculta al CoSG a emitir medidas de prevención y combate de fenómenos que afecten a la salud pública y, por el otro, se faculta a la Secretaria de Salud para dictar medidas preventivas en caso de urgencia".[9] No obstante, de ello desprendemos que son dos las autoridades que eventualmente pueden establecer regulaciones que, entre otras, restrinjan el derecho al libre tránsito con motivo de una emergencia sanitaria: el CoGS y la Secretaría de Salud.

Las disposiciones relativas al CoSG y a la autoridad sanitaria no estaban contempladas en el proyecto original de la Constitución de 1917 y en realidad su ubicación resulta ser un poco extraña, pues no aluden a facultades del Congreso, sino que se trata de atribuciones del Poder Ejecutivo; sin embargo, fueron propuestas por un grupo de constituyentes encabezados por el Doctor José María Rodríguez al momento de discutir la fracción XVI del artículo 73.° Constitucional.

Los promotores de la adición —que posteriormente fue aprobada— argumentaron que la mortandad en México era "la más grande del mundo", por lo que era indispensable que la autoridad sanitaria fuera la que cargase sobre sus hombros la tarea de enfrentarla y que, asimismo, había que regular el comercio de sustancias nocivas para la salud; se refirió, además, que si la autoridad sanitaria no tenía un dominio general sobre la salubridad de la república, esta dejaría de ser efectiva, como de hecho sucedió en algunos estados del país, en donde los gobernadores no tomaron medidas oportunas y adecuadas para enfrentar epidemias. La conclusión señala que la unidad sanitaria de salubridad

9 Ver: José Ramón Cossío Díaz, Lorena Goslinga Remírez, Raúl Manuel Mejía Garza y Rodrigo Montes De Oca Arboleya, "Reflexiones constitucionales sobre el Consejo de Salubridad General". *Gaceta Médica de México* 149, n° 6, (noviembre-diciembre de 2013), p. 357.

debía ser general, debía afectar a todas las entidades del territorio nacional, debía llegar a todos los confines y debería ser acatada por todas las autoridades administrativas, pues "en los pueblos civilizados, sin excepción, la autoridad sanitaria es la única tiranía que se soporta en la actualidad, porque es la única manera de librar al individuo de contagios".[10]

Como antecedente de esta cuestión, en la propia iniciativa se menciona al "Consejo de Salubridad General", el cual según explican otros autores, fue establecido originalmente en la ciudad de México en enero de 1841, aunque en esa época no era totalmente respetado debido a la inestabilidad política generada por la pugna centralista-federalista, siendo hasta 1879 cuando se hizo autónomo, lo cual agilizó sus actividades, ya que solo tenía que informar a la Secretaría de Gobernación y no a las dependencias de cada estado. Este Consejo, en 1910, todavía realizó un análisis sanitario de la República mexicana.[11]

En el plano legislativo, la Ley General de Salud desarrolla las funciones del CoSG y en el artículo 15.°, si bien se reconoce que es un órgano que depende directamente del Ejecutivo, se señala que su presidente será el secretario de Salud, agregando que el Consejo se integrará, además, por un secretario y trece vocales titulares, dos de los cuales serán los presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía y los vocales que su propio reglamento determine, todos ellos designados o removidos por el presidente de la república.

De acuerdo con el artículo 17.° de la misma ley, además de las funciones previstas constitucionalmente, se otorgan al Consejo algunas tareas consultivas o de opinión sobre programas y proyectos de investigación científica, de formación de recursos humanos para la salud, establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud y sugerencias al Ejecutivo Federal tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud.

Asimismo, se le encomienda adicionar las listas de establecimientos destinados al proceso de medicamentos y las de enfermedades transmisibles

10 Ver: Cámara de Diputados. *Los Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus Constituciones*. 2ª edición, (México: Librería de Manuel Porrúa, 1978), Tomo VI, pp. 743-754.

11 Ana Cecilia Rodríguez De Romo y Martha Eugenia Rodríguez Pérez, "Historia de la salud publica en México: Siglos XIX y XX", *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* 5, n° 2 (julio-octubre de 1998): pp. 293-310, consultado el 20 de octubre de 2020: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701998000200002

prioritarias y no transmisibles más frecuentes, así´ como las de fuentes de radiaciones ionizantes y de naturaleza análoga; elaborar el Compendio Nacional de Insumos para la Salud; participar, en el ámbito de su competencia, en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; proponer a las autoridades sanitarias el otorgamiento de reconocimientos y estímulos para las instituciones y personas que se distingan por sus méritos a favor de la salud y analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas.

Según lo han destacado Cossio Díaz y colaboradores, todas estas, en unión de otras adiciones legales, han tendido a delimitar el campo de acción del CoSG y de algún modo a relegarlo a un mero papel consultivo y de dependencia de una Secretaría de Estado, lo que no es acorde al modelo constitucional que lo instituyó como la máxima autoridad sanitaria del país y con el mismo rango que el de la Secretaria de Salud. Sin embargo, los mismos autores destacan la facultad del Consejo —que, desde luego, permanece intocada— para emitir disposiciones y normas de observancia general en los diferentes ámbitos que componen la materia de salud en nuestro país sin necesidad de fundamentarse en una ley previa, con la excepción de lo prescrito respecto a las medidas tomadas en contra del alcoholismo, la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la especie humana y la contaminación ambiental, que podrán ser revisadas posteriormente por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.[12]

De otra parte y en cuanto a la actuación de la Secretaría de Salud en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, los artículos 181.° a 184.° de la Ley General de Salud establecen el procedimiento de "acción extraordinaria en materia de salubridad general", indicando que en caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país, la Secretaría de Salud dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el presidente de la república, todo ello sin perjuicio de la intervención que corresponda al CoSG y a la Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Se sigue diciendo que en estos casos el Ejecutivo Federal podrá declarar, mediante decreto, la región o regiones amenazadas que quedan sujetas,

12 Ver: Cossío Díaz et. al., *Op. Cit.*, pp. 360-361.

durante el tiempo necesario, a la acción extraordinaria en materia de salubridad general, la cual será ejercida por la Secretaría de Salud, conforme a las siguientes atribuciones:

a) "Encomendar a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias y obtener para ese fin la participación de los particulares;
b) Dictar medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de ellas en las poblaciones y con los regímenes higiénicos especiales que deban implantarse, según el caso;
c) Regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así´ como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos estos últimos;
d) Utilizar libre y prioritariamente los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así´ como las transmisiones de radio y televisión".

Como podemos observar, se trata de herramientas muy poderosas que, de usarse, pueden limitar el libre tránsito en todo el país o en una o varias regiones, facultad que implícitamente también tiene el CoSG. No obstante, existen otras medidas que las autoridades sanitarias pueden tomar para proteger la salud de la población y que no están sujetas a la expedición de un decreto, sino que basta con que se dicte un acuerdo debidamente fundado y motivado. El ordenar o ejecutar estas medidas, que se denominan "medidas de seguridad", compete a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de actuación. Por tanto, no se trata en estos casos de medidas de orden general, sino circunscritas a un ámbito espacial y temporal más limitado.

De acuerdo al artículo 404.° de la Ley General de Salud, son medidas de seguridad sanitaria las siguientes: 1) el aislamiento; 2) la cuarentena; 3) la observación personal; 4) la vacunación de personas; 5) la vacunación de animales; 6) la destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva; 7) la suspensión de trabajos o servicios; 8) la suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud; 9) la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud; 10) el aseguramiento y destrucción de objetos, productos o substancias; 11) la desocupación o desalojo de casas,

edificios, establecimientos y, en general, de cualquier predio; 12) la prohibición de actos de uso; y 13) las demás de índole sanitaria que determinen las autoridades sanitarias competentes, que puedan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud. Dado que pueden tener efecto en la libertad de tránsito, solo me referiré a las medidas de aislamiento y cuarentena.

Por aislamiento, acorde al artículo 405.° de la ley, se entiende la separación de personas infectadas, durante el periodo de transmisibilidad, en lugares y condiciones que eviten el peligro de contagio; deberá ser ordenado por escrito y por la autoridad sanitaria competente, previo dictamen médico y durará el tiempo estrictamente necesario para que desaparezca el peligro.

Respecto a la cuarentena (artículo 406.°), se entiende la limitación a la libertad de tránsito de personas sanas que hubieren estado expuestas a una enfermedad transmisible, por el tiempo estrictamente necesario para controlar el riesgo de contagio. Igualmente deberá ordenarse por escrito, previo dictamen médico, y consistirá´ en que las personas expuestas no abandonen determinado sitio o se restrinja su asistencia a determinados lugares.

Son estas las únicas medidas de restricción al libre tránsito y que también llevan implícitas restricciones o limitaciones a la libertad personal y que suelen replicarse en los ámbitos estatales. Por ejemplo, la legislación del estado de Jalisco también prevé medidas de seguridad sanitaria aplicables para la prevención y control de enfermedades transmisibles que son limitativas de la libertad personal y de tránsito, tales como el aislamiento y la cuarentena, las cuales se ordenarán por escrito, previo dictamen médico y durarán el tiempo estrictamente necesario para que desaparezca el peligro.

Medidas adoptadas por las autoridades mexicanas en el marco de la pandemia generada por el virus SARS-Cov2 (COVID-19)

Como vimos anteriormente, los escenarios previsibles como respuesta a una pandemia en nuestro país pudieron haber sido tres: 1) disposiciones y normativas de aplicación general en toda la república por parte del Consejo de Seguridad General; 2) expedición de un decreto del Ejecutivo Federal declarando la región o regiones amenazadas que quedarían sujetas, durante el tiempo necesario, a la acción extraordinaria en materia de salubridad general; y 3) las adopción de medidas sanitarias de seguridad por parte de la Federación y

los Estados. Y aquí, el camino adoptado fue el de la expedición de normas de aplicación general por parte del Consejo de Seguridad General, que fueron ejecutadas por la Secretaría de Salud y complementadas por medidas sanitarias en el ámbito de los Estados.

El punto de partida fue el Acuerdo por el que el CoSG declaró como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus Sars-Cov2 (covid-19) y encomendó a la Secretaría de Salud que determinara todas las acciones que resultaran necesarias para atender la emergencia, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (dof) el 30 de marzo de 2020. Se indicó que el Acuerdo entraría en vigor el día de su publicación y estaría vigente hasta el 30 de abril de 2020. Sin embargo, hasta la fecha no se ha declarado oficialmente el fin de la emergencia sanitaria. Concomitantemente a lo anterior, en la misma fecha, el CoSG acordó y publicó las medidas se seguridad sanitaria a adoptar durante la emergencia, de las que retomo las principales:

En primer término, la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril 2020, de actividades no esenciales en los sectores público, privado y social, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus Sars-Cov2 en la comunidad. Se exhortó a toda la población residente en el territorio mexicano —incluida la que arribase al mismo procedente del extranjero y que no participara en actividades laborales esenciales—, a cumplir resguardo domiciliario corresponsable del 30 de marzo al 30 de abril 2020, entendiendo como resguardo domiciliario corresponsable a la limitación voluntaria de movilidad y a permanecer en el domicilio particular la mayor parte del tiempo posible.

Se agregó que el resguardo domiciliario corresponsable se aplicaría de manera estricta a toda persona mayor de 60 años de edad o con diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes, enfermedad cardiaca o pulmonar, inmunosupresión (adquirida o provocada), en estado de embarazo o puerperio inmediato, independientemente de si su actividad laboral se considera esencial. El personal esencial de interés público podría, de manera voluntaria, presentarse a laborar.

Al día siguiente, en el dof se publicó el Acuerdo del Secretario de Salud por el que reitera las medidas arriba enunciadas, mismo que se modificó el 21 de abril para extender la suspensión de actividades no esenciales hasta el 30

de mayo para, finalmente, el 14 de mayo del mismo año publicar el Acuerdo por medio del cual se estableció la estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como establecer acciones extraordinarias, consistiendo la estrategia en la reapertura de actividades de una manera gradual, ordenada y cauta. Para finales de 2020, el país todavía se encontraba en esta etapa, caracterizada por semáforos de riesgo.

Los gobiernos estatales, por su parte, tomaron también medidas reiterativas o adicionales de las disposiciones federales, a fin de dar legitimidad a la actuación de las autoridades locales y, en algunos casos, se adelantaron al accionar federal —por ejemplo, 10 estados decretaron la suspensión de actividades escolares desde el 17 de marzo y no hasta el 20 como lo proponía el gobierno federal—. Asimismo, prácticamente todas las entidades federativas han promovido políticas que no ha impulsado la autoridad de salud federal, como el uso masivo de cubrebocas y, en algunos casos, la realización de pruebas rápidas para detectar infección por COVID-19.

En el estado de Jalisco el primer Acuerdo con motivo de la pandemia se publicó en el Periódico Oficial del Estado el 19 de abril de 2020. En este Acuerdo —al igual que el federal— se decretó el resguardo domicilio corresponsable de toda persona que se encontrara en el territorio del estado, el cual, de manera también corresponsable, debería aplicarse de manera estricta y sin excepción por los grupos considerados de alto riesgo (personas mayores de 60 años de edad, embarazadas o puerperio inmediato o con diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes mellitus, enfermedad cardiaca o pulmonar crónica, inmunosupresión adquirida o provocada, así como insuficiencia renal y hepática).

Se reiteró la suspensión inmediata de actividades definidas como no esenciales por la federación hasta el 17 de mayo y, entre otras, se establecieron las siguientes medidas de seguridad sanitaria: lavado de manos frecuente, sana distancia y saludo a distancia entre personas, estornudo seguro utilizando antebrazo o pañuelo y uso obligatorio de cubrebocas en cualquier espacio público. Se prohibieron, además, eventos sociales de más de 50 personas y festividades patronales, cívicas o comunitarias y el uso de espacios públicos

como unidades deportivas, plazas, jardines y jardines municipales, equipamiento cultural, centros barriales o comunitarios y demás análogos. Se indicó que el incumplimiento de la medida sanitaria relativa a la prohibición del uso de espacios públicos sería sancionado con arresto, de conformidad con la Ley General de Salud y la Ley de Salud Estatal. Finalmente, se dispuso que los establecimientos que se dedicaran a actividades esenciales que no cumplieran con las medidas de seguridad sanitaria serían clausurados.

El 17 de mayo de 2020 se publicó un nuevo Acuerdo del Poder Ejecutivo del Estado, en el que se reiteraron las medidas anteriormente descritas y se señaló que la reapertura de actividades económicas sería de manera gradual, ordenada y cauta, conforme a los dispuesto en el Plan Jalisco para Reactivación Económica aprobado por la Comisión Interinstitucional para la Reactivación Económica del Estado de Jalisco, lo que, en efecto, se ha venido haciendo de manera gradual. Con posterioridad se han emitido 19 acuerdos más relacionados con el COVID-19, siendo el último de ellos de fecha 30 de septiembre de 2020, por el que se indicó que las medidas de seguridad sanitaria estarían vigentes hasta el 31 de octubre de 2020, plazo que se ha venido ampliando.

Sin embargo, es importante hacer mención del Acuerdo de fecha 9 de julio de 2020, por el que la Comisión para la Reactivación Económica aprobó que, en caso de ser necesario, se implementaría un mecanismo extraordinario para cortar la cadena de contagios, denominado "botón de emergencia", que significaría cerrar toda la industria, el comercio y los servicios por 14 días y solo se mantendría la operación de los servicios de salud, de seguridad y los relacionados con abasto de alimentos. Dada la situación imperante en Jalisco, este botón hubo de activarse por primera el viernes 30 de octubre para finalizar el 13 de noviembre de 2020, si bien en una modalidad menos agresiva para las actividades económicas, suspendiendo actividades no esenciales únicamente por las noches de lunes a viernes y fines de semana completos. Una vez finalizado el paro decretado por el botón de emergencia, las medidas sanitarias esenciales han seguido vigentes.

Comentarios y conclusiones finales

La pandemia provocada por el virus SARS-COV2 (COVID-19) ha supuesto una amenaza importante para la vida humana y un desafío para los sistemas de salud pública que no habíamos visto en más de un siglo. En el caso de México,

no ha habido un tratamiento uniforme en cuanto a la respuesta estatal, pues las políticas públicas federales han sido más bien de tibieza, dejando a los estados una gran parte de la responsabilidad, que han venido enfrentando según sus particulares circunstancias.

La ola mundial de "rebrotes" de contagio, también presente en nuestro país, ha obligado a regresar a etapas de restricción que se pensaban superadas o medianamente superadas, lo que demuestra que el virus no se ha ido nunca, sino que ha estado ahí todo el tiempo y que más bien su reaparición se debe al relajamiento de las medidas sanitarias.

Si bien la existencia de una vacuna parece que se encuentra más cerca de lo esperado, según el anuncio de las empresas Pfizer y BioNTech hecho a principios de noviembre, la posibilidad de inocular primero a los grupos de riesgo y luego a toda la población, es algo que no se avizora en el corto plazo. México es ahora un país con 127 millones de habitantes; imaginemos lo que significa inmunizar a ese número de personas, por lo que, de seguro, ello será una tarea lenta que quizá alcance su objetivo en uno o dos años a partir de la existencia y envasado de la vacuna, por lo que la mejor prevención sigue siendo por ahora respetar las medidas sanitarias.

Ahora bien y volviendo al punto de inicio de este trabajo, en los casos de pandemias o emergencias sanitarias, las restricciones a la movilidad son perfectamente factibles dentro del marco constitucional y convencional existente. En nuestro país existen dos posibilidades, la primera por disposiciones de orden general del CoSG que pueden dictarse sin limitación alguna; la segunda, mediante decreto presidencial que dicte medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de ellas en las poblaciones y regulación del tránsito terrestre, marítimo y aéreo.

Como vemos, son medidas muy fuertes de excepción, solo comparables a las que se prevén en el artículo 29.° Constitucional, respecto a los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, en donde el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá decretar la restricción o suspensión de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, ya sea en todo el país o en lugar determinado. Sin embargo, en nuestro país no se optó por utilizar esta

dura herramienta legal (restricciones forzosas a la movilidad en el territorio nacional), prefiriéndose el denominado "resguardo domiciliario corresponsable", cuyo acatamiento es en esencia voluntario.

Otra medida —limitativa de la libertad deambulatoria— que pudo haberse adoptado fue el aislamiento de personas infectadas en lugares y condiciones que evitaran el peligro de contagio e, incluso, la cuarentena de personas sanas que hubieren estado expuestas a la enfermedad transmisible. Pero —salvo en algunos casos de excepción como Michoacán— tampoco se consideró esta opción, lo que ha dejado el manejo de la transmisibilidad en buena parte a la autoconsciencia y al autocuidado, en gran medida por razones de la precariedad económica en México.

Al respecto, en el documento "Observaciones sobre Violaciones a Derechos Humanos durante la Contingencia Sanitaria por COVID-19", elaborado por la Subsecretaria de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación en abril de 2020, se destacó que en un país como México, donde más de la mitad de la población trabaja en el sector informal y alrededor del 42 por ciento viven en situación de pobreza, una medida coercitiva de restricción a la movilidad no resultaba eficaz y tendría efectos desproporcionales sobre esta población.

Además —como lo ha destacado Hidalgo Flores— si bien limitar la movilidad de personas podría evitar contagios, en el fondo provocaría que muchísimas personas en situación vulnerable se vieran privadas de un día para otro de los insumos necesarios para sobrevivir,[13] máxime en un escenario donde el gobierno federal no implementó o fomentó algún programa de apoyo económico de amplio espectro.

Algunos estados, sin embargo, establecieron medidas que, aunque no se anunciaron como limitativas de la libertad de tránsito, en los hechos si lo fueron. Por ejemplo, en el estado de Jalisco se colocaron filtros sanitarios en puntos clave de acceso, verificando en ellos —según la información oficial— el estado de salud de las personas que llegan y salen de la ciudad por medio de la toma de temperatura y un cuestionario y "si se detecta a algún ciudadano o ciudadana con síntomas, se le recomienda volver a su casa",[14] lo que en

13 Ver: Héctor Iván Hidalgo Flores, "La libertad de tránsito en tiempos del Covid-19". *Blog del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 19 de mayo de 2020, consultado el 15 de septiembre de 2020, https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-libertad-de-transito-en-tiempos-del-covid-19

14 Ver: "Secretaría de Seguridad mantiene presencia en filtros sanitarios para evitar propagación de

muchos casos supuso un forzado regreso que, en los hechos, se tradujo en una limitación al libre tránsito.

En otras entidades federativas, en cambio, sí se contemplaron declaradas acciones limitativas del libre tránsito. Tal fue el caso del decreto que el gobernador del estado de Michoacán publicó en el Periódico Oficial el lunes 20 de Abril de 2020 y por el que se estableció que durante la vigencia del mismo todos los habitantes de Michoacán únicamente podrían transitar por las vías de uso público de manera individual para la realización de determinadas actividades[15] y que, asimismo, la Secretaría de Seguridad Pública del Estado podría acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos, agregando que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes sería sancionado con arreglo a las leyes (estas sanciones podrían consistir en multa o trabajo comunitario).

Un caso parecido fue el del estado de Coahuila, en donde por decreto publicado en el *Periódico Oficial* de fecha 22 de abril de 2020, en términos similares a Michoacán, se restringió la modalidad de las personas para realizar solo determinadas actividades, imponiendo amonestación o multa a quienes transitaran fuera de los supuestos permitidos. Asimismo, por el decreto se establecieron filtros de control sanitario facultando a las autoridades para indicar a la persona con síntomas que tendría que regresar a su domicilio particular para mantenerse en aislamiento social y disminuir el riesgo de propagación de enfermedades transmisibles e indicando que la Secretaría de Seguridad Publica podría acordar el cierre de carreteras estatales o algunos tramos de ellas, así´ como restringir o no permitir la circulación de vehículos cuando se pusiese en riesgo la salud de las personas por la posible propagación del COVID- 19.[16]

covid-19", *Boletín de prensa del Gobierno del Estado de Jalisco*, 4 de mayo de 2020, consultado el 9 de noviembre de 2020, https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias/103248

15 Se señalaron las siguientes actividades: adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; asistencia a hospitales, servicios y establecimientos sanitarios; desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial en las áreas declaradas como actividades esenciales por la Federación; asistencia y cuidado a adultos mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; desplazamiento a entidades financieras y de seguros; por causa de fuerza mayor o situación de necesidad plenamente justificada; y cualquier otra actividad de naturaleza análoga.

16 El citado autor Héctor Iván Hidalgo Flores analiza la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de

Medidas similares, en cuanto a las restricciones a la movilidad de las personas y cierres a la circulación de calles, se establecieron en Baja California Sur, según decreto publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24 de abril de 2020. El documento de la Subsecretaria de Derechos Humanos, Población y Migración a que nos hemos referido antes, documentó otras medidas como el programa "Quédate en casa obligatorio fase 2", implementado por el gobierno del estado de Sonora y que imponía multas a las personas por incumplir el confinamiento obligatorio y facultando a las corporaciones policiales a arrestar con uso de la fuerza pública a las personas, así como el cierre de fronteras anunciado por los gobernadores de Coahuila, Tamaulipas y Nuevo León en los 21 puentes fronterizos existentes entre sus entidades con Estados Unidos.

Todas estas medidas, al carecer los gobernadores de facultades para restringir el libre tránsito, resultan ser contrarias a nuestro marco constitucional y convencional, según lo puso de relieve —en su momento— la Secretaría de Gobernación en abril de 2020 y pueden generar afectaciones indeseadas a los derechos humanos, por lo que más adecuado es sujetarse estrictamente al marco legal.

En síntesis, la pandemia generada por virus Sars-Cov2 (covid-19) ha puesto a México y al mundo en un escenario complicado en el que tanto la población como el gobierno deben marchar unidos. Esperemos que pronto podamos dar vuelta a la página y dejar lecciones para las generaciones futuras.

Bibliografía

Arellano González, Carlos. "Y un siglo después, el jinete del apocalipsis volvió. La 'gripe española' en México". La Jornada, 14 de abril de 2020. Consultado el 14 de mayo de 2020, https://www.milenio.com/cultura/gripe-espanola-pandemia-1918-mato-miles-mexico

Cámara de Diputados. *Los Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus Constituciones*. Tomo VI. 2ª edición. México: Librería de Manuel Porrúa, 1978.

Centers For Disease Control And Prevention, U.S. Federal Government. "1918 Pandemic (H1N1 virus)". Obtenido el 14 de septiembre de 2020. https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/1918-pandemic-h1n1.html

los decretos de Michoacán y Coahuila a la luz del artículo 29.° Constitucional (suspensión o restricción de derechos humanos) y sus correlativos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estimo, sin embargo, que las restriciones a la movilidad en tiempos de pandemia, acorde a nuestro marco constitucional, también pueden derivar, como lo he expuesto en este documento, por acuerdo del Consejo de Salubridad General o por Decretos del presidente de la República en términos de la Ley General de Salud.

Cossío Díaz, José Ramón; Goslinga Remírez, Lorena; Mejía Garza, Raúl Manuel y Montes De Oca Arboleya, Rodrigo. "Reflexiones constitucionales sobre el Consejo de Salubridad General". *Gaceta Médica de México* 149, n° 6, (noviembre-diciembre de 2013).

Gobierno de Jalisco. "Secretaría de Seguridad mantiene presencia en filtros sanitarios para evitar propagación de COVID-19". *Boletín de prensa del Gobierno del Estado de Jalisco*, 4 de mayo de 2020. consultado el 9 de noviembre de 2020. https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias/103248

Hidalgo Flores, Héctor Iván. "La libertad de tránsito en tiempos del Covid-19". *Blog del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 19 de mayo de 2020. Consultado el 15 de septiembre de 2020. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-libertad-de-transito-en-tiempos-del-covid-19

Johns Hopkins University, Coronavirus Resource Center. "Covid-19 in the USA". Consultado el 17 de noviembre de 2020. https://coronavirus.jhu.edu/

Johns Hopkins University, Coronavirus Resource Center. "Covid-19, World Countries. Mexico". Consultado el 17 de noviembre de 2020 https. https://coronavirus.jhu.edu/region/mexico

Navas, María Elena. "Coronavirus en Suecia: el debate que despierta la singular estrategia del país europeo de no confinar a su población durante la pandemia", BBC News Mundo, 18 mayo 2020. Consultado el 20 de octubre de 2020. https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52690735

Organización Mundial de la Salud. "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS". Consultado el 15 de noviembre de 2020. https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19

Rodríguez De Romo, Ana Cecilia y Rodríguez Pérez, Martha Eugenia. "Historia de la salud publica en México: Siglos XIX y XX", *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* 5, n° 2 (julio-octubre de 1998): pp. 293-310. Consultado el 20 de octubre de 2020. https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701998000200002

Rodríguez Rodríguez, Jesús. "Libertad de Tránsito". Tomo III. En Diccionario Jurídico Mexicano, 6ª edición. México, Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

CAPÍTULO V

Reflexiones en torno a la encíclica *Fratelli Tutti*, propuesta de un concepto de fraternidad jurídica que contribuya a un constitucionalismo global

***Alfonso Hernández Barrón*[1]**

A través de este trabajo se propone mostrar que el concepto de fraternidad, como se entiende en la encíclica *Fratelli Tutti*, emitida por el Papa Francisco I, es un principio jurídico que implica actuar en consonancia de las necesidades de las personas, y el cual se desprende de cualquier ordenamiento jurídico de una democracia constitucional, a efecto de contar a su vez con un cabal entendimiento de la dignidad. Con ello, se pretende trascender la conceptualización, más allá de la dimensión individual que se agota con el respeto a sus derechos humanos desde valores intrínsecos de la persona.

Para lograr dicho cometido, se pretende establecer un análisis del concepto que se tiene de dignidad humana en el sistema jurídico mexicano, a efecto de mostrar la importancia de la fraternidad dentro de esta y las repercusiones negativas que conlleva para la consolidación de la democracia constitucional el que no se incluya ni resulte indispensable en la conceptualización misma de lo que entendemos por dignidad.

Por último, este capítulo tiene por objeto el que se muestre la necesidad imperativa de transitar a un constitucionalismo global, a efecto de que se logre el pleno goce y disfrute de los derechos humanos, so pena de seguir

1 Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

una inercia generalizada que pone en riesgo la sustentabilidad y la democracia misma. Al desarrollar el principio de fraternidad se pretende abrir el debate para revolucionar los elementos de la democracia como forma de gobierno.

Contexto de la Encíclica *Fratelli Tutti*

La emisión de la publicación de la encíclica *Fratelli Tutti* del Papa Francisco I es un llamado para mostrar la importancia que tiene la fraternidad como principio en las relaciones humanas, la cual debe permear a través de todas las actividades sociales, incluyendo la esfera política.[2] A través del documento, el jefe de estado y de gobierno del vaticano define a la fraternidad como el ir al encuentro del otro, es decir, la persona necesitada a efecto de que se pueda consolidar un sentimiento de comunidad que no tenga fronteras.

Si bien este documento se publica desde una perspectiva propia de la Iglesia Católica como institución, deja claro que su mensaje pretende trascender cualquier óptica religiosa, tal como lo señala expresamente el autor de este documento, y el cual se cita para mayor claridad: "Si bien la escribí desde mis convicciones cristianas, que me alientan y me nutren, he procurado hacerlo de tal manera que la reflexión se abra al diálogo con todas las personas de buena voluntad".[3]

En la esfera pública, dicha encíclica pretende hacer frente aquellas políticas y legislaciones que fomentan un egoísmo a ultranza que desconozca la esencia de la dignidad humana. Con ello, se pretende que el quehacer de los diversos países se centre en priorizar aquellos sectores sociales que se encuentran más desprotegidos, como es el caso de las personas perseguidas, quienes luchan contra la injusticia y enfrentan graves riesgos o viven en contexto de movilidad humana, los pueblos y comunidades indígenas, las personas con discapacidad, las poblaciones de la diversidad sexual, entre otras. Es decir, se trata de un llamado, como bien lo señala el propio documento en cuestión, a que en el encuentro con el otro se logre una cultura de los derechos humanos que sea más universal.

---

2 Jorge Mario Bergoglio, "Carta encíclica: Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social", consultado el 11 de noviembre de 2020, http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html#_ftn1.

3 *Ibídem*.

Problemática

Desde una perspectiva ética, suena razonable la propuesta que se plantea en dicha encíclica en el contexto de la pandemia para hacer frente a problemas globales que requieren cada vez más la alianza de diversos gobiernos locales ante la creciente interdependencia que se ha producido a raíz de la globalización. La necesidad de borrar fronteras entre los países se hace más apremiante a medida que una decisión local puede tener repercusiones sobre el resto del mundo. Tal es el caso de las políticas en materia de medio ambiente, en donde el adoptar medidas para hacer o no frente al cambio climático puede repercutir en que el resto del planeta se vea afectado con sequías o inundaciones severas.

Más allá de la dimensión axiológica que propone el Papa Francisco I, surge la cuestión de si el concepto de fraternidad que se propone se puede extraer de los ordenamientos jurídicos nacionales, como deber y condición necesaria y suficiente para que se pueda garantizar la dignidad y con ello el pleno goce de los derechos humanos.

Objetivo

El objetivo de perseguido en esta contribución consiste en establecer que, efectivamente, la fraternidad es un principio jurídico que se establece como condición necesaria y suficiente en los ordenamientos jurídicos de las democracias contemporáneas para garantizar la dignidad, y por ende los derechos humanos.

El cometido que se pretende no es menor, ya que con ello se busca hacer frente a la necesidad de transitar a una visión mucho más amplia de la dignidad, que implica necesariamente un deber de actuar a favor de las personas que nos rodean. Más allá de la propuesta de Dworkin[4] que ve en este principio una igual consideración a las personas atendiendo a su valor intrínseco, así como el respeto para que puedan desarrollar su proyecto de vida, la fraternidad implica ir al rescate de quien lo necesita y procurar de manera proactiva para que esto suceda.

En este sentido, se pretende que a través de este artículo se muestre que, si no se incluye el concepto de fraternidad dentro del ordenamiento jurídico, no solo el principio de dignidad se queda trunco, también la posibilidad de

4 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Estados Unidos: Bloomsbury, 1997), p. 457.

concretar los derechos humanos, así como la consolidación de las democracias constitucionales ya que con ello se impide el que la sociedad sea un engrane indispensable para que estas prerrogativas se garanticen.

Metodología y marco teórico

A efecto de lograr el objetivo en cuestión se pretende realizar un estudio de caso y análisis documental de la legislación mexicana, en específico de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, se estará profundizando en los alcances del artículo 1.º de dicho ordenamiento jurídico, al tratarse del que establece la forma en que tanto autoridades como particulares deben ser copartícipes en el pleno disfrute de los derechos humanos.

Esto permitirá desentrañar el concepto de dignidad humana de manera integral, estableciendo para tal efecto sus relaciones con las prerrogativas en cuestión. Si bien el artículo se realiza desde la óptica del sistema jurídico mexicano, se pretende que vía esta metodología pueda emplearse en otras latitudes, ya que se parte de la premisa de que las democracias constitucionales, como paradigmas jurídicos, se erigen con ciertos rasgos axiológicos en común que no pueden soslayarse, tal es el caso de anteponer el principio de dignidad y de los derechos humanos.

A efecto de lograr aplicar dicha metodología, se propone emplear como marco teórico el postpositivismo jurídico, una perspectiva epistémica que ha sido desarrollada por juristas no positivistas en donde aceptan el que se pueda adoptar una postura objetiva tratándose de la ética en las relaciones jurídicas con el fin de determinar su racionalidad y coherencia, tal como lo señala Josep Aguiló Regla.[5]

Esta línea de pensamiento permite justificar si una acción es razonable dentro de un sistema jurídico atendiendo a su pertenencia y a la dimensión valorativa, admitiendo con ello, tal como lo han señalado atinadamente Ruiz Manero y Manuel Atienza,[6] el que existan principios y directrices en un determinado ordenamiento. En este artículo, dicho marco teórico será útil en la medida que se estarán trayendo a colación aspectos valorativos del sistema jurídico mexicano como es el caso de la dignidad y la fraternidad de manera preponderante.

---

5 Josep Aguiló Regla, "Positivismo y postpositivsmo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n° 30 (2007): pp. 665-675.

6 Ruiz Manero y Manuel Atienza, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2008), p. 216.

Desarrollo

La dignidad humana en el sistema jurídico mexicano, un concepto trunco con base en la relación Estado-Particulares

El artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace patente la importancia que tienen los derechos humanos para todas personas que se ubiquen en el territorio mexicano; no obstante, lo hace de tal manera que da a entender que el principal obligado en su cumplimiento es el Estado al ser este el que, a través de sus diversos poderes, organismos constitucionales autónomos y otros entes, debe de garantizarlos como parte del sistema de distribución de competencias:

Artículo 1.º…

> 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...[7]

La legislación secundaria vigente y la interpretación jurídica que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación han reconocido que las y los particulares también son sujetos obligados del cumplimiento de los derechos humanos. En el caso de los ordenamientos vigentes, la Ley de Amparo reconoce este supuesto en la fracción V en su artículo 5.º,8 en tanto que se ha señalado que se puede interponer dicho control de constitucionalidad frente a actos de particulares siempre queestos actúen como autoridades, es decir, ejerciendo facultad de imperio en relaciones de supra a subordinación:

> Criterio jurídico: El precepto legal citado establece que los particulares tendrán dicha calidad si se reúnen dos condiciones: 1) que realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos; y 2) que sus funciones estén determinadas por una norma general. La textura abierta de los términos utilizados por el legislador genera la necesidad interpretativa, la que debe abordarse mediante la exclusión de los extremos y optarse por una modalidad interpretativa intermedia".[9]

---

7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, 2020), consultado el 11 de noviembre de 2020, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf.

8 "Artículo 5.º Son partes en el juicio de amparo: …II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas…".

9 Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Amparo indirecto contra actos de particulares. Interpre-

A pesar de ello, dicha regulación tiene un impacto negativo en la comprensión de la dignidad de manera integral porque desconoce el deber ético que tiene la persona al ir al encuentro de las personas más necesitadas, razón que atiende a dos factores. En primer lugar, porque atiende a la concepción que tiene el Estado de la dignidad, la cual solo opera preponderante en relaciones jerarquizadas, en donde es el gobierno principalmente quien debe hacer frente a dichas prerrogativas, y los particulares participarán en un nivel secundario. En segundo lugar, se desconoce el deber y corresponsabilidad que tienen las personas al lado del Estado para que sea viable y con ello garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos.

Previo a proceder a explicar ambos factores, es importante establecer que el Estado Mexicano ha precisado vía precedentes que la dignidad humana es el fundamento y razón de ser de los demás derechos humanos, de allí que se haya establecido la relación entre ambos conceptos para fines de este artículo. A su vez, ambos conceptos representan un vínculo que no se puede soslayar, que, además —como se verá más adelante— son cuestiones que forman parte integral de una adecuada comprensión de una democracia constitucional. A continuación, y para mayor claridad, se cita el criterio señalado:

> Dignidad Humana. El Orden Jurídico Mexicano la Reconoce como Condición y Base de los demás Derechos Fundamentales. El artículo 1.° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos

tación del artículo 5.°, fracción II, segundo párrafo, de la ley de amparo", Semanario Judicial de la Federación (2020).

> derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues solo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.[10]

Es decir, la dignidad humana no se puede hacer valer o proteger en otro tipo de relaciones, ya que siempre debe de darse esa situación jerarquizada de supra a subordinación. Con ello se niega la posibilidad de proteger los derechos humanos en su núcleo esencial en relaciones horizontales entre particulares. Esto se traduce en una falacia de negación del antecedente, ya que el Estado da el tratamiento de una condición suficiente y necesaria una norma que por cuestiones axiológicas no debe poseer dichas características.

La realidad muestra que las y los particulares son más que capaces de violar derechos humanos sin la necesidad que exista dicha relación jerarquizada. Tal sería el caso hipotético de una empresa que, cumpliendo con una legislación laxa para poder realizar la compraventa de inmuebles en un determinado lugar, violenta el patrimonio cultural inmaterial de un pueblo originario. En el supuesto que no existiera una norma jurídica, o que existiendo no presuponga que dicho acto es susceptible del amparo, sería casi imposible hacer valer la violación a los derechos humanos de la comunidad indígena vulnerada.

En todo caso que existiera alguna posibilidad de acudir a los mecanismos de protección de derechos humanos, el quejoso tendría que acudir previamente a un juicio ordinario, a efecto de que, vía la negativa del operador jurisdiccional o la aplicación deficitaria de sus derechos, podría hacer valer sus pretensiones y encuadrar en el supuesto de supra a subordinación ya señalado. Pero para entonces existen varios riesgos latentes que se pueden dar, que se traducen en una violación al derecho fundamental al debido proceso.

En el supuesto de que ni siquiera exista una norma que facilite el acceso a la justicia del pueblo originario en dicho caso hipotético, no hay manera de garantizar sus derechos humanos, ya que no es posible mostrar que fueran violados con motivo de relaciones horizontales. En este caso las personas se encuentran en una situación de indefensión que les impide acceder a la justicia.

Con ello, el silogismo jurídico que se intenta deconstruir a partir del argumento *a contrario* tiene por consecuencia negar otras tantas prerrogativas en detrimento de la consolidación del Estado de Derecho. Para mayor claridad, se establece un ejemplo de cómo sería la estructura de dicho razonamiento

10 *Ibídem*.

en caso de que se intente hacer valer una violación a un derecho humano que tenga como fundamento una relación que no sea de supra a subordinación:

- Premisa Mayor: Solo se protegerán derechos humanos en relaciones entre particulares cuando la violación a dichas prerrogativas se dé con motivo de un vínculo de supra a subordinación.
- Premisa Menor: Un particular hace valer una violación a un derecho humano de una relación entre iguales.
- Conclusión: No procede la protección de los derechos humanos de la persona.

A su vez, dicha concepción de la dignidad humana que tiene el Estado Mexicano se queda trunca en la medida que desconoce injustificadamente el deber que tienen el resto de las personas para proteger los derechos humanos, salvo en las excepciones ya señaladas. Para el sistema jurídico de dicho país, es el ente de "autoridad pública" o los entes que se podrían denominar "para-autoritarios", es decir, quienes se comporten con facultad de imperio, los únicos obligados para hacer valer los derechos humanos.

Sin embargo, esto es un desacierto en la medida en que todas las personas están vinculadas de alguna u otra manera garantizar este tipo de prerrogativas. El que en un primer plano sea la autoridad el principal obligado, no implica que se deba de descartar que solo le corresponda a esta garantizarlas, o que en su defecto se justifique el que dicha circunstancia deba ocurrir en relaciones de supra a subordinación. Inclusive, tal como se señaló, van a existir casos en donde se desprenda la obligatoriedad del particular de hacer frente a su pleno goce y en donde el Estado tiene una facultad de intervenir en caso de que este no cumpla con el deber correlativo.

Este entendimiento de los derechos humanos solo es posible cuando se acepta que, para que opere la dignidad humana, es necesario el principio de fraternidad. Solo en la medida en que existe el correlativo deber de todos de proteger el valor intrínseco de cada persona, así como el sentido de comunidad, se puede entender que existen las condiciones para que operen los derechos humanos como prerrogativas que permiten el que cualquiera, tanto en lo individual como en lo colectivo, pueda desarrollar su proyecto de vida.

Cuando se da dicho supuesto, entonces es aplicable el argumento a contrario, como condición suficiente y necesaria para que pueda protegerse la

dignidad humana. Esto permite que el Estado cumpla a cabalidad su función de garante principal, ya que se reconoce el papel de corresponsabilidad que realiza el Estado. Con ello se logra trascender el marco que intenta hacer una falsa equivalencia de fraternidad como un mero respeto o tolerancia de los derechos humanos, a efecto que este principio se traduzca en una toma de consciencia de toda la población para que se puedan disfrutar plenamente. Así también lo considera el Papa Francisco en su encíclica en el párrafo 103, lo cual se cita para fortalecer dicha línea de justificación:

> La fraternidad no es solo resultado de condiciones de respeto a las libertades individuales, ni siquiera de cierta equidad administrada. Si bien son condiciones de posibilidad no bastan para que ella surja como resultado necesario. La fraternidad tiene algo positivo que ofrecer a la libertad y a la igualdad. ¿Qué ocurre sin la fraternidad cultivada conscientemente, sin una voluntad política de fraternidad, traducida en una educación para la fraternidad, para el diálogo, para el descubrimiento de la reciprocidad y el enriquecimiento mutuo como valores? Lo que sucede es que la libertad enflaquece, resultando así más una condición de soledad, de pura autonomía para pertenecer a alguien o a algo, o solo para poseer y disfrutar. Esto no agota en absoluto la riqueza de la libertad que está orientada sobre todo al amor.[11]

En la medida que el concepto de dignidad humana sostenido por el Estado Mexicano es inconsistente con su esencia y genera un detrimento a la legitimidad institucional al violar otros derechos, como sería el limitar el acceso al debido proceso, al incorporar el principio de fraternidad se logra un cabal entendimiento que fortalece a las instituciones políticas y genera un círculo virtuoso de confianza y corresponsabilidad, tal como lo da a entender el autor de referencia en el párrafo 186 de la encíclica:

> 186. Hay un llamado amor 'elícito', que son los actos que proceden directamente de la virtud de la caridad, dirigidos a personas y a pueblos. Hay además un amor 'imperado': aquellos actos de la caridad que impulsan a crear instituciones más sanas, regulaciones más justas, estructuras más solidarias [181]. De ahí que sea «un acto de caridad igualmente indispensable el esfuerzo dirigido a organizar y estructurar la sociedad de modo que el prójimo no tenga que padecer la miseria» [182]. Es caridad acompañar a una persona que sufre, y también es caridad todo lo que se realiza, aun sin tener contacto directo con esa persona, para modificar las condiciones sociales que provocan su sufrimiento. Si alguien ayuda a un anciano a cruzar un río, y eso es exquisita caridad, el político le construye un puente, y eso también es caridad. Si alguien ayuda a otro con comida, el político

11 Jorge Mario Bergoglio, *Op. Cit.*

> le crea una fuente de trabajo, y ejercita un modo altísimo de la caridad que ennoblece su acción política.[12]

Cabe destacar que solo a través del principio de la fraternidad se puede dar cabal cumplimiento al principio de dignidad, ya que no solo implica el actuar en consonancia de un deber para que esa persona pueda desarrollarse, involucra reconocer el que se dé dicha actuación dentro del marco del diálogo y de la verdad, es decir, en la medida en que se adopte un objetivismo ético en donde la razón práctica juega un rol predominante.

No solo implica un actuar de manera mecanicista e impositiva, pues requiere que el deber atienda a las circunstancias particulares de cada quien para que esta persona pueda efectivamente gozar de sus derechos humanos, tal como también lo ha dado a conocer Robert Alexy al establecer la necesaria relación entre dignidad-diálogo-derechos humanos.[13] Esto no es una cuestión menor, ya que como lo da entender el Papa Francisco, de negar el aspecto dialógico que se encuentra dentro del concepto de fraternidad, las relaciones humanas se reducen a meras negociaciones, lo cual es contraproducente si se requiere concretar el núcleo esencial de los derechos humanos,[14] situación que se desprende de la siguiente cita de la encíclica referida:

> La falta de diálogo implica que ninguno, en los distintos sectores, está preocupado por el bien común, sino por la adquisición de los beneficios que otorga el poder, o en el mejor de los casos, por imponer su forma de pensar. Así las conversaciones se convertirán en meras negociaciones para que cada uno pueda rasguñar todo el poder y los mayores beneficios posibles, no en una búsqueda conjunta que genere bien común.[15]

Por lo tanto, acorde a los razonamientos vertidos, se desprende que no se puede entender la dignidad humana de manera adecuada sin acudir necesariamente al principio de fraternidad, ya que tal como lo muestra la propia regulación del sistema jurídico del Estado Mexicano, esta se queda trunca afectando a su vez el pleno goce de los derechos humanos. Esto no implica solo un deber de respeto a los derechos, si no el que toda la sociedad en su conjunto inclu-

12 *Ibídem*.

13 Robert Alexy, "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n° 32 (2009): pp. 68-85.

14 Carlos Bernal Pulido, *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), p. 1137.

15 Jorge Mario Bergoglio, *Op. Cit*.

yendo el gobierno de manera principal colaboren para que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida.

Repercusiones del concepto jurídico de fraternidad en las democracias constitucionales.

La triada de postulados que enarbolaron los revolucionarios franceses como estandarte para la transformación del sistema de gobierno, incluía precisamente la libertad, la igualdad y la fraternidad como núcleo esencial para un nuevo paradigma democrático. En este contexto la fraternidad ostenta mayor relevancia como valor social.

El concepto jurídico de fraternidad estipulado coadyuva a consolidar las democracias constitucionales en el sentido material o sustantivo al que hace referencia Ferrajoli,[16] no solo como una forma de gobierno que se agota en el voto, sino como una manera de hacer patente los derechos humanos y principios. Si bien dicha propuesta se hace desde la óptica postpositivista, no se niega con ello la importancia de la validez que requiere de los principios para lograr hablar de democracias como paradigmas en donde cada quien pueda autorrealizarse.

Esto a su vez coadyuva a que se permita hacer frente a los males de la democracia que señala Josep Aguiló,[17] como es el caso del mal de la arbitrariedad, el despotismo, el autoritarismo, y la exclusión, al procurar el que se atienda la dignidad, que trascienda cualquier frontera nacional y evite cualquier consolidación de regímenes que no atiendan la cabalidad de los derechos humanos. Dicha circunstancia ocurre en la medida en que se retoma el concepto de ciudadanía del mundo, en donde le compete a toda persona, sin importar en donde esté, el contribuir a la dignidad humana.

La fraternidad jurídica así propuesta no puede limitarse ante las fronteras locales, ya que implicaría un contrasentido afirmar que es corresponsable frente a los derechos humanos de los demás, a la vez que no pueda ayudar a quien lo necesite por no ser-tener el estatus de "nacional" o "estatal". En este sentido cabría la frase "o los derechos humanos son de todas y todos o no son derechos".

Cambiar el enfoque del deber del Estado a procurar dichas prerrogativas a uno en donde todas las personas estén involucradas cambia de manera

16 Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo* (Madrid: Trotta, 2010), p. 376.

17 Josep Aguiló Regla, "En Defensa del Estado Constitucional de Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n° 42 (2019): pp. 85-100.

significativa el alcance de los compromisos asumidos por la Comunidad Internacional, en donde el principal destinatario también es principal obligado con el gobierno, so pena también de ser inconsistente con el propio paradigma de lo que implica una democracia constitucional. Se entiende, por ende, que dicha circunstancia logre hacer más evidente la necesidad de transitar a un constitucionalismo global.

Los límites de las fronteras, como límite al pleno goce de los derechos, no son compatibles con una democracia constitucional y no se deben tolerar en aras de consolidar dicho régimen de gobierno. Con ello no se pretende desconocer lo local ni buscar la homogeneización cultural, pero sí le da la razón a Ferrajoli en la posibilidad y necesidad de hacer frente a que se logre una ciudadanía global en donde los derechos humanos, sean el elemento más importante a considerar.

Ante dicho postulado, se entiende que el concepto de soberanía se difumina para ceder una adecuada comprensión de la dignidad en donde esta persiste en la medida en que el sentido comunitario individual y colectivo vaya al rescate y pleno goce de las prerrogativas en cuestión. Se entiende que dicho concepto que se propone a través de la encíclica pueda no tener la mejor recepción del todo, y que su implementación vaya a tener que responder a las barreras de gobiernos poco proactivos a las democracias constitucionales —aunque a veces estos puedan procurar dicho adjetivo hacia su propia población—, pero la alternativa de no adoptar dicho concepto ha mostrado que ha sido contraproducente para el desarrollo humano, tal como lo ha hecho evidente el cambio climático.

Realizar una propuesta de un constitucionalismo global trasciende el propósito de este artículo; no obstante, sí es importante traer a colación que su implementación es una cuestión imperativa acorde al contexto señalado. No se puede aceptar que cualquier política pública se puede aprobar en sede interna sin que el resto del mundo sea parte del diálogo, si existe la mínima posibilidad de que tenga un impacto negativo en la calidad de vida y dignidad de las demás personas. Esta afirmación, lejos de ser exagerada, es fiel muestra de la realidad. A su vez, hace notar que el diálogo público no es un mero instrumento de retórica a favor de unos cuantos, sino que es parte esencial del principio de fraternidad, en donde solo se puede reconocer la dignidad cuando se permite participar a todas las personas afectadas por una decisión.

Conclusiones

Más allá de la dimensión religiosa que realiza el Papa Francisco I en su encíclica *Fratelli Tutti*, su concepto de fraternidad es necesario para comprender de manera adecuada la dignidad humana en los sistemas jurídicos actuales. Se mostró que este se puede desprender de cualquier democracia constitucional, so pena de no cumplir con los umbrales mínimos axiológicos propios de esta forma de gobierno.

Resulta preocupante que varios países, como es el caso del Estado Mexicano, aún adopten una concepción de dignidad que se agota en las relaciones entre el gobierno y la población, sin lograr abarcar de manera integral los vínculos que tienen las personas entre sí. Ante la creciente interdependencia producto de la globalización, en donde cualquier decisión pública o particular tiene el potencial de mermar los derechos humanos de las personas en cualquier lugar del planeta, estas visiones se quedan truncas al desconocer el impacto que cada quien tiene en la vida de las personas. Es imperativo abandonar dichas concepciones a efecto de que se puedan crear las condiciones para que cada quien pueda desarrollar su proyecto de vida en libertad y armonía con los demás.

A su vez este trabajo mostró que el concepto de fraternidad jurídica se integra por el diálogo, ya que esto permite que el goce de las prerrogativas señaladas se realice atendiendo al respeto e igualdad sustancial de las personas, en donde las decisiones públicas o privadas que puedan afectar a los demás deban respetar las reglas del discurso práctico racional. Aceptar esto coadyuva a que las instituciones públicas puedan gozar de las condiciones para una mayor legitimidad, lo cual es necesario para la consolidación de una democracia constitucional.

Por último, se logró mostrar la necesidad de transitar hacia un modelo de democracia global, resaltando con ello la debilidad de los gobiernos locales para hacer frente de manera aislada a la creciente interdependencia de diversos problemas como es el caso del medio ambiente, entre otros que repercuten en el pleno disfrute de los derechos humanos. Dicho modelo de gobierno es más consistente con la democracia constitucional y permitiría que las personas puedan asumir su rol de corresponsabilidad en relación a este tipo de prerrogativas.

Se reitera que la alternativa de no implementar el concepto de fraternidad jurídica que se plantea en este artículo es contraproducente, pues implica se-

guir una inercia a costa de las futuras generaciones y en detrimento de lograr consolidar una cultura de paz. Para ello, es imperativo que la búsqueda de la verdad vaya de la mano de un objetivismo ético que provoque un frente común entre gobernantes y la sociedad en su conjunto para dar pauta a una civilización que tenga como centro la dignidad humana y la trascendencia de la dimensión individualista.

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. "En Defensa del Estado Constitucional de Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n° 42 (2019): pp. 85-100.

Aguiló Regla, Josep. "Positivismo y postpositivsmo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n° 30 (2007): pp. 665-675.

Alexy, Robert. "Los principales elementos de mi filosofía del derecho". *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n° 32 (2009): pp. 68-85.

Bergoglio, Jorge Mario. "Carta encíclica: Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social". Consultado el 11 de noviembre de 2020. http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html#_ftn1

Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, 2020. Consultado el 11 de noviembre de 2020. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Estados Unidos: Bloomsbury, 1997.

Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta, 2010.

Ruiz Manero y Manuel Atienza. *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Amparo indirecto contra actos de particulares. Interpretación del artículo 5.°, fracción II, segundo párrafo, de la ley de amparo". *Semanario Judicial de la Federación* (2020).

Segunda parte

Derechos Humanos de primera generación

CAPÍTULO VI

El derecho de los derechos

José de Jesús Chávez Cervantes[1]

Introducción

Quiero agradecer a quienes coordinan esta obra intitulada *Temas selectos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* por su amable invitación para reflexionar sobre un tema que, en lo personal, me apasiona y espero profundizar más en ulteriores estudios. Me refiero entonces a José Trinidad Padilla López, a Jorge Galindo García y, de forma muy especial, a Marcos Pablo Moloeznik que, además, he de confesar que nos unen ya varios años de amistad.

El tema que deseo abordar es uno que he reflexionado por algún tiempo sin encontrar alguna salida decorosa a una paradoja que se suscita en el seno de las constituciones modernas o también conocidas como democracias constitucionales. Me refiero a la tensión democrática que se da para aquellas personas que consideran que la democracia es un fastidio, así como para quienes piensan que la constitución difumina considerablemente mecanismos democráticos que permitan que el pueblo pueda acceder al contenido constitucional.

1 Director del Instituto de Derechos Humanos "Francisco Tenamaxtli" de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid.

De forma provocativa, he decidido titular este capítulo como "El derecho de los derechos", pues me parece que nos encontramos en un momento histórico: en el sur del continente americano, especialmente en Chile y Perú, se suscitan importantes movimientos sociales, e incluso, en el primero se erigen los cimientos para la creación de un nuevo ordenamiento jurídico.

> El derecho de los derechos" es el gran derecho que tiene toda persona, aquel que en su momento describió William Cobbett como el derecho a tomar parte en la creación de las leyes, (incluida, evidentemente, la constitución) por la sencilla razón de que el pueblo será sometido en su totalidad a un determinado ordenamiento jurídico. Esta expresión, si leemos con detenimiento, sugiere que el derecho de participación es más importante que otros derechos, lo que nos dejaría en serios aprietos. No obstante, esta locución se acuña a partir de que es "el resultado del hecho de que la participación es un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen.[2]

Es clara la postura que aquí se sostiene respecto a la tensión democrática, a pesar de los inconvenientes se han enarbolado desde las gradas de un constitucionalismo moderno de intensidad fuerte, argumentaciones que buscan atrincherar justificaciones a favor de una constitución con determinados mecanismos de rigidez que eliminan, en algunos casos, cualquier posibilidad de participación democrática para el pueblo.

Para dar cuenta de la tensión y la postura que defiendo, en un primer momento se abordan sintéticamente los inconvenientes que en las democracias modernas se suscitan. Cabe aclarar que será imposible enunciar y debatir todas las posturas y argumentos que existen en torno a un debate que tiene un origen por demás añejo y que, al paso del tiempo, ha matizado numerosas tesis pero que hoy en día, y desde mi punto de vista, este ha cobrado nuevos aires gracias a nuevas experiencias constitucionales que se han originado recientemente en el continente americano.

En el segundo apartado se anotan algunas señas de identidad del nuevo constitucionalismo latinoamericano, se acentúa la andadura constitucional de las experiencias constitucionales venezolana, ecuatoriana y boliviana. Es importante precisar que, por las características de este ejercicio académico, no se aplican algunas matizaciones y precisiones en referencia a las diversas justificaciones y posibilidades que se dan en torno a las constituciones latinoa-

2 Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos* (España: Marcial Pons, 2005), p. 277.

mericanas. Baste con comentar que las expresiones constitucionales aludidas congregan una serie de elementos que pueden ser considerados como los documentos más representativos de una doctrina en periodo de construcción.

En la tercera sección se llevan a cabo algunas reflexiones con las que se busca catalizar el derecho a decidir que, desde la óptica personal, es el derecho de los derechos. A pesar de los riesgos y advertencias que se han argumentado desde las filas del constitucionalismo liberal hasta nuestros días, se considera que el derecho a participar en la toma decisiones sobre el contenido constitucional debe ser cuidado y garantizado a través de la propia constitución. Finalmente, se da paso a una serie de puntos a deliberar en torno a un debate que dista bastante por terminar, al menos por ahora, a manera de reflexiones finales.

La Constitución y la democracia en tensión

Uno de los capítulos más fascinantes de la historia de la filosofía política es aquel que se da en torno a la tensión propiciada entre la Constitución y democracia. Por un lado, se defiende que las constituciones deben operar como límites del poder, de ahí que es necesario considerar dentro del contenido constitucional una serie de mecanismos de rigidez que atrincheren a cualquier poder, donde, evidentemente, se bloquea todo tipo de posibilidad democrática por parte del pueblo. Esta posición ha sido blanco de críticas por quienes han considerado de excesivas este tipo de posturas, pues difuminan principios democráticos elementales, incluso para la buena salud del Estado, claro está, si este quiere denominarse democrático. Puede argumentarse la existencia de mecanismos de rigidez constitucional que no necesariamente colisionan con la democracia; al contrario, la potencializan. Mecanismos como podrían ser el plebiscito y referéndum.

Pareciera que el punto de tensión nos deriva a una quiebra entre la Constitución y la democracia, al grado de ser considerada como una tensión irreconciliable. Desde este punto de vista, es certero el comentario de Andrés Ibáñez al señalar que "a la soberanía popular le va mal Estado de Derecho",[3] en otras palabras, "entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza".[4]

3 Perfecto Andrés Ibáñez, "Tangentopoli tiene traducción al castellano", en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción* (Madrid: Trotta, 1996), p. 104.

4 Stephen Holmes, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en *Constitucionalismo y de-*

Debemos tener presente que la tensión que aquí se demanda se intensifica con aquellas constituciones que en Europa se gestaron a partir de los horrores causados por el nazismo alemán y el fascismo italiano, pues marcan una de las etapas más oscuras en la historia de la humanidad y, evidentemente, un parteaguas en el discurso de la defensa y promoción de los derechos humanos. De hecho, empata históricamente con la creación de la ONU en 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ambos documentos internacionales que, a criterio de Ferrajoli, constituyen prácticamente un primer "embrión constitucional mundial" y la consolidación del llamado derecho internacional de los derechos humanos.[5]

Sin embargo, lo que se desea destacar con referencia a las constituciones europeas tiene que ver con la posición de privilegio que ostenta la constitución dentro del sistema jurídico, pues es garantizada por una serie de mecanismos de rigidez constitucional que no calzan en términos democráticos, incluso al grado de petrificar parcialmente el contenido del texto constitucional, lo que evidentemente colisiona forzosamente con posiciones que argumentan la importancia de que el pueblo forme parte de las decisiones constitucionales.

De esta forma, la mayoría de los mecanismos se configuran como límites infranqueables para la propia democracia, de ahí que entonces "las constituciones actúan como límites a la capacidad de gobernar por las mayorías; como es natural, se le considera antidemocrática".[6] No obstante, lo realmente paradójico en todo caso es que "una mayoría simple decide que esa mayoría simple no es el mejor procedimiento para decidir sobre algunos temas".[7]

Lo cierto es que el constitucionalismo, también denominado neoconstitucionalismo, es un óptimo escenario donde reaparece la vieja tensión entre razón y voluntad, propiciada por la posición de privilegio que ostenta la constitución en los ordenamientos.[8] Me parece que tiene bastante razón Ansuátegui Roig al señalar que la tensión entre derechos y democracia, así como entre constitución y soberanía, se problematiza únicamente en aquellos sistemas

mocracia, ed. Por Jon Elster y Rune Slagstad (México: Fondo de Cultura Económica, 1999), p. 219.

5 Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado* (Madrid: Trotta, 2018), p. 17.

6 Cass R. Sunstein, "Constituciones y democracias: epílogo", en *Constitucionalismo y democracia*, ed. por Jon Elster y Rune Slagstad (México: Fondo de Cultura Económica, 1999), p. 344.

7 Jon Elster, "Régimen de mayorías y derechos individuales", en *De los derechos humanos*, ed. por Stephen Shute, y Susan Hurley (Madrid: Trotta, 1998), p. 169.

8 Francisco Javier Ansuátegui Roig, "Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia", en *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, ed. por Francisco M. Mora Sifuentes (México: Fontamara, 2014), p. 157.

jurídicos donde los conceptos mencionados, pero sobre todo, las exigencias, "son tomadas en serio".[9] Dicha tensión es posible evidenciarla a través de los diversos rangos o niveles de rigidez constitucional que se prevén en las cartas constitucionales, incluso no se debe perder de vista que el telón de fondo que acompaña la rigidez constitucional es la fiel expresión de una suerte de desconfianza a las mayorías o, propiamente, a la democracia. En palabras de Alexy, estamos en un "un problema insoslayable o permanente".[10] De hecho, se ha llegado a manifestar que dicha tensión resulta prácticamente "ineliminable"[11] o "irresoluble". Argumenta Ansuátegui que el carácter irresoluble de la tensión nos orilla a reflexionar en sus procesos de administración, los cuales deberán llevarse a cabo desde la óptica de prudencia al considerar la exploración de nuevas alternativas o estrategias intermedias de las cuales la deliberación puede jugar un papel trascendental.[12]

Parece entonces que nos encontramos destinados a vivir en sistemas jurídicos en constante tensión y contradicción. Por un lado, se encuentra el criterio democrático de las reglas de las mayorías y, por otro, quienes pugnan por una Constitución con un determinado contenido con mecanismos de rigidez que evitan que la carta constitucional esté sometida al calor de las mayorías, donde una de sus justificaciones es precisamente que los derechos no puedan ser transgredidos en democracia, es decir, la voluntad de las mayorías frente a la razón de los propios derechos. No obstante, esta rigidez se ha intensificado cuando pugnan por diseños en extremo rígidos, que, al paso del tiempo, confluyen varias generaciones y una determinada Constitución somete a los vivos a una generación de muertos. De tal suerte que la tensión entre Constitución y democracia cobra nuevos aires en el preciso momento en que se ha decidido garantizar un gobierno de los muertos sobre uno de los vivos.

La tensión se da cuando un determinado grupo de personas decide atar las manos a las generaciones presentes y futuras bajo el argumento de que las generaciones venideras disfruten de los derechos humanos sin que estos se

9 Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico* (España: Dykinson, 2013), p. 346.

10 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), p. 396.

11 Josep Aguiló Regla, "Tensiones del constitucionalismo y concepciones de la Constitución", en *El canon neoconstitucional,* ed. por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, (Madrid: Trotta, 2010), p. 252.

12 Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, *Op. Cit.,* p. 349.

encuentren amenazados por el peligro que pueden propiciarse desde las mayorías. Dicho de otra forma, se busca atrincherar derechos en la Constitución a costa de los propios derechos, como el derecho de los derechos, esto es, el derecho a decidir el contenido constitucional.

Al respecto, hay que mencionar que existe todo un recorrido histórico y teórico que, desde distintas épocas, se ha debatido en torno a cuál es el mejor gobierno; el de las leyes o el de los hombres. Me parecen aleccionadoras las reflexiones que Paine en su momento anunció para hacer frente a la postura conservadora de Burke.

Paine, de profundo sentimiento democrático, argumenta que cada edad y cada generación deben tener tanta libertad para actuar por si mismas en todos los casos como las edades y las generaciones que las precedieron. La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, y tampoco tiene ninguna generación de derecho de propiedad sobre las generaciones que las sucederán.[13]

Es evidente que la postura de Paine se resiste a censurar la participación democrática del pueblo en la toma de decisiones y más si lo que se pretende es atrincherar a generaciones del futuro al pugnar para que el pueblo pueda decidir en cualquier momento histórico. El argumento anterior se ve seriamente reforzado al exponer el concepto de Constitución que Paine defiende, aludiendo que "una Constitución es algo que antecede a un gobierno, y un gobierno no es más que la criatura de una Constitución. La Constitución de un país no es el acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno".[14]

Desde el otro lado del mundo, Thomas Jefferson, uno de los padres de la Carta Magna de los Estados Unidos, supo retomar algunos de los argumentos y reclamos propios de la revolución francesa para trasladarlos al debate del constitucionalismo americano. Al igual que Paine, para Jefferson la idea de autogobierno fue la bandera en sus diversas reflexiones y debates, defendió que cada generación pudiera en todo momento deliberar el contenido de la Constitución sin encontrarse amordazados por las generaciones del pasado.

El pensamiento de Jefferson puede rastrearse perfectamente al menos en dos documentos que son cardinales para nuestro tema de estudio. El primero de ellos es una carta a Madison del 6 de septiembre de 1789 (a dos años de

13 Thomas Paine, *Derechos del hombre* (Madrid: Alianza, 1984), p. 36.
14 *Ibídem*., p. 39.

que Paine publicará *Los Derechos del Hombre*) donde Jefferson cuestiona si "una generación humana tiene derecho a vincular a otra", respondiendo que "ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua".[15] Asimismo, en otro de sus escritos denominado "Notas de Virginia", da respuesta a los cuestionamientos que el entonces marqués de Barbé-Marbois enarboló en contra de los argumentos de Jefferson. Pues bien, la obra la constituyen veintitrés apartados que anuncian desde la composición geográfica del estado hasta los fundamentos más elementales de la estructura orgánica de Virgina. Sin embargo, el argumento cúspide para nuestro interés se deriva del capítulo XIII denominado "La Constitución del Estado y sus diversas cartas". En este apartado se cataliza el razonamiento en torno a que la Constitución de Virginia en ningún momento tiene el objeto de ser perpetua en el tiempo, y que, por lo tanto, habrá que delegar la competencia de reforma a los futuros representantes del pueblo. De esta forma, y tal como afirma el propio Jefferson al referirse a quienes participaron en la redacción de la Constitución, "no pretendieron llamarla perpetúa e inalterable. Bien sabían que carecían de competencia para ello, y que al ser elegidos por el pueblo no se había contemplado semejante propósito. Si se hubiese previsto establecer una forma inalterable de gobierno es posible que hubiésemos elegido a un grupo distinto de personas".[16]

Es evidente que posturas como las de Paine y Jefferson encuentran conflicto desde el seno del constitucionalismo moderno, e incluso del propio resultado de las constituciones. De hecho, uno de los argumentos en contra tiene que ver con la estabilidad constitucional. Sin embargo, desde mi parecer, que una Constitución tenga un cierto grado de longevidad no significa que sea estable, es decir, la longevidad constitucional no determina la estabilidad de una comunidad política. En efecto, tal como cuestiona Gargarella, "¿Por qué decantarse por las decisiones del gobierno, en caso de tensiones entre este último y la ciudadanía?".[17]

No podemos negar que la estabilidad es un elemento valioso para toda comunidad política, pero no al grado de amordazar a las generaciones presentes

15 Thomas Jefferson, "Carta a James Madison. 6 de septiembre de 1789", en *Autobiografía y otros escritos* (Madrid: Tecnos, 1987), p. 517.

16 Thomas Jefferson, "Notas sobre Virginia", *Op. Cit.*, pp. 231-254.

17 Roberto Gargarella, "Constitucionalismo vs. Democracia", en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Tomo III, ed. por Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015), p. 1997.

y futuras. De hecho, puede darse el supuesto de que "un sistema constitucional que es estable e injusto debería probablemente hacerse menos estable".[18]

Las posturas que se han advertido apuntalan a inclinarse por argumentos donde la idea del autogobierno constituye una herramienta que implica tomarse en serio la democracia misma, al contrario de posturas que en cierto sentido están acompañadas por el peligro que pueden ostentar las mayorías en la toma de decisiones, como si estas necesariamente fueran un riesgo para la propia Constitución y su contenido. Las decisiones mayoritarias no son necesariamente un mal para la Constitución, incluso están apegadas al propio pacto social, pues la Constitución es precisamente la continua participación del pueblo a través de mecanismos que permiten la toma de decisiones, de tal forma que las resoluciones puedan apegarse a los derechos y no ser un riesgo paraestos. Lo anterior es una de las enseñanzas que, desde las gradas del nuevo constitucionalismo latinoamericano, se puede advertir.

La enseñanza del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Es importante mencionar desde un inicio que lo que se ha denominado como nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL) dista bastante de encontrar uniformidad en torno a las diversas propuestas de abordaje. Incluso existe un debate en torno a cuáles experiencias constitucionales pueden ser denominadas con dicha etiqueta. Efectivamente, no todos los ordenamientos latinoamericanos pueden rastrearse desde esta óptica, pues compartimos que al menos deben existir algunas notas en común conforme a unas novedades que en determinadas cartas constitucionales de reciente creación han podido detectarse para que hoy día se convoque a una realidad jurídica, política e institucional.

Además, el nuevo constitucionalismo latinoamericano reaviva la tensión democrática con diseños y argumentos que inclinan determinantemente la balanza al péndulo democrático, lo que necesariamente conlleva a reflexionar en el contenido de las constituciones que desde el continente americano se han gestado. Pero no solamente el texto normativo, sino toda una serie de notas en común que van desde el momento de gestación constitucional, donde una de sus principales características se deriva en los amplios procesos de participación democrática del pueblo.

18 Cass R. Sunstein, "Acuerdos de una teoría completa en derecho constitucional", *Precedente* (2006), p. 46.

El NCL tiene un origen motivado por reivindicaciones sociales y movimientos de tinte popular. Sin embargo, en distinción con planteamientos derivados del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, no tiene todavía desarrollos teóricos tan completos. Por ello es posible afirmar que es una doctrina en periodo de construcción y que carece de cohesión y articulación.

Se ha considerado que esta falta de cohesión que existe por parte de quienes abordar el NCL, como parte de este movimiento jurídico, obedece a aquellas experiencias constitucionales que a partir de los años 80 desembocaron en cambios en diversos Estados, entre los que destacan destacan Brasil (1988), Costa Rica (1989), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009). Al respecto, según Uprimny, estas reformas llevan consigo un "aire de familia", pues comparten algunos rasgos que permiten distinguirlos de otros sistemas jurídicos.

Sin embargo, a criterio de Salazar Ugarte, lo anterior no es tan claro. Incluso arguye que las constituciones a las que se refiere Uprimny son "primas lejanas", pues, en algunos casos, las reformas a las que autor se refiere tratan de cambios constitucionales en realidad profundos, incluso se dan auténticos procesos constituyentes donde se instaura una constitución más o menos democrática.

Considerando las aclaraciones descritas, son objeto de este breve análisis aquellos ordenamientos que son producto de procesos constituyentes y que, además, tienen como resultado algunas directrices que pueden ser calificadas como novedosas; incluso, a criterio de Boventura, como "transformadoras" o "rupturistas". Nos referimos entonces tanto a la Constitución de Venezuela de 1999, la de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009. Se puede argumentar que la particularidad que ostentan en común las experiencias constitucionales señaladas, a excepción de los diversos diseños institucionales que cada Constitución ha determinado, es que llevan consigo una carga ideológica y política muy particular, es decir, buscan acercar el poder al pueblo. Dicho en otras palabras:

> Un constitucionalismo desde abajo protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades

individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades).[19]

La primera nota de identidad que puede identificarse tiene que ver con un aspecto que es toral para el entendimiento, incluso para la tensión democrática que se demanda en el constitucionalismo; nos referimos entonces al poder constituyente. Efectivamente, ese momento cero constitucional donde un grupo de personas se reúnen para sentar las bases de convivencia social y diseños institucionales que a la postre se denominará Constitución. Las experiencias constitucionales latinoamericanas tienen procesos más o menos democráticos, en cuanto a la participación ciudadana que, en cada caso, puede ser visible. Desde el momento de convocar un referéndum activador del constituyente y un referéndum aprobatorio del resultado de la asamblea, adquieren con ello un aire de novedad respecto a constituciones de corte europeo. Incluso el origen democrático de las constituciones del NCL permitió que los documentos previeran procesos constituyentes a las generaciones venideras, al construir puentes democráticos de participación ciudadana, es decir, el derecho de los derechos a decidir el contenido constitucional. Lo anterior puede verificarse en el artículo 11.° de la Constitución de Bolivia, artículo 100.° de la Constitución de Ecuador y el artículo 70.° de la Constitución de Venezuela.

Otra nota característica que colisiona también con tesis del constitucionalismo moderno tiene que ver con los diseños institucionales gestados en los procesos constituyentes latinoamericanos. Las cartas constitucionales de Latinoamérica, en cierto sentido, buscan solventar la tensión que demanda que el órgano de menor legitimidad democrática ostente tanto la última palabra como interpretación de la Constitución. Como prueba de ello se ha establecido que las personas que conforman el máximo tribunal constitucional estén por sectores y de forma democrática. El caso boliviano es realmente paradigmático, pues prevé que la elección sea por vía democrática a elección del pueblo, tal como señala en su artículo 198.°: "Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades de los miembros del Tribunal de Justicia".

Del diseño institucional que propugna esta versión del NCL se puede argüir que se han tomado en serio la tensión democrática que se vive en el seno

19 Boaventura De Sousa, *Refundación del Estado den América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, (Buenos Aires: Atropofagia, 2010), p. 57.

del constitucionalismo. Es verdad que la balanza se inclina considerablemente a favor de la democracia, no obstante, es importante la reflexión en torno a los criterios de interpretación de los preceptos constitucionales, pues serán al tenor literal del texto constitucional, lo que en cierta medida puede solventar una interpretación excesiva por parte del tribunal constitucional.

Algunas novedades que las constituciones del NCL han propiciado avivan la tensión democrática, pues se dan con la implementación de nuevas funciones y poderes del Estado, apartándose de la tripartición clásica que se da desde el surgimiento del Estado liberal. Es decir, en algunos casos se da la existencia de otros poderes, lo que genera un diseño institucional distinto a lo que se conocía comúnmente. De esta forma, por ejemplo, la Constitución de Ecuador, en su Capítulo V, Título IV, crea el "Poder de Transparencia y Control Social". Por su parte, la Constitución de Bolivia prevé un órgano denominado "Participación y control social", en los artículos 241.° y 242.°. A su vez, la Constitución de Venezuela contempla un poder denominado "ciudadano" en el Título V, Capítulo IV. Si bien es cierto que estos diseños institucionales salen del esquema acostumbrado de la tripartición clásica, también es verdad que pueden generar cierta confusión en cuanto los alcances y límites de cada poder, e incluso, puede generar tensiones más significativas.[20]

Sin embargo, se considera aleccionador que las constituciones del NCL buscan aligerar la rigidez democrática que se suscita en el constitucionalismo. De hecho, se ha propiciado que se avive la tensión. Considero que la Constitución de Bolivia representa un ordenamiento jurídico que busca romper con los ejes y argumentos que tanto han defendido desde el constitucionalismo moderno, pues tiene como uno de sus principales objetivos la igualdad material entre las personas y grupos que se han visto vulnerados por tantos años y que hoy día son la bandera de estas constituciones latinoamericanas, donde está inmerso el derecho de los derechos, es decir, el derecho a decidir el contenido constitucional.

El derecho a decidir

Se ha dicho que las constituciones del NCL propician nuevos aires en el debate que se origina en el momento que se decide atar las manos a las generaciones presentes y futuras en torno a decidir el contenido de la Constitución, median-

20 Roberto Gargarella, Christian Courtis, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Santiago de Chile: CEPAL, 2009), p. 41.

te una serie de argumentos donde se justifica atrincherar los derechos a costa de otros derechos, como lo es el derecho a decidir, que desde esta concepción es el derecho los derechos. No obstante, se ha evidenciado que las experiencias latinoamericanas pugnan por diseños institucionales y la protección de derechos que potencializan de manera significativa la construcción de mecanismos para que el pueblo pueda llevar a cabo la elección de quienes ostentan la última interpretación y la palabra de la Constitución, y que, además, puedan convocar a la creación de un nuevo texto constitucional a través de una asamblea o poder constituyente.

Uno de los diseños institucionales que ha causado mayor controversia tiene que ver precisamente con el llamado poder constituyente. Parece oportuno recordar que las constituciones del mundo moderno, y también de origen antiguo, llevan consigo contradicciones en sede interna. Las constituciones modernas se encuentran edificadas con el objeto de albergar dos valores de suma importancia, pero a la vez bastante problemáticos, como son la democracia y los derechos. Precisamente en la arquitectura de las constituciones, es decir, en la parte orgánica y dogmática de la Constitución, es donde se encuentra la contradicción fundamental. En palabras de Gargarella, "la existencia de esta primera fundamental tensión marca desde su nacimiento el carácter de cualquier Constitución".[21]

En un mundo constitucional saturado de contradicciones y tensiones es donde cobra especial relevancia la reflexión y argumento que nos han convocado las experiencias constitucionales de Latinoamérica, pues, a través de propuestas con matices novedosos, han inclinado la balanza hacia el valor de la democracia. Tanto los argumentos como diseños institucionales propician que las personas ostenten el derecho permanente de decidir el contenido de su Constitución a través de los canales democráticos establecidos. A pesar de que son conductos evidentemente con cerrojos constitucionales, es claro que a diferencia de las constituciones que defienden un constitucionalismo en sentido rígido, esto permite que el pueblo, en un determinado tiempo y circunstancias, pueda acceder al contenido constitucional, lo cual sería impensable desde la óptica de quienes defienden que la Constitución no debe tocarse y menos por las mayorías.

21 Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Argentina: Katz, 2014), p. 229,

A pesar de ello, no podemos ser ajenos y negar que el también llamado "constitucionalismo de los pueblos"[22] o "constitucionalismo populista"[23] ha desencadenado un desmedido protagonismo del liderazgo presidencial.[24] Uno de los males que a lo largo de la época moderna ha acompañado a los países latinoamericanos tiene que ver con lo que en su momento Nino denominó como "hiper-presidencialismo",[25] más que el presidencialismo. Pareciera entonces contradictorio contemplar mecanismos de participación ciudadana en un esquema constitucional, donde la organización del poder está concentrada, preferentemente, en un Ejecutivo que se ha asentado desde mediados del siglo XIX.

Ahora bien, como lo anota Gargarella,

> ...la vieja organización política hiper-presidencialista es la que ha ahogado el empoderamiento popular prometido por las nuevas constituciones. Las reformas de avanzada en materia de derechos humanos terminan siendo bloqueadas por la vieja estructura política favorable al poder concentrado.[26]

A pesar de las advertencias, lamentablemente la concentración del poder en el Ejecutivo no ha permitido que la buena intención de los códigos latinoamericanos sea efectiva. No obstante, no podemos negar lo llamativo de los diseños institucionales y algunos nuevos derechos que se han contemplado desde las filas del NCL. En todo caso, y para evitar el excesivo protagonismo presidencial en Latinoamérica, habrá entonces no únicamente que mirar el área de los derechos de la Constitución, sino que se tendrá que examinar y reflexionar su "sala de máquinas" que sigue bajo una estricta vigilancia por parte de quienes detentan el poder, al concentrar la mayor parte de sus faculta-

22 Josefina Méndez López y Martha Loyda Zaldivar Abad, "Revolución constituyente en América Latina: espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos", *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (2012), p. 105.

23 Aldo Mascareño, "Hacía una desconstitucionalización del particularismo normativo en América Latina", en *Democracia y poder constituyente*, ed. por Gonzalo Bustamante y Diego Sazo (Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2016), p. 236 y ss.

24 Gerardo Pisarrelo, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución de Venezuela: balance de una década", *Revista sin permiso: república y socialismo también para el siglo XXI*, n° 6 (2009), p. 16.

25 Carlos S. Nino, "El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia", en *El presidencialismo puesto a prueba*, Nino et. al. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), p. 49.

26 Roberto Gargarella, "Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna* 3, n° 4 (2013), p. 255.

des en el poder Ejecutivo. En todo caso, "la realidad ha venido a lo contrario, los cambios estructurales que nuestras constituciones prometen, en materia de derechos, se tornan imposible si es que no están apoyados por una organización del poder también democratizada".[27] Tomarse en serio los derechos nos parece ser lo mismo que darle suma importancia a la democracia misma.

Sin embargo, es claro que el poder concentrado es un gran obstáculo para la expansión del poder por parte de las y los ciudadanos, al grado de ser considerado como amenaza; ello justifica cerrar las puertas del contenido constitucional por la propia subestimación de los derechos humanos, tal como afirma Boaventura: "pocos esclarecidos, malintencionados, infantiles, ignorantes, fácilmente manipulables por políticos oportunistas o enemigos procedentes de la derecho", y de forma provocativa cabe agregar que "los ciudadanos sumisos no luchan por aquello a lo que tienen derecho, solo aceptan lo que les es dado".[28]

Una de las apuestas nodales de las constituciones del NCL, y que es una de las señas de identidad, tienen que ver con las reglas del juego democrático, donde la creación de puentes democráticos potencia el derecho de los derechos. Aunque, es por demás importante aclarar y estar conscientes que no necesariamente la mayor participación significa más democracia, lo que se traduce en que no todo tipo de participación calza en términos democráticos; de hecho, el valor de la democracia no proviene de forma exclusiva por el hecho de ser un mecanismo de agregación de preferencias.[29] Si bien es cierto que en un régimen de tipo democrático se hace insoslayable la participación ciudadana, habrá que tener en cuenta entonces que no todo tipo de toma de decisiones públicas cumple con algunos pre-requisitos o precondiciones de la democracia. Ello significa que "no siempre decidir entre un sí o un no respecto a una propuesta del vértice del ejecutivo puede reconocerse como una decisión democrática".[30]

El derecho de los derechos debe estar precedido por una discusión en términos deliberativos que garantice la igualdad de oportunidades y que valore

27 Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, *Op. Cit.*, p. 333.

28 Boaventura de Sousa, "¿La revolución ciudadana tiene quien la defienda?", *Cuadernos Iberoamericanos. Revista de Historia y Comunicación*, n° 1 (2015), p. 184.

29 Josep Aguiló Regla, "Tener una Constitución", "Darse una Constitución" y "Vivir en Constitución", *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 28 (2008), p. 82.

30 Guadalupe Salmoran, "Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias?", *D&Q* (2016), p.19.

con ello todos los puntos de vista y ángulos de decisión. Pero, en esencia, se debe permitir e incentivar el intercambio de las ideas entres quienes participan en las decisiones, incluso más allá, entre todas las personas que de forma directa o indirecta pueden verse afectadas en la toma de decisiones. Es decir, el proceso de deliberación es la antesala a la toma de decisiones en términos democráticos; este es, desde mi concepción, y para ejercitar el derecho a decidir, un requisito inapelable para todo Estado que quiera denominarse democrático. En palabras de Bovero,

> ...se refiere más bien a un proceso decisional, pero indica claramente como parte esencial del acto mismo de la discusión de las distintas tesis y puntos de vista, la ponderación de los argumentos en favor y en contra, y el intento de persuasión recíproca entre sus respectivos sostenedores.[31]

A la luz de estas consideraciones y argumentos, el derecho de los derechos deberá ser antecedido por la máxima transparencia del proceso democrático, donde efectivamente los mecanismos de participación sean auspiciados por foros de deliberación que permitan desde mayor información, claridad y, sobre todo, participación por parte de la ciudadanía. Lo anterior se traducirá en reglas de operación del juego democrático tanto formal como sustancial.[32]

El derecho de los derechos o principio de participación, tal como lo indica Waldron, para tomarse en serio, requiere de una defensa fuerte y robusta, una defensa que pueda ser presentada, por ejemplo, como una respuesta creíble a las preocupaciones perennes sobre los riesgos que los perdedores corren al someterse a las decisiones de la mayoría. En el contexto de este tipo de preocupaciones, el argumento de que deben aceptar tales riesgos para que la gente pueda darse el capricho de expresarse en la urna parece absolutamente fuera de lugar.[33]

La tensión democrática propiciará reflexiones y argumentaciones, ya sea desde el bando de quienes defienden candados constitucionales para prevenir el suicidio democrático o desde las tesis que argumentan que la participación del pueblo en las decisiones constitucionales debe ser el pilar que construye el Estado democrático.

---

31 Michelangelo Bovero, *Una gramática para la democracia: contra el gobierno de los peores* (Madrid: Trotta, 2002), p. 64.

32 Ver: Andrea Greppi, *El campo de juego. Estudios sobre las condiciones del método democrático* (México: Fontamara, 2017).

33 Jeremy Waldron, *Op. Cit.,* p.288.

Considero pertinente recuperar el enlace entre la educación y democracia, que parece por demás relevante para ejercer el derecho de los derechos. Es decir, se debe reflexionar en torno a los contenidos pedagógicos que pueden potenciar e incentivar ejercicios democráticos sin que estos sean considerados como un riesgo a la democracia, al pensar posiblemente como Ordine, donde la vida de un estudiante puede ser transformada de muchos modos: educando a los alumnos en la legalidad, la tolerancia, la justicia, el amor, al bien común, la solidaridad humana, el respeto a la naturaleza y al patrimonio artístico, se realiza, en silencio y lejos de los focos, un pequeño milagro que se repite cada día en cada escuela en cada país, rico o pobre, del mundo".[34]

Indudablemente, la hibridación entre educación y democracia es inseparable en el pensamiento democrático. Ninguna persona nace demócrata, por lo que, en todo caso, habrá que adquirir y cultivar el sentido democrático. Eso es, precisamente, el derecho de los derechos.

Reflexiones finales

Como reflexiones finales, que, habrá que advertir, merecerán ulteriores estudios, califican las siguientes: El ejercicio democrático en las constituciones modernas ha sido seriamente limitado a costa de los derechos de participación, lo que ha significado tener derechos a costa de derechos.

Además, a partir de las constituciones gestadas posteriormente a los horrores que se suscitaron en la Segunda Guerra Mundial se justificó que las cartas constitucionales adquieran un grado de rigidez que limitara tanto a las generaciones presentes y futuras, lo que propició que la tensión democrática tuviera un vuelco significativo en términos democráticos. Al contrario, las constituciones latinoamericanas han puesto la tensión del lado de la democracia e incentivan con ello canales de participación ciudadana en la toma de decisiones, esto es, al materializar mecanismos democráticos que permitan la realización del derecho de los derechos.

Finalmente, la tensión democrática habrá que administrarla con prudencia, donde posiblemente una educación para la ciudadanía y ejercicios de deliberación pública pueden ser la hoja de ruta para sortear la difícil convivencia entre la Constitución y la democracia.

34 Nuccio Ordine, *Clásicos para la vida: una pequeña biblioteca idea* (España: Acantilado, 2016).

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. "'Tener una Constitución', 'Darse una Constitución' y 'Vivir en Constitución'", *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 28 (2008).

Aguiló Regla, Josep. "Tensiones del constitucionalismo y concepciones de la Constitución", en *El canon neoconstitucional,* editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Madrid: Trotta, 2010.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia", en *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, editado por Francisco M. Mora Sifuentes. México: Fontamara, 2014.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. España: Dykinson, 2013.

Bovero, Michelangelo. *Una gramática para la democracia: contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta, 2002.

De Sousa, Boaventura. "¿La revolución ciudadana tiene quien la defienda?", *Cuadernos Iberoamericanos. Revista de Historia y Comunicación*, n° 1 (2015).

De Sousa, Boaventura. *Refundación del Estado den América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Atropofagia, 2010.

Elster, Jon. "Régimen de mayorías y derechos individuales", en *De los derechos humanos*, editado por Stephen Shute, y Susan Hurley. Madrid: Trotta, 1998.

Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.

Gargarella, Roberto y Courtis, Christian. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009.

Gargarella, Roberto. "Constitucionalismo vs. Democracia", en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Tomo III, editado por Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.

Gargarella, Roberto. "Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna* 3, n° 4 (2013).

Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Argentina: Katz, 2014.

Greppi, Andrea. *El campo de juego. Estudios sobre las condiciones del método democrático*. México: Fontamara, 2017.

Holmes, Stephen. "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en *Constitucionalismo y democracia*, editado por Jon Elster y Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

Ibáñez, Perfecto Andrés. "Tangentopoli tiene traducción al castellano", en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

Jefferson, Thomas. "Carta a James Madison. 6 de septiembre de 1789", en *Autobiografía y otros escritos*. Madrid: Tecnos, 1987.

Jeremy Waldron. *Derecho y desacuerdos*. España: Marcial Pons, 2005).

Mascareño, Aldo. "Hacía una desconstitucionalización del particularismo normativo en América Latina", en *Democracia y poder constituyente*, editado por Gonzalo Bustamante y Diego Sazo. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2016.

Méndez López Josefina y Zaldivar Abad, Martha Loyda. "Revolución constituyente en América Latina: espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos", *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (2012).

Nino, Carlos S. "El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia", en *El presidencialismo puesto a prueba*, editado por Carlos S. Nino et. al. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Ordine, Nuccio. *Clásicos para la vida: una pequeña biblioteca idea*. España: Acantilado, 2016.

Paine, Thomas. *Derechos del hombre*. Madrid: Alianza, 1984.

Pisarrelo, Gerardo. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución de Venezuela: balance de una década", *Revista sin permiso: república y socialismo también para el siglo XXI*, n° 6 (2009).

Salmoran, Guadalupe. "Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias?", *D&Q* (2016).

Sunstein, Cass R. "Acuerdos de una teoría completa en derecho constitucional", *Precedente* (2006).

Sunstein, Cass R. "Constituciones y democracias: epílogo", en *Constitucionalismo y democracia*, editado por Jon Elster y Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

CAPÍTULO VII

El control de convencionalidad en el marco de los derechos humanos.
Su aplicación en los juzgados civiles del Sur de Jalisco

Nicandro Galileo Ramos Chocoteco,[1] Humberto Palos Delgadillo[2] y Evangelina Elizabeth Lozano Montes de Oca[3]

Introducción

El presente trabajo incursiona en el marco de los derechos humanos bajo un contexto nacional e internacional con acentuación desde la reforma constitucional de los Estados Unidos Mexicanos del 10 de junio de 2011, así como en la incorporación gradual de un espacio interamericano desde 2006 por el establecimiento del control de convencionalidad como una herramienta jurídica garantista de los derechos humanos en la impartición de justicia.

1 Estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara, adscrita al Centro Universitario del Sur.

2 Doctor en Ciencias con especialidad en Ciencias Administrativas del Instituto Politécnico Nacional. Estudios en: Administración con especialidad en Alta Dirección y Finanzas en el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. Especialización de Formulación y Evaluación de Proyectos de Inversión por el BID-BANOBRAS-EDUCON-CEPEP. Máster e Ingeniería Ambiental de la Empresa en la Universidad Oberta de Cataluña. Diploma de estudios avanzados en el Doctorado en Negocios Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Registro CONACYT de Evaluadores Acreditados del Sistema Nacional de Evaluación Científica y Tecnológica. Académico Certificado en Administración. ANFECA-UNAM. Profesor de Tiempo Completo "Titular C" de la Universidad de Guadalajara.

3 Doctora en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Jefa del Departamento de Ciencias Sociales del Centro Universitario del Sur y Profesora de Tiempo Completo "Titular B" de la Universidad de Guadalajara.

Dicha herramienta tiene una acotación de obligatoriedad, por lo que debe aplicarse en los juzgados federales y estatales del país; sin embargo, el cumplimiento del control de convencionalidad no es un indicador presente en las estadísticas que manejan los Consejos de la Judicatura tanto Federal como de Jalisco.

A este respecto, no bastan los indicadores estructurales que refieran que se está avanzando en la materia —ya que el ordenamiento jurídico vigente va en concordancia con esos derechos—, sino también conocer la compatibilidad que hay entre lo normativo con lo práctico. Es así que, precisando el contenido y los alcances del control de convencionalidad, se pretende conocer la coherencia entre los supuestos normativos con la práctica jurídica que realizan los jueces locales del Sur de Jalisco.

Exposición de motivos

El control de convencionalidad resulta obligatorio y de aplicación *ex officio* por parte de los órganos jurisdiccionales de México en aras de los derechos humanos con la perspectiva de brindar a la persona la protección más amplia. Dicho control debe ser ejercido en el marco constitucional y, dependiendo de qué autoridad jurisdiccional lo trate, será el alcance de su aplicación.

Es así que, en Jalisco, los jueces locales están obligados a ejercer un control difuso de convencionalidad mediante una interpretación en tres pasos, que conllevan la interpretación conforme en sentido amplio, interpretación conforme en sentido estricto e inaplicación de leyes cuando no sean posibles los pasos precedentes, como se desprende de la sentencia aludida en el párrafo precedente.

La aplicación del control de convencionalidad es una forma de garantizar y respetar los derechos humanos de las personas involucradas en los asuntos de los que los jueces dictan sentencias definitivas. Sin embargo, al no estar presente este tipo de indicadores, se desconoce que se esté aplicando el control de convencionalidad por los jueces de primera instancia del Estado de Jalisco, lo que hace importante identificar el nivel de aplicación del control de convencionalidad, en específico en sentencias definitivas en materia civil que emitieron los jueces civiles de primera instancia ubicados en el Sur de Jalisco.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

En la resolución adoptada en materia de derechos humanos de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), se encomendó en primer término al Consejo Interamericano de Jurisconsultos un proyecto de convención sobre derechos humanos que podría comisionar a otra entidad si así lo considerara pertinente; a la par, se encomendó otro proyecto o proyectos de convención para una Corte Interamericana para la Protección de Derechos Humanos y otros órganos para tutela y observancia de esos derechos. Asimismo, se aprobó que los proyectos se sometieran en la Undécima Conferencia Interamericana.[4] La resolución adoptada en materia de derechos humanos de la reunión señalada en su conjunto forma uno de los precedentes de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), donde se marcó un evento para el sometimiento de la misma.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) son la contenciosa y la consultiva, además de poder emitir medidas provisionales y supervisar el cumplimiento de sus sentencias. Atinente a la función contenciosa, la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano. De igual manera, a través de esta vía la Corte realiza la supervisión de cumplimiento de sentencias.[5]

En términos generales, la función consultiva permite que un Estado miembro de la OEA o un órgano de este consulte a la CorteIDH acerca de la compaginación de normas internas, así como de la interpretación de la CADH y más intrumentos jurídicos de derechos humanos. En cuanto a las medidas provisionales, son pronunciadas cuando de primera mano se demuestra extrema gravedad, urgencia y que de no actuarse se consumarían daños irreparables. Por último, la supervisión de las sentencias son efectuadas para verficiar que

4 Ver: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, "Quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores" (Acta, Santiago de Chile, 1960), consultado el 23 de julio de 2020, http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf

5 Corte Interamericana de Derehos Humanos, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (San José: Corte Interamericana de Derehos Humanos, 2018).

lo dictado en las sentencias se cumpla en el tiempo establecido para tal efecto; si no, para orientar al Estado en su cumplimiento e informar a la Asamblea General de la OEA la situación. Con ello, se logra contribuir a la eficacia del sistema de protección de derechos humanos.[6]

Derechos humanos

Se entiende por derechos humanos los derechos subjetivos que son reconocidos a las personas en ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales; si bien se hace referencia generalmente por un sentido natural o inherente a las personas, la validez de los derechos reside en que han sido reconocidos en un ordenamiento jurídico por la autoridad política correspondiente. Por lo tanto, se acepta que los derechos humanos son inherentes a las personas en el sentido de que las personas son sujetos de los derechos. En esa secuencia, es de interés señalar que los derechos humanos tienen atributos, o si se quiere ver de otra perspectiva, son guiados por principios. De la última forma, la Carta Magna de México enlista los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

Atinente al principio de universalidad, Nikken[7] sostiene que son "inherentes a la condición humana, todas las personas son titulares de los derechos humanos y no pueden invocarse diferencias de políticas, sociales, culturales, religiosas, raciales, étnicas, de género ni de ningún otro tipo como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos".

De esa manera, los derechos humanos corresponden a todas las personas en donde la discriminación de algún tipo en perjuicio de los titulares no tiene cabida. Lo notable es que se trata de un reconocimiento de esos derechos por los Estados para todas las personas, en lo particular por el Estado mexicano, que brinda seguridad jurídica al reconocerlos con carácter constitucional.

En referencia al siguiente principio de indivisibilidad, Nikken sostiene que "no se admiten desmembraciones ni jerarquías entre los derechos humanos, de modo que no puede afirmarse que alguno sea no substancial o de importancia menor".[8] Así, al ser indivisibles se presenta un solo conglomerado de derechos humanos, lo que resulta trascendente porque no se pueden

6 *Ibídem*.

7 Pedro Nikken, "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH* 52 (2010): pp. 55-140.

8 *Ibídem*, p. 70.

establecer categorías entre unos y otros; se debe velar por el respeto en su totalidad, no se admite la parcialidad, es decir, que unos se respeten y otros no por razón de cierta agrupación o categoría.

Continuando con el siguiente principio aludido, Vázquez y Serrano[9] sustentan que "la interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos". En esa medida, los derechos humanos se encuentran relacionados en sí, lo que resulta importante para el respeto de un derecho humano que presupone su cumplimento para el respeto de los derechos relacionados. Un ejemplo es el derecho a la educación que guarda relación con el derecho a la salud y a la alimentación, es decir, es prudente alimentarnos y si sobreviene una enfermedad tener acceso a los cuidados de la salud, de tal forma que, alimentados y sanos, se está en condiciones de ir a una escuela y recibir educación.

En cuanto a la protección de los derechos humanos, se señala que existen dos tipos de sistemas: los universales y los regionales. En estos últimos se encuentra el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que incluye a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa vertiente, en referencia a los tribunales de los sistemas de protección de derechos humanos, Ferrer Mac-Gregor[10] resalta la característica del individuo para demandar a los Estados nacionales, lo que equipara al surgimiento de una especie de amparo internacional y en específico un amparo interamericano en la región interamericana.

Así, es relevante que el Estado mexicano sea integrante tanto del sistema universal como del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en particular de este último, en donde la persona puede demandar al Estado mismo, como ha llegado a suceder en aras de la protección de los derechos humanos. Asimismo, forma parte de la CorteIDH, intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que emite sendas sentencias vinculatorias.

---

9 Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Pedro Salazar Ugarte y Miguel Carbonell Sánchez (México: IIJ UNAM, 2011): pp. 135-165.

10 Eduardo Ferrer Mac-Gregorn y Fernando Silva García, "La primera sentencia internacional condenatoria en contra del estado mexicano", en *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: IJJ UNAM, Marcial Pons, 2017): pp. 769-803.

Control de convencionalidad

García Ramírez[11] señala que el control de convencionalidad es "entendido como instrumento para la forja del *ius commune* americano de los derechos humanos, no solo como factor para la solución de contiendas específicas, aunque desde luego debe servir y efectivamente sirve para este último propósito". Dicho control se puede considerar como un medio para lograr la formación del derecho común americano de derechos humanos en dos sentidos: en el primero son tomados en cuenta principalmente los derechos humanos a nivel interamericano, y en el segundo se interpreta dicho contenido normativo, lo que propicia diálogo entre tribunales.

El aspecto de diálogo entre tribunales es relevante porque como García Ramírez sostiene es "la jurisdicción doméstica una primera línea de la tutela: originaria y principal; la protección internacional es apenas complementaria o subsidiaria".[12] Resulta obvio que la mayoría de los casos en que se busca la protección de los derechos humanos son conocidos en la jurisdicción de cada Estado —por ello es la principal—, en tanto son pocos los casos que conoce la CorteIDH, razón por la que esa protección internacional es subsidiaria. Entre los motivos se destaca que los Estados cuentan con los recursos para atender la demanda de acceso a la justicia, cumpliendo con garantizar el mencionado derecho de las personas, labor que no es comprensible que se pueda delegar a tribunales supranacionales, sino solo en virtud de complementariedad.

El control de convencionalidad es diferenciado por quien lo ejerce: cuando es ejercido por la CorteIDH en la jurisdicción subsidiaria se considera concentrado, y cuando es aplicado por los órganos de la jurisdicción principal se señala como difuso, en el entendido que en este segmento se delimita a las autoridades jurisdiccionales, sin desconocer que el control difuso de convencionalidad abarca a todas las autoridades de los Estados.

En esa dirección, en referencia al control difuso de convencionalidad, Ferrer Mac-Gregor aduce que "este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos",[13] en contraposición al control concentrado de convencionalidad que la CorteIDH ejerce apegada a sus competencias en la CADH. De

11 Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México: Porrúa, 2019).

12 *Ibídem*, p. 35.

13 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Op. Cit.,* p. 674.

este modo, el control difuso de convencionalidad se genera y desarrolla en un ala progresista a favor del respeto de los derechos humanos.

En México la aludida institución jurídica se incorpora a un control difuso de constitucionalidad; por ello es relevante tener un acercamiento conceptual en este ámbito. Góngora Pimentel[14] precisa que "el control de constitucionalidad hace referencia a procedimientos que buscan asegurar que se cumplan los preceptos de la ley suprema; asimismo, estos mecanismos protegen los derechos fundamentales que todo individuo tiene en nuestro país".

La incorporación del control difuso de convencionalidad en el control difuso de constitucionalidad es entendible debido a que la ley suprema —la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos— reconoce derechos humanos señalados tanto en ella como en los tratados internacionales en esa materia. De este modo, cuando las autoridades jurisdiccionales aplican un control difuso de convencionalidad aseguran el cumplimiento de lo preceptuado en la norma fundamental, y al mismo tiempo, protegen los derechos humanos que aluden.

En busca de una definición del control de convencionalidad se encuentra la que reflexiona Ferrer Mac-Gregor como un "deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[15]

Siguiendo las ideas aducidas de control de constitucionalidad de Góngora Pimentel y de control difuso de convencionalidad de Ferrer Mac-Gregor, se expresa una definición contextualizada en México: el control difuso de convencionalidad es la institución jurídica por la cual los jueces nacionales, en el caso concreto, deben asegurar la protección de los derechos humanos reconocidos en la norma fundamental y en los tratados internacionales de la materia.

Aplicación del control de convencionalidad

García Ramírez[16] sostiene que "el control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamen-

14 David Góngora Pimentel, "El juicio de amparo y el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", en *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, Tomo II, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (México: IIJ UNAM, 2017): pp. 277-286.

15 *Op. Cit.*, p. 674.

16 Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista IUS* 5, n.° 28 (2011): pp. 123-159.

te formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden". De esa manera, se desprende del control de convencionalidad que se debe aplicar el ordenamiento jurídico supranacional en derechos humanos previamente aceptado por el Estado mexicano conforme a la Carta Magna, es decir, el tratado es firmado por el presidente de la República y ratificado por el Senado del Congreso de la Unión. En el mismo tenor, de la señalada aplicación surge la determinación de las consecuencias jurídicas correspondientes cuando el orden jurídico de derechos humanos ha sido vulnerado.

Continuando con el sentido supra del control difuso de convencionalidad al enmarcarse en un control de constitucionalidad, su aplicación comprende naturalmente también al orden constitucional de los derechos humanos. Para materializar la aplicación del control de convencionalidad en el Estado mexicano, se inserta en una interpretación conforme en sentido amplio, en sentido estricto y, en caso de no ser posible ni esto ni aquello, la inaplicación de leyes. Por ello, es de interés conocer la concepción de interpretación conforme y la inaplicación de leyes.

De manera introductoria, la interpretación conforme hace referencia al caso en que una norma jurídica jerárquicamente por debajo de la Constitución tenga "varias interpretaciones válidamente posibles, de estas, algunas conducen al reconocimiento de inconstitucionalidad, otras en cambio admiten la constitucionalidad de la norma, el intérprete debe preferir esta última, a efecto de evitar la expulsión de la norma del sistema jurídico".[17]

En un sentido de sentencia interpretativa, no es cuando existen diversas interpretaciones de la ley; Carpio Marcos[18] apunta que una sentencia interpretativa constituye el fenómeno "mediante el cual los tribunales constitucionales evitan expulsar del ordenamiento a una ley por considerar que esta es posible de interpretarse conforme con la Constitución".

---

17 Pedro Antonio Enríquez Soto, "La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos", en *Contribuciones al derecho constitucional*, José María Serna de la Garza (México: IIJ UNAM, 2015): pp. 289-315.

18 Edgar Carpio Marcos, "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México: IIJ UNAM, IMDPC, Marcial Pons, 2008): pp. 155-174.

Entonces, respecto a la interpretación conforme se habla en primera instancia de una preferencia por la interpretación de la norma jurídica que sea acorde a la Constitución, soslayando toda interpretación que no lo sea. En segunda instancia, se alude al propósito de evitar la expulsión de la norma jurídica que se encuentre por debajo de la Constitución. Se deben considerar ciertos aspectos para lograr la interpretación conforme, resultando relevantes los señalados por Carpio Marcos[19] que a continuación se presentan de modo sucinto respecto a la norma jurídica en entredicho:

- Tiene diversas interpretaciones posibles.
- Algunas de ellas son compatibles o no con la Constitución.
- La interpretación compatible elegida es base para no expulsar la norma jurídica.

Se enfatiza que la interpretación conforme como parte del control difuso de convencionalidad no solo debe considerar la compatibilidad entre la norma jurídica de jerarquía inferior con las normas relativas a derechos humanos de fuente constitucional y derecho convencional, sino también las normas relativas a derechos humanos, es decir, la propia Constitución y derechos internacionales en la materia, con la bandera del principio pro persona, es decir, priorizando la protección más amplia a la persona.

Por eso, tiene vigencia que "la interpretación conforme representa la principal herramienta que brinda el texto constitucional para perseguir una adecuada aplicación y expansión de los derechos humanos".[20] De ahí la importancia que la interpretación conforme sea efectuada por los jueces nacionales.

Respecto al concepto de inaplicación de la ley, González Oropeza[21] postula que "la inaplicación de una norma jurídica de carácter electoral debe entenderse como la suspensión de los efectos de esa norma jurídica con respecto a la persona que promovió un medio de impugnación ante un tribunal electoral federal". En concordancia con lo esbozado, la inaplicación de la ley

19 *Ibídem*, p. 162.

20 José Luis Caballero Ochoa y Daniel Antonio García Huerta, "El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1.º de la Constitución", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, vol. V (México: M. A. Porrúa, 2016): pp. 31-45.

21 Manuel González Oropeza, "La inaplicación de normas jurídicas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación", en *La justicia electoral mexicana en el Foro Internacional. El TEPJF en la Comisión de Venecia*, tomo I. Colección TEPJF, José Alejandro Luna Ramos, Manuel González Oropeza, Huu Dong Nguyen y Janine Madeline Otálora Malassis (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015): pp. 477-487.

es parte de la aplicación del control difuso de convencionalidad por parte de los jueces nacionales solo cuando la norma jurídica no es compatible en la interpretación conforme a las normas relativas de derechos humanos de fuente constitucional y convencional, es decir, en ese supuesto se opta por no aplicar la norma jurídica.

En el caso de México, los jueces tienen la facultad y obligación para pronunciarse jurisdiccionalmente con el derecho internacional de los derechos humanos no solo del sistema interamericano sino con todo aquel que sea parte el Estado mexicano. Por eso, se agrega en semejanza con Dulitzky[22] como consecuencia muy positiva de la aplicación del control de convencionalidad *ex officio* por los jueces nacionales que, además de ser intérpretes de la CADH, son intérpretes de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Mexicana y de los tratados internacionales, pudiendo pronunciarse atinadamente en la materia en cuestiones que las respetivas cortes internacionales y los correspondientes órganos jurisdiccionales nacionales en sentencias y jurisprudencia no han abordado.

El contexto de estudio

A continuación, se precisará el fundamento jurídico de la obligatoriedad del control difuso de convencionalidad en México, y en específico por el que deben ejercer los jueces en Jalisco, en un contexto en que el Estado mexicano se suma a organismos y ordenamientos internacionales en favor de los derechos humanos.

Mac-Gregor contempla cinco fundamentos jurídicos[23] para que el control difuso de convencionalidad sea obligatorio en México: 1) las sentencias condenatorias al estado mexicano que lo señalan; 2) los artículos 1.°, 2.° y 29.° de la CADH; 3) los artículos 26.° y 27.° de la Convención de Viena; 4) la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos; y 5) la aceptación de dicho control por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 resuelto el 14 de julio de 2011, que consideró una interpretación sistemática de los artículos 1.° y 133.°. Dichos fundamentos se esbozan a continuación, lo mismo que se agregan fundamentos jurídicos particulares del Estado de Jalisco.

22 Ariel Dulitzky, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal* 50 (2015): pp. 45-93, https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf

23 *Op. Cit.,* p. 684.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Son aplicables para la obligatoriedad del control de convencionalidad el artículo 1.° y 133.° de la Constitución mexicana.[24] Del artículo 1.° se destacan en particular los primeros tres párrafos:

> Artículo 1.°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En el primer párrafo se hace un reconocimiento explícito para que las personas gocen de los derechos humanos establecidos en fuente constitucional y en fuente externa cuando el Estado mexicano sea parte, lo mismo que las garantías para que se protejan, dejando de manifiesto que puede suceder restricción o suspensión cuando así lo señale solamente el texto constitucional.

El segundo párrafo corresponde a la cláusula de interpretación conforme; así, los tribunales están obligados a realizar dicha interpretación bajo el principio pro persona, aplicable a los juzgados de primera instancia del Poder Judicial del Estado de Jalisco cuando se encuentran en la necesidad de interpretar normas relativas de derechos humanos.

En el tercer párrafo se señalan las obligaciones a propósito de los derechos humanos de las personas que tienen que cumplir todas las autoridades en su ámbito competencial; en este supuesto, obviamente se encuentran los juzgados de primera instancia señalados, y para especificar su marco competencial —como se señaló anteriormente— la SCJN ha emitidos pautas.

---

24 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, 2020).

La pauta más relevante —por dar así un inicio de aceptación del control de convencionalidad— se da al resolver la sentencia del expediente varios 912/2010, en términos generales, porque la SCJN se ajustó a que efectivamente que los jueces debían ejercer un control de convencionalidad y el modo. En esa ocasión, la SCJN arribó a esa posibilidad al haber efectuado una interpretación sistemática del artículo 1.° y 133.° de la Constitución mexicana. El último precepto señalado establece:

Artículo 133.°. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Es evidente la facultad que el texto constitucional otorga a los jueces de cada entidad federativa para preservar la Constitución incluso cuando existiera disposición normativa en contrario de las entidades federativas. Se señala únicamente a la Constitución debido a que en realidad es el objeto de preservación, puesto que las leyes que de ella se derivan y los tratados deben estar conforme con ella, es decir, la supremacía constitucional está vigente.

Orden normativo de Jalisco

La normatividad del Estado de Jalisco para que los jueces locales apliquen el control de convencionalidad es general, que se desprende de su Constitución y su Ley Orgánica del Poder Judicial.

• De la Constitución Política del Estado de Jalisco[25]

Son aplicables los artículos 4.°, 51.°, 52.° y 63.°. Del artículo 4.° se pasan íntegramente tres apartados, la primera parte del párrafo 1 y los párrafos 3 y 4, a saber:

> Artículo 4.º. Toda persona, por el solo hecho de encontrarse en el territorio del Estado de Jalisco, gozará de los derechos que establece esta Constitución, siendo obligación fundamental de las autoridades salvaguardar su cumplimiento.

25 Constitución Política del Estado de Jalisco (México: Periódico Oficial del Estado de Jalisco, 21, 25 y 28 de julio y 1 de agosto de 1917).

> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 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.

Así, los derechos reconocidos en la Constitución jalisciense serán gozados por toda persona en Jalisco, mientras que como obligación fundamental las autoridades garantizarán su cumplimiento. La cláusula conforme, bajo el principio pro persona, es integrada en el párrafo tercero con el anexo de la Constitución de Jalisco, enlistada primero. En tanto, el párrafo cuarto es idéntico al párrafo tercero de la Constitución mexicana.

De lo anterior se desprende que los jueces locales tienen como obligación fundamental garantizar el cumplimiento de los derechos que se encuentran en Jalisco y, para la interpretación conforme bajo el principio pro persona también deben considerar la Constitución jalisciense. Del mismo modo, el fundamento de los tribunales se encuentra en los artículos 51.° y 52°, que son idénticos a los párrafos primero y segundo del artículo 17.° de la Constitución mexicana, a saber:

> Artículo 51.°. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
>
> Artículo 52.°. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, los cuales deberán emitir sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales.

En tanto, el fundamento la conformación del poder judicial del Estado de Jalisco se establece en el artículo 56.° que estable:

> Artículo 56.°. El ejercicio del Poder Judicial se deposita en el Supremo Tribunal de Justicia, en los juzgados de primera instancia, menores y de paz y jurados. Se compondrá además por dos órganos: el Consejo de la Judicatura del Estado y el Instituto de Justicia Alternativa del Estado.

Entonces, los juzgados de primera instancia son parte del Poder Judicial, tribunales que administran justicia al servicio de las personas y, en el artículo 63.° se establece que los jueces de primera instancia son electos por el Consejo de la Judicatura,[26] la duración como juez es de cuatro años y podrán ser reelectos, previa aprobación de las evaluaciones de control de confianza y, cuando sean reelectos "solo podrán ser privados de su puesto en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes secundarias en materia de responsabilidad de los servidores públicos".

En consonancia, respecto a la cláusula constitucional de interpretación conforme, Ferrer Mac-Gregor[27] señala que "no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino un proceso interpretativo de armonización", más en el sentido que el mismo autor refiere que como lo ha enseñado Fix-Zamudio: una vez que el derecho internacional se incorpora al derecho interno, aquel se convierte también en derecho interno, solo de fuente internacional. Este hecho resulta relevante porque la norma internacional —en este caso los tratados internacionales en materia de derechos humanos— se convierte en parte del derecho interno de México, en virtud, como se señaló en párrafos precedentes, de la norma fundamental que la es la Constitución Mexicana, en respeto de la supremacía constitucional.

Finalmente, la lógica de la teoría pura del derecho "es una lógica normativa general, es decir, una lógica del deber ser o de las proposiciones del deber ser, la lógica de un conocimiento dirigido a normas y no a la realidad natural".[28] Así, esta es otra proposición clarificadora de por qué la presente investigación jurídica se circunscribe en la corriente del derecho positivo, puesto que se concibe en una lógica del deber ser con las normas y no a algo natural que sucede porque así es; por ejemplo, que toda autoridad del Estado mexicano —en específico los órganos jurisdiccionales del Estado de Jalisco— tengan la obligación de aplicar el control de convencionalidad es precisamente un deber ser, que no asegura que se cumpla explícitamente porque así sea. Si ocurriera esto último, hubiera sido innecesario emprender esta investigación jurídica.

26 El artículo 64.° de la Constitución del Estado de Jalisco establece: La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial, con excepción del Supremo Tribunal de Justicia, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura en los términos que establezcan las leyes, con base en esta Constitución.

27 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (México: IIJ UNAM, Marcial Pons, 2018) p. 698.

28 *Ibídem*.

• Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco[29]

La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco, en el artículo 110.° se estipulan trece obligaciones de los jueces, de las cuales se pasan enseguida las aplicables a la cuestión:

> I. Acordar y sentenciar oportuna, fundada y motivadamente con sujeción a las normas aplicables a cada caso, previstas en la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.
>
> II. Integrar en los casos de ausencia o insuficiencia de los preceptos, la norma aplicable al caso, la que deberá ser congruente con la vigencia del orden jurídico;
>
> X. Acatar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Supremo Tribunal de Justicia del Estado.

De la obligación I, aunque no señala acordar y sentenciar conforme a la Constitución mexicana ni la jalisciense, se derivan las obligaciones de todas las autoridades respecto a los derechos humanos de las personas; así, en todas las autoridades están incluidas los juzgados de primera instancia y la máxime que en la Constitución jalisciense es obligación fundamental de la autoridad de asegurar el cumplimiento de los derechos que establece y, por extensión, que reconoce.

De la obligación II, en caso de integrar se debe hacer en concordancia con el orden jurídico vigente, de modo que en esas situaciones de integración de la ley se da apertura para ser congruente a las constituciones mexicana y jalisciense.

De la obligación X se precisa que se debe acatar la jurisprudencia de la SCJN y, toda vez que las pautas jurisprudenciales permiten un marco de actuación para la aplicación del control difuso de convencionalidad *ex officio* por parte de los jueces locales, dicho control debe ejercerse.

• Jueces del Estado de Jalisco obligados a aplicar el control de convencionalidad

Al ser autoridades del propio Estado mexicano, los jueces del Estado de Jalisco están obligados a dirigir sus acciones conforme a la reforma constitucional de 2011, y con las pautas jurisprudenciales de la SCJN se regula su

29 Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco (México: Periódico Oficial El Estado de Jalisco, 1997).

actuación vinculatoria para ejercer un control difuso de convencionalidad ex officio. En este último punto, aun así, el Congreso de Jalisco efectuó un agregado jurídico más que fue invalidado posteriormente.

En 2015 el Congreso del Estado de Jalisco reformó la Constitución Política del Estado de Jalisco que introdujo y reguló el control de convencionalidad para los jueces locales, estipulando en forma general en su artículo 52.° que los tribunales debían aplicar el control de convencionalidad, privando sobre cualquier ley federal o estatal, con excepción si hubiese restricciones constitucionales o jurisprudenciales.

De ese hecho, la Procuraduría General de la República promovió el control constitucional de acción de inconstitucional 75/2015,[30] que fue resuelto el 14 de junio de 2016 por el Tribunal Pleno de la SCJN con la declaración de invalidez de la norma constitucional estatal impugnada, sustentando la determinación en que lo legislado no corresponde a la competencia local; además, la legislación reglamentaria en derechos humanos corresponde únicamente al Congreso General.

Así terminó un intento de regulación constitucional explícita del control de convencionalidad a nivel Estado de Jalisco, que representaba que un Congreso dejara en claro la obligación de aplicar el control de convencionalidad, aunque solo se hubiese pronunciado sobre los tribunales y dejara de lado a las demás autoridades. Con la sentencia de la acción de inconstitucionalidad se puntualizó la declaración de invalidez del referido artículo y se puntualizó que es el Congreso General quien tiene la facultad para legislar sobre el tópico.

En suma, aunque la regulación sobre el control de convencionalidad en la Constitución jalisciense fue efímera y declarada inválida, los tribunales de Jalisco siguen vinculados con la reforma constitucional de 2011 y las pautas que ha fijado la SCJN principalmente en la sentencia del expediente varios 912/2012; por ello, la aplicación del control de convencionalidad en los tribunales de Jalisco debe permear en los asuntos jurídicos que resuelvan.

• Los Juzgados Civiles del Sur de Jalisco

La función jurisdiccional recae tradicionalmente en el poder judicial. En México, al ser una república federal compuesta por Estados y la Ciudad de

30 Suprema Corte de Justicia de la Nación (México: Semanario Judicial de la Federación, 2016), consultado el 25 de septiembre de 2020, https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=26783&Clase=DetalleTesisEjecutorias

México, existe un Poder Judicial de la Federación por cada una de las entidades.

La Región Sur de Jalisco abarca 12 de los 125 municipios en que está dividido Jalisco. Los 12 municipios están comprendidos por tres Partidos Judiciales del Poder Judicial del Estado de Jalisco con cuatro juzgados civiles, en el Partido Judicial Décimo Cuarto se ubican dos: el Juzgado Primero de lo Civil y el Juzgado Segundo de lo Civil en Zapotlán el Grande, que conocen también asuntos de Gómez Farías, Tonila, Tuxpan y Zapotiltic. En el Partido Judicial Vigésimo Primero se ubica el Juzgado en Materia Civil de San Gabriel, que además atiende los asuntos de Tolimán y Zapotitlán de Vadillo. En el Partido Vigésimo Octavo se localiza el Juzgado en Materia Civil de Tamazula de Gordiano que así mismo, recibe casos de Jilotlán de los Dolores, Pihuamo y Tecalitlán por ser parte del mismo Partido Judicial, lo mismo acontece con los demás municipios aludidos en este párrafo en su respectiva demarcación judicial.

Aunado a que los mencionados juzgados conocen casos no solo del municipio sede sino de municipios colindantes, por cuestiones orgánicas y presupuestarias también conocen asuntos de materia familiar, y en un momento conocieron asuntos en materia mercantil y/o penal, es decir, constituyendo un panorama peculiar.

Los juzgados son los órganos jurisdiccionales a los que los justiciables acuden a ejercer el derecho de acceso a la justicia, donde esta es impartida. El estudio centró su atención en los Juzgados Civiles del Sur del Estado de Jalisco, cuatro a saber: Juzgado Primero y Juzgado Segundo de lo Civil con sede en Zapotlán el Grande, Juzgado en Materia Civil con sede en San Gabriel y, Juzgado en Materia Civil con sede en Tamazula. Sin embargo, para la muestra de estudio no se contempló el Juzgado Primero de lo Civil en Zapotlán el Grande, al no contar con sentencias definitivas en la plataforma de transparencia que se accedió para recabarlas.

• De la aplicación del control de convencionalidad

El conocimiento de la aplicación del control de convencionalidad por parte de los juzgados del Sur de Jalisco, particularmente los seleccionados en este trabajo por su representatividad, permitió establecer el nivel de cumplimiento de dicha herramienta. Estos fueron: Juzgado Segundo de lo Civil

de Zapotlán el Grande, Juzgado Mixto de San Gabriel y Juzgado Mixto de Tamazula de Gordiano.

Así, se tuvo acceso público a 580 sentencias definitivas dictadas entre los años 2012 a 2019 por un juez o jueza de juzgado civil de primera instancia con sede en esa región, publicadas en la plataforma de transparencia del Consejo de la Judicatura del Estado de Jalisco, que al estar publicadas gozan de la presunción de haber causado estado; es decir, 580 sentencias que cumplen los criterios de inclusión del 1 al 5, siendo determinante el último criterio que sea de materia civil el que propició que se consideraran para el estudio solo 78 sentencias: 59 sentencias del Juzgado Segundo de lo Civil en Zapotlán el Grande, 18 sentencias del Juzgado en Materia Civil de San Gabriel y 1 sentencia del Juzgado en Materia Civil de Tamazula de Gordiano.

Al respecto, los principales resultados obtenidos son que los jueces de primera instancia del Sur de Jalisco, al resolver casos concretos en materia civil a través de sentencias definitivas, no dieron lugar a la uniformidad de aplicación del control referido, arrojándose que de las 78 sentencias que se analizaron, en el 22 % se aplicó el control de convencionalidad y en el 78 % de las sentencias solo se aplicó el derecho estatal y nacional vigente, dejando al lado la obligatoriedad de aplicación del control de convencionalidad.

Entre las causas que pudieron generar esta situación se encuentran la falta de conocimiento sobre la aplicación del control de convencionalidad que los jueces están facultados y obligados a hacer, que eventualmente responder a la falta de actualización de los jueces y/o a la falta de programación de capacitación judicial sobre este tema importante, lo que puede originarse por falta de presupuesto. En tanto, la falta de conocimiento y el factor económico pueden influir la falta de organización de los operadores judiciales para llevar a cabo eventos donde se capaciten. Otras de las causas —a grandes rasgos— son falta de tiempo para el estudio de caso con estándar interamericano, una visión tradicional de los jueces enfocada al derecho interno y la falta de sistematización del control de convencionalidad en obras jurídicas teóricas, prácticas, breves y claras.

Las principales tres consecuencias son abrumadoras: la posibilidad de aplicar derecho interno contrario a los derechos humanos, incumplimiento del Estado mexicano del principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*

respecto al derecho internacional de los derechos humanos, y justicia tardía, si las autoridades estatales no cumplen con un control de convencionalidad; incluso es posible que el caso sea dilucidado en la Corte IDH, que actúa de manea subsidiaria cuando los jueces de primera instancia —que son los que resuelven la mayoría de los casos jurídicos— son los idóneos para aplicar un control de convencionalidad.

Conclusiones

Los Derechos Humanos, tanto los establecidos en México en la reforma constitucional del Artículo 1.º de su Carta Magna en 2011 como la incorporación gradual de los mismos por organismos internacionales desde 2006, no han garantizado su cabal cumplimiento como se destaca en este documento por los juzgados de estudio ubicados en el sur de Jalisco.

Así, un hecho que se observa es que se hace necesario el conocimiento de la aplicación del control de convencionalidad como una forma de garantizar y respetar los derechos humanos de las personas involucradas en los asuntos de los que los jueces dictan sentencias definitivas, lo que representa una obligación para las autoridades mexicanas y particularmente aquellas que fueron sujetos del estudio en el ámbito de sus funciones de acuerdo al artículo 1.° Constitucional, por lo que resulta importante señalar esta situación para efecto de tomar acciones en pro de su cumplimiento total.

Otro aspecto que se refuerza es que la falta de aplicación de esta herramienta jurídica es un problema que requiere pronta atención, pues no se garantiza que los jueces en cuestión estén velando por los derechos humanos y su primacía sobre normas jurídicas que vulneren su ejercicio. Por lo que, de ser así, está en juego la dignidad de la persona frente a normas que pueden ser de carácter adjetivo o sustantivo, contrarias a los derechos humanos.

Bibliografía

Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio. "El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1.º de la Constitución". En *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones,* vol. V. México: M. A. Porrúa, 2016.

Carpio Marcos, Edgar. "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)". En *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VI, Interpretación constitucional y jurisdic-*

ción electoral, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. México: IIJ UNAM, IMDPC, Marcial Pons, 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, 2020.

Constitución Política del Estado de Jalisco. México: Periódico Oficial del Estado de Jalisco, 21, 25 y 28 de julio y 1 de agosto de 1917.

Corte Interamericana de Derehos Humanos. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derehos Humanos, 2018.

Dulitzky, Ariel. "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights". *Texas International Law Journal* 50 (2015): pp. 45-93, https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf

Enríquez Soto, Pedro Antonio. "La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos". En *Contribuciones al derecho constitucional*, José María Serna de la Garza. México: IIJ UNAM, 2015.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: IIJ UNAM, Marcial Pons, 2018.

Ferrer Mac-Gregorn, Eduardo y Silva García, Fernando. "La primera sentencia internacional condenatoria en contra del estado mexicano". En *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: IJJ UNAM, Marcial Pons, 2017.

García Ramírez, Sergio. "El control judicial interno de convencionalidad". *Revista IUS* 5, n.° 28 (2011): pp. 123-159.

García Ramírez, Sergio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2019.

Góngora Pimentel, David. "El juicio de amparo y el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad". En *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, Tomo II, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García. México: IIJ UNAM, 2017.

González Oropeza, Manuel. "La inaplicación de normas jurídicas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación". En *La justicia electoral mexicana en el Foro Internacional. El TEPJF en la Comisión de Venecia, tomo I. Colección TEPJF*, José Alejandro Luna Ramos, Manuel González Oropeza, Huu Dong Nguyen y Janine Madeline Otálora Malassis. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco. México: Periódico Oficial El Estado de Jalisco, 1997.

Nikken, Pedro. "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales". *Revista IIDH* 52 (2010): pp. 55-140.

Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. "Quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores". Acta, Santiago de Chile, 1960. Consultado el 23 de julio de 2020. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. México: Semanario Judicial de la Federación, 2016. Consultado el 25 de septiembre de 2020. https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=26783&Clase=DetalleTesisEjecutorias

Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica". En *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Pedro Salazar Ugarte y Miguel Carbonell Sánchez. México: IIJ UNAM, 2011.

CAPÍTULO VIII

Desigualdad social e inseguridad en México 2007-2020

Elena Azaola[1]

Introducción

Este trabajo tiene un doble propósito: por un lado, el de dar cuenta de la situación que guarda la desigualdad social en México y, por otro, mostrar que la crisis de seguridad y de derechos humanos que desde 2007 hasta la fecha enfrenta el país no puede entenderse sin tomar en cuenta las profundas desigualdades sociales, ya que estas contribuyen de manera importante al incremento en la incidencia delictiva en general y al de la violencia en particular.

En este marco cabe preguntarse qué es la justicia social. Durante el 62° periodo de sesiones, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó establecer el 20 de febrero como el "Día Mundial de la Justicia Social". De acuerdo con esta Resolución, "el desarrollo social y la justicia social son indispensables para la consecución y el mantenimiento de la paz y la seguridad en las naciones y, entre ellas, y que, a su vez, ambos temas no pueden alcanzarse si no hay paz y seguridad o si no se respetan todos los derechos

1 Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) e Investigadora Emérita del Sistema Nacional de Investigadores. Ha desarrollado numerosos estudios sobre la criminalidad y la violencia en México y ha publicado más de 200 trabajos tanto en México como en otros 17 países por los cuales ha recibido diversos premios y reconocimientos.

humanos y las libertades fundamentales".[2] Como también lo afirmó el expresidente Barack Obama en su último discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2016: "un mundo en el que el 1 % de la humanidad controla tanta riqueza como el 99 % más pobre nunca será estable".[3]

Injusticia social en México

Por su número de habitantes en 2020, México ocupa el 10° lugar en el mundo con una población de 129 millones de habitantes.[4] A pesar de que entre 1999 y 2003 México había logrado colocarse entre las 10 economías más grandes del mundo, en 2020 el Fondo Monetario Internacional estima que pasará del lugar 15 al 16 en el ranking mundial de acuerdo con el PIB entre 193 países, siendo su peor puesto desde 1989.[5] Asimismo, en 2019 ocupó el lugar 74 en el Índice de Desarrollo Humano.[6]

México se encuentra entre los 25 países con mayores niveles de desigualdad, a pesar de ser la segunda economía en Iberoamérica. De acuerdo con datos de CONEVAL de 2019, 78 por ciento de la población presenta carencias de ingreso o sociales; 58 por ciento carece de seguridad social; 49 por ciento carece de ingreso suficiente para adquirir la canasta básica; 88 por ciento de la población se encuentra ocupada en empleos precarios; 60 por ciento participa en la economía informal; 21 por ciento de los jóvenes se encuentra fuera de la escuela y sin trabajo mientras que el 44 por ciento tiene empleos precarios y 49 por ciento de quienes nacen en los hogares más pobres permanecen en esa condición. Para 2020 se prevé que, debido a la pandemia, habrá 12 millones de personas desempleadas mientras que una parte de quienes habrían logrado mantener su empleo obtendrán menos ingresos, por lo que se estima que habrá 10 millones más de personas en situación de pobreza. En suma, lo que este y otros estudios han señalado con insistencia es que el nivel de pobreza en México no corresponde a su nivel económico.[7]

---

2 Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General, *Día Mundial de la Justicia Social* (Resolución, Naciones Unidas, 18 de diciembre de 2007), http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/Dia-Mundial-JusticiaSocial-02-2013.pdf

3 Oxfam, *Pobreza y desigualdad en México* (México: Oxfam, 2017), http://www.oxfammexico.org/wp-content/uploads/2017/01/bp-economy-for-99-percent-160117-es.pdf

4 "Lista de países ordenados por población", Population Pyramid, https://www.populationpyramid.net/es/poblaci%C3%B3n-por-pais/2020/

5 "Por COVID, México pasa del 15 al 16 en ranking del PIB", *El Universal*, 10 noviembre de 2020.

6 "El IDH ha subido en México a 0,779", Expansión, 2019, https://datosmacro.expansion.com/idh/mexico

7 Acción Ciudadana Frente a la Pobreza, "Por un nuevo modelo de desarrollo para un auténtico régimen de bienestar", consultado en 2020, www.frentealapobreza.mx

Otros estudios socioeconómicos señalan que "en las últimas décadas, México ha experimentado un crecimiento de la desigualdad extrema mientras la economía se ha estancado. El crecimiento económico es magro, los salarios promedios no crecen, la pobreza persiste, pero la fortuna de unos cuantos sigue expandiéndose". De hecho, mientras que el PIB per cápita crece a menos del 1 % anual, la fortuna de los 16 mexicanos más ricos se ha multiplicado por cinco.[8]

De acuerdo con la Standardized World Income Inequality Database, México ocupa el lugar 87 de 113 países por su desigualdad de ingreso. De hecho, se trata del país de la muestra en el que al 1 por ciento más rico le corresponde un mayor porcentaje del ingreso total (21%) mientras que el promedio en otros países fluctúa alrededor del 10 por ciento.[9]

El empleo productivo y el trabajo decente son elementos clave para lograr una globalización justa y la reducción de la pobreza. Por ello se han convertido en objetivos universales integrados en las más importantes declaraciones de derechos humanos; entre ellas, la Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible de 2011 y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.[10]

"El trabajo decente implica que todas las personas tengan oportunidades para realizar una actividad productiva que aporte un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias; que ofrezca mejores perspectivas de desarrollo personal y favorezca la integración social". Sin embargo, de acuerdo con datos de INEGI de 2017, en México la tasa de informalidad laboral es de 57.4 por ciento. Esto quiere decir que más de la mitad de las personas ocupadas trabaja por cuenta propia o en negocios pequeños no registrados, por lo que no cuentan con seguridad social. En cuanto a la jornada laboral, 28.4 por ciento de la población ocupada trabaja más de las 48 horas a la semana, que es la máxima jornada laboral legal.[11]

Con respecto a los ingresos, es importante destacar que solo 4.5 por ciento de las mujeres ocupadas y 7 por ciento de los hombres ocupados perciben

8 Gerardo Esquivel, *Desigualdad Extrema en México. Concentración del Poder Económico y Político* (México: Oxfam, 2015), p. 6.

9 *Ibídem,* pp. 12-15.

10 "Objetivos del desarrollo sostenible", Organización de las Naciones Unidas, http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

11 Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), Estadísticas a propósito del Día Mundial de la Justicia Social (*Boletín informativo* INEGI, 17 de febrero de 2017): pp. 2-5.

más de cinco salarios mínimos, mientras que hace una década el porcentaje era del doble.[12] También es importante considerar que casi la mitad de las personas que trabajan, el 47 por ciento, perciben ingresos menores a 5000 pesos. Por ello, la precarización laboral se considera uno de los más graves problemas de la economía mexicana, probablemente el más grave. Así lo manifiesta el hecho de que el 62.5 por ciento de la población ocupada no cuente con acceso a instituciones de salud como parte de una prestación laboral.[13]

Por otro lado, uno de los aspectos de la desigualdad que más preocupan tanto en México como en otros países es la falta de oportunidades para el desarrollo que enfrentan los jóvenes. Vale la pena considerar que la exclusión social consiste en una serie de procesos socioeconómicos y políticos que se vinculan con la ciudadanía plena, de manera que los grupos excluidos no disfrutan de sus derechos y libertades fundamentales. Así lo señala un estudio de Save the Children, que ubica a los adolescentes mexicanos como un grupo excluido que no se está beneficiando de los progresos del desarrollo "y, por el contrario, la combinación tóxica de la pobreza y la discriminación les está llevando a tomar una serie de decisiones que afectan de manera negativa sus oportunidades de desarrollo presente y futuro, así como el ejercicio pleno de sus derechos". Esta exclusión está impidiendo que millones de adolescentes accedan a la salud, la educación, el empleo y la protección que requieren.[14] Baste señalar que 65 por ciento de los adolescentes carecen de protección social y 20 % no tienen acceso a servicios de salud.[15]

En cuanto a la educación, de acuerdo con la organización Mexicanos Primero, de cada 100 niños que entran a la primaria, 76 ingresan a la secundaria, 48 al bachillerato y 21 a la universidad, aunque solamente 13 logran titularse. Del total de los adolescentes en México, solo 54 % están inscritos en el sistema educativo, lo que constituye el promedio más bajo entre los países de la OCDE.[16] Adicionalmente, hay que tomar en cuenta que casi 3 millones de niños

12 Ver: Rubén Migueles, "Se achica cifra de trabajadores con salarios elevados" *El Universal* Querétaro, 17 de mayo 2017, https://www.eluniversalqueretaro.mx/cartera/17-05-2017/se-achica-cifra-de-trabajadores-con-salarios-elevados

13 INEGI, *Op. Cit.*, pp.7-8.

14 Save the Children, *Las y los adolescentes que México ha olvidado* (México: Fundación Mexicana de Apoyo Infantil A. C., Save the Children, 2016), https://www.savethechildren.mx/sci-mx/files/d7/d797cdaa-914f-4068-8bfc-0ef299feb2c7.pdf

15 UNICEF-CONEVAL, *Análisis sobre pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México* (México: UNICEF-CONEVAL, 2016).

16 Save the Children, *Op. Cit.*

y adolescentes de entre 5 y 17 años trabajan, lo que constituye el 9 % de la población total de esa edad.[17]

Otro estudio realizado en varias ciudades mexicanas explica que los jóvenes carecen de incentivos para seguir estudiando porque no encuentran oportunidades de empleo calificado. Incluso la precarización del empleo en el sector formal constituye un elemento de desaliento para intentar conseguir un trabajo en ellas. De ahí que el estudio señale que los jóvenes opten por migrar o bien por insertarse en actividades informales o delictivas. Para las nuevas generaciones ya no se concreta la trayectoria de obtener un certificado educativo, ingresar a un empleo formal, obtener los beneficios de la seguridad social y formar una familia.[18]

Por su parte, el estudio de Save the Children en torno a las condiciones que enfrenta la adolescencia concluye: deserción escolar, empleos poco dignos, carencia y baja calidad de servicios esenciales, falta de protección social, embarazo adolescente y reproducción del círculo de la pobreza, son solo algunos de los impactos que afectan de por vida a las y los adolescentes, y afectan aún más a quienes, por sus características étnicas, de género y/o de exclusión, sufren de mayores riesgos de caer o perpetuar estas condiciones. Es preciso tener claro, de acuerdo con la misma fuente, que estas condiciones son destructivas, socavan la confianza, la cohesión social, el crecimiento económico y la paz.[19]

Algo similar ya había señalado años atrás el Informe Mundial sobre la Violencia cuando hizo notar que existe una clara correlación entre violencia y desigualdad y no entre violencia y pobreza. Observó, también, que los países más igualitarios tienen tasas menores de violencia.[20] Del mismo modo, un Informe sobre México del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo constató que no es lo mismo ser pobre en una sociedad parejamente pobre que serlo en sociedades duales donde coexisten niveles de vida como los de Ginebra y Burundi al mismo tiempo. La tensión que en estas últimas socieda-

17 Inegi, *Op. Cit.*

18 Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (conavim), *Primeras conclusiones de los diagnósticos sobre las causas económicas, sociales y culturales de la violencia social y de género en seis ciudades mexicanas* (México: conavim, 2010) pp. 9-10.

19 Sobre las condiciones que enfrenta la adolescencia en México y que propician la violencia, puede también consultarse: Elena Azaola, *Nuestros niños sicarios* (México: Fontamara, 2020).

20 Organización Panamericana de la Salud (ops), *Informe mundial sobre la violencia y la salud* (Washington D. C.: OPS, 2003) p. 40.

des se genera es muy alta y produce una sensación de que no hay un "juego limpio", lo que impacta en la confianza que se tiene en las instituciones. Las grandes desigualdades son un destructor del capital social: crean desconfianza, cinismo, falta de interés en la asociatividad y apatía. A su vez, la falta de confianza mina la legitimidad y reduce los márgenes de gobernabilidad democrática. De ahí que dicho organismo internacional recomendara crear las condiciones para que la sociedad esté convencida de que vive en un marco de "juego limpio".[21]

En el mismo sentido, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no cabe duda de que los factores socioeconómicos han incidido de manera importante sobre los altos niveles de violencia que hoy experimenta México. Entre estos factores, la CIDH menciona: "la desigualdad y la exclusión social, la pobreza, la estigmatización y los estereotipos, el desempleo (sobre todo de jóvenes), los bajos salarios, la discriminación, la migración forzada, los bajos niveles de educación, las condiciones precarias de la vivienda, los servicios de salud insuficientes, el fácil acceso a las armas y la impunidad, entre otros".[22] En los incisos siguientes analizaremos la crisis de seguridad y de violaciones graves a los derechos humanos que enfrenta México desde 2007 hasta la fecha.

La crisis de seguridad

Como es bien sabido, desde hace poco más de una década México ha venido enfrentando una grave crisis de seguridad. En esta parte analizaremos algunos de los factores que han contribuido a este escalamiento del crimen y la violencia durante el periodo de 2007 a 2020 y proporcionaremos algunos datos que permiten dimensionar la severidad de esta crisis.

De acuerdo con el Informe Mundial sobre la Violencia, ningún factor por sí solo puede explicar por qué algunos individuos tienen comportamientos violentos hacia otros o por qué la violencia es más prevalente en algunas comunidades que en otras. "La violencia es el resultado de la acción recíproca y compleja de factores individuales, relacionales, sociales, culturales y ambientales".[23]

21 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre derechos Humanos. México 2006-2007: Migración y desarrollo humano* (México: PNUD-México, 2007).

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Violencia, Inseguridad y Desapariciones en México. Situación de los Derechos Humanos en México* (México: CIDH, 2016), p. 43.

23 Organización Panamericana de la Salud, *Op. Cit.*, p. 13.

Uno de los factores a tomar en cuenta en la crisis de seguridad y los altos niveles de violencia es que México comparte frontera con EEUU., país que gasta alrededor de 130 000 millones de dólares al año en el consumo de drogas ilícitas. "Con estos recursos, el crimen organizado trasnacional tiene una enorme capacidad de esparcir violencia y corrupción".[24]

De acuerdo con Laura Atuesta, "la lucha contra el crimen organizado no es factible ni produce resultados positivos si no está acompañada de un cambio en las políticas de drogas que disminuya la rentabilidad del mercado". La autora sostiene que la militarización en temas de seguridad pública, acompañada con el prohibicionismo de las drogas ilícitas, ha producido resultados inesperados y no ha alcanzado sus objetivos propuestos. De hecho, afirma, "esta combinación genera la situación perfecta para que el crimen organizado crezca, evolucione y sea cada vez más difícil de controlar".[25]

Por su parte, Fernando Escalante considera que México debería revisar el compromiso que mantiene con Estados Unidos en relación con la política de interdicción en la producción, tráfico y venta de drogas, sobre todo sabiendo que esta política ha fracasado en todo el mundo y que ha tenido un costo que México debería considerar impagable. En palabras de este especialista: "hemos pagado con una sangría de 200 000 mexicanos la 'buena vecindad' que ya no existe".[26]

México es también un país de origen, tránsito, destino y retorno de personas migrantes. El corredor migratorio entre México y Estados Unidos es el de mayor flujo a nivel mundial. Asimismo, 70 % de las armas que ingresan a México de manera ilegal provienen de Estados Unidos.[27]

El Informe Armed Conflict Survey 2017 que publicó el International Institute for Strategic Studies del Reino Unido, señaló que, después de Siria, México fue el país más violento del planeta en 2016. Apuntó que, el conflicto en México en aquel año arrojó 23 000 muertes violentas, cifra solo superada por las 50 000 que dejó el conflicto armado en Siria. Uno de los expertos que elaboró el Informe, Antonio Sampaio, explicó que una de las principales causas de este incremento en la violencia en México se asocia con la adopción de tácticas militares utilizadas por algunos cárteles de la droga. "Por un lado

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Op. Cit.*, p. 33.

25 Laura Atuesta, "Las cuentas de la militarización", *Revista Nexos* 471 (marzo de 2017): pp. 42-46.

26 Fernando Escalante, "Apuntes para lidiar con Washington", *Revista Nexos* 471 (marzo de 2017): pp.14-18.

27 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Op. Cit.*, pp. 45-46.

estamos viendo una militarización de la estrategia de los cárteles de la droga y, por otro, muchas de las intervenciones realizadas por las fuerzas policiacas y militares terminan resolviéndose en tiroteos y duros enfrentamientos. Estamos ante una situación muy violenta, ante un conflicto de elevada intensidad".[28]

De manera similar, el Institute for Economics and Peace señaló que, de 163 países evaluados, México alcanzó el lugar 140 en el Índice Global de Paz 2016. Entre los factores que este Índice mide se encuentran: conflictos internos e internacionales, desigualdad, confianza en las autoridades, corrupción, equidad de género, acceso a educación y salud, cantidad de refugiados y desplazados por violencia, militarización y presencia policiaca. De hecho, México retrocedió 47 posiciones desde 2008, cuando ocupó el lugar 93. El impacto total de la violencia en el país se cuantificó en casi 273 000 millones de dólares, cifra que equivale al 14 por ciento del PIB.[29]

El último Índice publicado en 2019 muestra que la paz en México tuvo un retroceso de 4.9 por ciento ya que el nivel de paz mejoró en 10 estados, pero se deterioró en 22. La razón principal de ese deterioro fue el recrudecimiento de la tasa de homicidios, que se elevó 14 por ciento. En 2018 esta tasa alcanzó en México niveles históricamente altos: 27 muertes por cada cien mil habitantes, con más de 34 000 víctimas. Este grado de violencia supera el punto álgido de muertes violentas que hubo en 2011. El incremento en la tasa de homicidios en 2018 se acompañó de un aumento considerable en la tasa de violencia con armas de fuego que creció 16 por ciento y provocó que 24 de los 32 estados reportaran crecientes tasas de delitos cometidos con ese tipo de armas.

El principal hallazgo del reporte del Índice de Paz relativo a 2018 es que, ante la escalada de violencia, el gobierno ha invertido en el sistema judicial menos de lo que se requiere. Actualmente el gasto del gobierno en las fuerzas policiales y el sistema judicial como porcentaje del PIB es apenas la mitad del promedio de los demás países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Aunado a ello, únicamente en 7 por ciento de los delitos se abrieron carpetas de investigación y menos del 3 por

28 Como se cita en: Inder Bugarín, "México: segundo más violento – informe", *El Universal*, 9 de mayo de 2017, https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2017/05/9/mexico-segundo-mas-violento-informe

29 Institute for Economics and Peace, Índice de Paz México 2015 (México: IEP, 2015).

ciento terminaron en una sentencia, lo que arrojó una tasa de impunidad de 97 por ciento.[30]

La crisis de seguridad que México ha experimentado ha tenido, ante todo, un costo muy elevado y lamentable con la pérdida, en números redondos, de cerca de 350 000 vidas humanas durante el periodo de 2007 a 2020. Asimismo, se han incrementado la incidencia delictiva y la proporción de personas que han sido víctimas de delitos. Sin embargo, el porcentaje de delitos que logran ser sancionados ha disminuido, así como también han descendido los índices de confianza en las autoridades y las instituciones encargadas de brindar seguridad y justicia a los ciudadanos. Aunque sería difícil trazar una relación causa/efecto, este incremento de la violencia y la inseguridad tuvo lugar de manera paralela a la decisión por parte del Gobierno de lanzar una "guerra contra las drogas". Desafortunadamente, esta guerra no ha logrado contener el avance de la delincuencia y sí, en cambio, ha traído consigo otra crisis igualmente grave que es la del incremento en las violaciones graves a los derechos humanos.[31]

A pesar de esta coincidencia entre el incremento de la violencia y la política de la "guerra contra las drogas", en realidad los cuatro componentes de la crisis de seguridad a la que nos referimos estaban presentes de tiempo atrás. Estos componentes son: 1) la existencia de grupos delictivos con la capacidad de representar una amenaza para el estado; 2) la fragilidad o la incompetencia de las instituciones del estado para contenerlos; 3) la descomposición social que se manifiesta en el creciente número de personas capaces de cometer delitos y 4) la falta de controles eficaces frente a los abusos y la violación de derechos por parte de las instituciones del estado. Estos componentes suponen la existencia de procesos sociales, económicos, políticos y culturales que se han ido construyendo a lo largo de décadas con los lamentables resultados que ahora conocemos. Bajo esta perspectiva, la guerra emprendida por el gobierno del presidente Felipe Calderón (2006-2012) en contra del narcotráfico

30 Institute for Economics and Peace, Índice de Paz México 2019 (México: IEP, 2019), https://reliefweb.int/report/mexico/ndice-de-paz-m-xico-2019-identificar-y-medir-los-factores-que-impulsan-la-paz

31 Elena Azaola y Gareth Newham, "Violencia y justicia penal en México y Sudáfrica", en *Potencias del Sur Global en Transición: un análisis comparativo entre México y Sudáfrica*, ed. por Huberto González y Deon Geldenhuys (México: CIESAS, 2020): pp. 429-483.

habría sido solo uno de los factores desencadenantes que propició la emergencia de una crisis que en realidad venía gestándose desde mucho tiempo atrás.[32]

Ente los factores que habrían contribuido a dicha crisis se encuentra el no haber podido superar la histórica debilidad e incompetencia de las instituciones de seguridad y de justicia. Es decir, estas instituciones no logaron prevenir, atender y sancionar distintas formas de violencia que fueron ignoradas o toleradas y que, al no ser atendidas y al no recibir la respuesta que requerían en su momento, propiciaron que hoy tengamos que enfrentar sus efectos acumulados. Estos efectos se manifiestan en espirales de violencia difíciles de contener y cuyas repercusiones habremos de padecer por muchos años. Por detrás de los actuales niveles de violencia incontrolada, lo que encontramos son procesos sociales, económicos y políticos de larga data que fueron incubando, de manera imperceptible pero certera, el germen de la violencia. Como lo expresara acertadamente Carlos Pascual, exembajador de los Estados Unidos en México, "la seguridad no puede ser un fin en sí mismo, sino que debe ser una condición que permita a las comunidades lograr normalidad y prosperidad […] Los programas de seguridad deben estar integrados con programas sociales y económicos, y el éxito debe medirse con indicadores sociales, además de la reducción de la violencia y el crimen".[33]

Coincido con el enfoque del exembajador, aunque desafortunadamente la política que ha mantenido durante la última década el gobierno mexicano ha sido la de privilegiar el uso de la fuerza y acudir a la fuerza militar para enfrentar al crimen organizado en lugar de llevar a los responsables ante la justicia. El despliegue de elementos militares continúa siendo el componente principal de la política de seguridad, especialmente a partir de la creación de la Guardia Nacional en 2019. Si bien esta institución es de carácter civil —de acuerdo con la Ley que la creó—, en los hechos tanto sus integrantes como su formación y sus mandos son de carácter militar.

En contraste con la política del despliegue militar y el uso de la fuerza, el Informe mundial sobre la violencia y la salud destaca que la calidad de las condiciones de buen gobierno en un país, en relación con el marco legal y las políticas que ofrecen protección social, son un factor determinante de los niveles de violencia. En particular, el grado en que una sociedad hace cumplir

32 *Ibídem*.

33 Carlos Pascual, "México en una Encrucijada" (conferencia, El Colegio de México, documento inédito, 24 de noviembre de 2010).

las leyes existentes sobre la violencia al detener y encausar a los delincuentes puede actuar como factor disuasivo contra la violencia.[34]

Por su parte, Carlos Flores plantea que el monopolio de la violencia por parte del Estado solo se hace tolerable cuando este da muestras claras de proteger al menos un umbral básico de intereses públicos. En su opinión, la violencia que se observa en México "no es sino la derivación más grave de un problema más profundo: la disfuncionalidad estructural de un Estado en el que sus premisas y mecanismos esenciales de funcionamiento se encuentran desprovistos de contenidos básicos de interés público".[35]

Por lo que se refiere a las estadísticas relacionadas con los homicidios —principal indicador sobre la violencia—, M. Molloy de la Universidad Estatal de Nuevo México señala que, de acuerdo con las cifras oficiales, entre 2008 y 2016 ha habido un total, en números redondos, de 200 000 homicidios en México. En su opinión, este elevado número de homicidios es el resultado de la "guerra contra las drogas" decretada por el presidente Calderón, no obstante que durante este periodo ninguna agencia en los Estados Unidos ha señalado que hubiera caído la cantidad de drogas disponible en el mercado o que su precio se hubiera incrementado como consecuencia del flujo menor de estas substancias. Si estos eran los objetivos manifiestos de la "guerra contra las drogas", Molloy se pregunta: ¿qué sentido han tenido estas muertes? Asimismo, dicha autora muestra que entre 2008 y 2016 los homicidios sufrieron un incremento de 63 por ciento.[36]

Siguiendo las cifras sobre causas de mortalidad de INEGI, si a estos datos agregamos los cerca de 35 000 homicidios que se registraron en 2017, más los 36 685 de 2018, los 36 661 de 2019 y los casi treinta mil que se han producido hasta octubre de 2020, nos aproximamos a la cifra antes señalada de casi 350 000 homicidios durante el periodo de 2008 a 2020. Es importante agregar que los homicidios son la principal causa de muerte para la población de entre 15 y 44 años y que en 70.6 por ciento de estos crímenes se emplearon armas de fuego. Asimismo, que la tasa de homicidios por cien

34 Organización Panamericana de la Salud (OPS), *Informe mundial sobre la violencia y la salud* (Washington DC: OPS, 2003).

35 Carlos Flores, "Un asunto de impunidad: la colusión entre delincuencia organizada y la política y su efecto en la crisis de violencia en México", *Gestión y Política Pública*. Número Especial sobre Seguridad Pública (enero de 2014): pp. 43-82.

36 Como se cita en Jorge Carrasco, "La violencia cobró más de 208 000 vidas", *Proceso* 2105 (5 de marzo de 2017): pp. 10-13.

mil habitantes pasó de 8 a 29 por cien mil habitantes entre 2007 y 2019, un incremento de 362 por ciento.[37]

Otros datos que resulta importante tomar en cuenta son que, del total de personas asesinadas en 2019, 3874 eran mujeres y 1494 eran menores de 18 años. Igualmente, que 60 por ciento de las personas asesinadas no superaban la educación básica.[38] Los datos anteriores implican que hoy en día se cometen, en promedio, 99 asesinatos cada día de los cuales 11 tienen por víctimas a mujeres y 4 a menores de edad.

Es igualmente relevante considerar que la impunidad en los homicidios en México ha crecido y se ha colocado en su nivel más alto en los últimos 15 años al situarse en 89.6 por ciento, según datos de Guillermo Zepeda en el estudio "Impunidad en homicidio doloso y feminicidio. Reporte 2020". En 2007, el nivel de impunidad en homicidios dolosos se ubicó en 54.7 por ciento, es decir, que casi la mitad de los asesinatos no fueron castigados. A nivel internacional, México está ubicado entre los países que tienen mayor grado de impunidad, ya que la impunidad promedio a nivel internacional es de 35 por ciento.[39]

Por otro lado, se calcula que aproximadamente la mitad de los homicidios ocurridos en el periodo 2008-2020 ha tenido lugar como resultado de enfrentamientos entre grupos del crimen organizado entre sí o entreestos y fuerzas del Estado.[40] No obstante, dado que muchas veces se utilizó la fuerza antes de que se hubiera investigado, es difícil saber cuántas personas de entre las que murieron estaban realmente involucradas en actividades delictivas y cuántas fueron víctimas circunstanciales. Aún más, la mayoría de los homicidios cometidos no han sido investigados y permanecen impunes, como ya señalamos. Esto último resulta especialmente preocupante ya que la impunidad constituye un factor más que contribuye al escalamiento de la violencia.

A pesar de que se han invertido cuantiosos recursos para incrementar el estado de fuerza y fortalecer a las instituciones encargadas de la seguridad,

---

37 "Defunciones por homicidio. 1990-2019", INEGI, 2020, https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/proyectos/bd/continuas/mortalidad/defuncioneshom.asp?s=est

38 Arturo Ángel, "60% de las personas asesinadas en 2019 no superaban la educación básica", *Animal Político*, 24 de septiembre de 2020.

39 "Quedan impunes 9 de 10 homicidios", *Reforma,* 11 de noviembre de 2020.

40 Las últimas estadísticas oficiales de la llamada Base de Datos de Fallecimientos Ocurridos por Presunta Rivalidad Delincuencial cerraron el 30 de septiembre de 2011 con un total de 47 515 muertos. *Reforma,*15 de agosto de 2013.

ello no se ha traducido en una mayor eficacia para contener la crisis de inseguridad y la violencia que afecta al país. Un factor importante ha sido la incapacidad para transformar en profundidad a las instituciones de policía que padecen múltiples deficiencias entre las que destacan su escasa autonomía de las autoridades en turno y el estar orientadas más hacia el servicio de estas últimas que a proteger a los ciudadanos y sus derechos. Casi la totalidad de las cerca de dos mil instituciones de policía que existen en el país cuentan con elementos con muy bajos niveles de educación y profesionalización, con bajos salarios, con poca capacidad de controlar a sus agentes, con normas poco claras o que no se aplican y con altos niveles de incertidumbre, de abusos por parte de sus superiores y de corrupción. Siendo así, no es de extrañar que la policía cuente con muy bajos niveles de confianza por parte de los ciudadanos ya que, como reportan distintas encuestas, 90 por ciento de los mexicanos opina que la policía es corrupta.[41]

El primer obstáculo que existe es que la gran mayoría de los delitos ni siquiera son denunciados ante las autoridades. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, el porcentaje de delitos que permanecen sin denunciar ha ido creciendo año con año. En la última encuesta se reporta que en 93.2 por ciento de los delitos no hubo denuncia o no se inició alguna Carpeta de Investigación. Ello se debe, principalmente, a que las víctimas lo consideran una pérdida de tiempo y a que no tienen confianza en las Fiscalías.[42]

Para poner este porcentaje de no denuncia en el contexto internacional, habría que tomar en cuenta que en 2013, de acuerdo con datos oficiales de cada país, en Estados Unidos fueron denunciados el 46 por ciento de los delitos, en Inglaterra el 41 por ciento y en Chile el 44 por ciento, lo que permite poner en perspectiva los datos que arrojan las encuestas en México que son del doble.[43]

Ahora bien, de los delitos que sí son denunciados, apenas una pequeña parte (6 por ciento) logra ser investigada y otra parte aún más pequeña (2 por

41 Institute for Economics and Peace, Índice de Paz México 2015 (México: IEP, 2015).

42 Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), "Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2019. Principales resultados", 24 de septiembre de 2019, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf

43 Pedro Gerson, "Impunidad: la desigualdad fundamental en México" *Este País* 287 (marzo de 2015): pp. 7-9.

ciento) logra ser sancionada. A ello hay que agregar que la percepción de inseguridad de la población de 18 años o más se ubicó en 2018 en 69 por ciento. Ello quiere decir que, en promedio, 7 de cada 10 ciudadanos no se sienten seguros en México, independientemente de la localidad en donde viven.[44]

Otros datos que provienen del Índice de Paz México señalan que los crímenes de la delincuencia organizada (extorsión, secuestro y delitos contra la salud) se incrementaron 73 por ciento durante el periodo 2003-2013 mientras que el tráfico de armas se triplicó y 90 por ciento de las extorsiones no fueron denunciadas.[45]

Dado el panorama de inseguridad que hemos venido describiendo, no es de extrañar que al concluir la administración del presidente Calderón, quien inició la estrategia de confrontación con el crimen organizado, 55 por ciento de la población considerara que su estrategia de seguridad fue un fracaso. Si al inicio de aquel sexenio 84 por ciento de la población opinaba que era adecuado el uso del Ejército para combatir el crimen organizado, al final 69 por ciento lo seguían considerando de esa manera, pero 54 por ciento opinaba que la guerra contra el narcotráfico la había ganado el crimen organizado y solo 18 por ciento pensaba que la había ganado el gobierno.[46]

Como veremos en el inciso siguiente, la decisión de emplear al Ejército en labores de seguridad pública, que no son de su competencia de acuerdo con nuestra Constitución Política, ha tenido un fuerte impacto en el incremento y la severidad de las violaciones a los derechos humanos durante el periodo de 2008 a 2020. Baste señalar que, si en 2007 había 45 000 integrantes del Ejército que ejercían labores de seguridad pública, en 2016, había más de cien mil militares desplegados en el territorio ejerciendo estas funciones.[47]

A ello hay que agregar que la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública se incrementó aún más a partir de 2019 por efecto de la Ley que creó a la Guardia Nacional, así como por el Acuerdo Presidencial publicado en 2020 mediante el cual tanto la Guardia Nacional como el Ejército y la Marina fueron facultadas, de manera extraordinaria hasta marzo de 2024, para realizar labores de seguridad pública que incluyen las que co-

44 INEGI, *Op. Cit.*, 2019.

45 Institute for Economics and Peace, *Op. Cit.*, 2015.

46 Datos de la Onceava Encuesta Nacional sobre la Percepción de Seguridad Ciudadana. Ver: "Narcotráfico: Fracaso del plan anticrimen", *Reforma,* 22 de noviembre de 2012.

47 David Saúl Vela, "En este sexenio se redujo en 93.6 % las deserciones en el Ejército", *El Financiero,* 25 de diciembre de 2016.

rresponden a las policías. Entre estas labores destacan: realizar detenciones, ejecutar órdenes de aprehensión, asegurar bienes y resguardar y procesar escenas del crimen.[48] En mayo de 2020 se reportó que, de los 321 000 elementos que integran la Guardia Nacional y las Fuerzas Armadas, 174 361 se hallan desplegados en el territorio nacional realizando distintas tareas de seguridad pública, por lo que a este número se le considera como "fuerza operativa".[49]

El papel preponderante que hoy en día desempeñan las Fuerzas Armadas puede también apreciarse en el presupuesto de egresos de 2021 recientemente aprobado por el Congreso. Cabe destacar que los montos otorgados a la Secretaría de Defensa, la Guardia Nacional y la Secretaría de Marina suman un total de 183 704 millones de pesos, cantidad que solo se compara con la que dispondrá la Secretaría de Bienestar para el pago de los programas sociales. Asimismo, la cantidad destinada a la Secretaría de Defensa es tres veces mayor a la que le otorgó el expresidente Felipe Calderón en 2010.[50]

Las graves violaciones a los derechos humanos

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México es una República representativa, democrática y federal integrada por 31 Estados y la Ciudad de México. A partir de 2011, la Constitución elevó a jerarquía constitucional todas las normas de Derechos Humanos contenidas en los tratados suscritos por el Estado Mexicano. Asimismo, México cuenta con uno de los sistemas públicos más amplios de protección a los derechos humanos, ya que lo integran: una Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 31 comisiones estatales y otra para la Ciudad de México. A pesar de la amplia cobertura con la que cuenta dicho sistema, durante el periodo de la llamada "guerra en contra de las drogas", las violaciones a los derechos humanos se han incrementado de manera sustantiva. Este hecho también ha tenido un impacto importante en organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha recibido más quejas de

48 Ver: Ley de la Guardia Nacional (Diario Oficial de la Federación, 27 de mayo de 2019), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN_270519.pdf. Ver también: Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria (Diario Oficial de la Federación, 11 de mayo de 2020), https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593105&fecha=11/05/2020

49 Reporte sobre el estado de la seguridad presentado por el presidente de la República y publicado en: "Despliegue Militar", *Reforma,* 21 de mayo 2020, p. 1.

50 Mathieu Tourliere, "AMLO consiente a la SEDENA: Le ofrece el mayor presupuesto de su historia", *Proceso* 2299 (22 de noviembre de 2020): pp. 12-14.

México durante la última década que de cualquier otro país del Continente Americano.

También otros organismos internacionales se han pronunciado a este respecto. Así, por ejemplo, al terminar su visita a México en octubre de 2015, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, señaló que

> ...hay un amplio consenso nacional, regional e internacional sobre la gravedad de la situación de los derechos humanos en México". Agregó que el caso de los 43 estudiantes desaparecidos de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa "es un microcosmos de problemas crónicos que subyacen a la implacable ola de violaciones de derechos humanos que está teniendo lugar a lo largo de México.[51]

De manera similar, el Relator de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, Christof Heyns, en el Informe sobre su visita realizada a México en 2013 señaló: "el derecho a la vida es violado a grados intolerables en México y el cambio de discurso gubernamental en el presente sexenio en el sentido de hablar menos de la violencia, no cambia esta realidad". Hizo también un llamado para que "las tareas de seguridad pública sean realizadas por autoridades civiles que cuenten con directrices claras sobre el uso de la fuerza". Asimismo, recomendó "tomar todas las medidas necesarias para evitar que las autoridades alteren las escenas delictivas y garantizar que las autoridades que obstruyan las investigaciones rindan cuentas de ello".[52]

Por su parte, el Informe del Departamento de Estado norteamericano de junio de 2015 advirtió que "en México persisten serios problemas en materia de derechos humanos en los que están involucrados elementos de seguridad que incluye tanto a policías como a fuerzas armadas". Entre los abusos más graves destacó las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas. Agregó que "la impunidad en violaciones a Derechos Humanos persiste como un problema a lo largo del país, con tasas extremadamente bajas o inexistentes de enjuiciamientos para todo tipo de crímenes".[53]

---

51 Silvia Garduño y Diana Baptista, "Encuentra intolerante la ONU al Gobierno", *Reforma,* 8 de octubre de 2015, p. 7.

52 Agenda General de las Naciones Unidas, "Informe del Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, Christof Heyns" (informe, Consejo de Derechos Humanos, 28 de abril de 2014), http://hchr.org.mx/images/doc_pub/G1413997.pdf

53 José Díaz Briseño, "Exhibe Estados Unidos abusos a los derechos humanos en México", *Reforma,* 4 de marzo de 2017, p. 3.

Algunos informes, como el elaborado por Open Society, han argumentado que las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura no constituyen prácticas aisladas de los cuerpos de seguridad en México, sino que constituyen un patrón indiscriminado de uso de la fuerza y, por tanto, pueden ser tipificados como delitos de lesa humanidad. Al referirse a este reporte, un artículo del New York Times señaló:

> They are killed at military checkpoints, vanish inside navy facilities or are tortured by federal police officers. Seldom are their cases investigated. A trial and conviction are even more rare. But are these cases just regrettable accidents in the course of a decade-long government battle against drug violence? A new report by the Open Society Justice Initiative, Undeniable Atrocities, argues that they are not. Instead, the study says, they point to a pattern of indiscriminate force and impunity that is in an integral part of the state's policy. And, in the framework of international law, the study argues, the killings, forced disappearances and torture constitute crimes against humanity.[54]

En relación con el delito de tortura, una práctica frecuente en México, el reporte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en México refiere que la Procuraduría General de la República informó que en 2015 tenía 2420 investigaciones en trámite por el delito de tortura, mientras que solo tenía 15 sentencias condenatorias por este mismo delito. La Comisión añade que, inclusive en una investigación tan relevante y sujeta al escrutinio público nacional e internacional como lo es el caso de los 43 estudiantes desaparecidos en Ayotzinapa, 77 por ciento de las personas detenidas por este delito dijeron haber sido torturadas. De igual manera, tampoco existía ni una sola sentencia condenatoria por el delito de desaparición forzada.[55]

Debido a los continuos señalamientos tanto por parte de organismos nacionales como internacionales en relación con la participación indebida del Ejército en labores de seguridad pública, las Fuerzas Armadas ejercieron una fuerte presión para que se modificara el marco constitucional y se les permitiera ejercer con pleno respaldo legal lo que *de facto* habían venido realizando durante la última década. Como antes señalamos, estas modificaciones legales tuvieron lugar en 2019 y 2020. Sin embargo, en 2017 el Instituto

54 Elisabeth Malkin, "Report Accuses Mexico of Crimes Against Humanity in Drug War", *The New York Times*, 6 de junio de 2016, https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/undeniable-atrocities-esp-20160602.pdf

55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Op. Cit.,* pp. 13, 14 y 48.

Belisario Domínguez del Senado de la República había emitido la siguiente opinión:

> Incrementar las atribuciones de las Fuerzas Armadas para atender cuestiones de seguridad, significa dar sustento legal a acciones que, de facto, suceden todos los días en el territorio nacional. Pero esta opción mantendría los problemas que ahora nos aquejan como elevados niveles de violencia e impunidad, falta de capacidad por parte de los policías y autoridades civiles, poca o nula información para la toma de decisiones, ocurrencia de lesiones graves a derechos humanos.[56]

En el mismo sentido, se pronunció la organización no gubernamental WOLA (Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos) en un reporte que elaboró en torno al Proyecto de Ley sobre la Seguridad Interior en México.[57] En este reporte señalan que, de acuerdo con información proporcionada por el Ejército Mexicano en octubre de 2016, soldados participaban en operaciones de combate a la delincuencia en 23 de los 31 estados de la República. Destacan que el Proyecto de Ley sobre Seguridad Interior que se discute en el Congreso Mexicano busca ampliar y normalizar la presencia militar en la seguridad pública, no obstante que, después de más de una década, la presencia militar no ha logrado reducir la violencia ni la delincuencia organizada. En opinión de dicha organización, la discusión de esta Ley en el Congreso debe tomar en cuenta los costos que en derechos humanos ha tenido la participación del Ejército en labores de seguridad pública. "Algunos delitos y violaciones de derechos humanos cometidos por soldados han sido investigados y sancionados; sin embargo, comparado con la gravedad de los delitos y los resultados limitados de las investigaciones criminales, estos avances son insuficientes", como lo muestra el Cuadro 1.[58]

Con base en los datos anteriores, el reporte de WOLA concluyó que: "las investigaciones de la PGR sobre delitos cometidos por soldados son lentas, burocráticas y poco transparentes". También señala que: "La investigación y persecución de delitos en México está altamente politizada" y que "México necesita urgentemente un sistema de justicia penal funcional y capaz de

56 Instituto Belisario Domínguez, "Seguridad Interior. Elementos para el Debate" (boletín, Senado de la República. 2017).

57 Ximena Suárez y Maureen Meyer, "La Ley de Seguridad Interior de México: Pasando por Alto los Abusos Militares en Operaciones de Seguridad Pública", *WOLA*, 8 de febrero de 2017, https://www.wola.org/analysis/mexicos-law-internal-security-turning-blind-eye-military-abuses-public-security-operations/

58 *Ibídem*.

Cuadro 1. Violaciones de Derechos Humanos cometidas por integrantes de las Fuerzas Armadas entre enero de 2012 y agosto de 2016

Quejas en organismos de Derechos Humanos	Investigaciones	Juicios en curso	Resultados
Quejas por violaciones de derechos humanos registradas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos	Averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de la República por violaciones de derechos humanos	Juicios penales en juzgados federales	Sentencias definitivas
5541	284	357	29

Fuente: WOLA, 2017. Con base en solicitudes de acceso a la información a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a la Procuraduría General de la República.

investigar y llevar a juicio a soldados implicados en delitos y violaciones de derechos humanos".[59]

Como hemos visto, estas recomendaciones fueron desestimadas y las Fuerzas Armadas continúan desempeñando tareas relacionadas con la seguridad pública, obteniendo resultados poco alentadores. Por un lado, no ha logrado reducirse el elevado número de homicidios que, de acuerdo con el Reporte Mensual del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, es de 23 471 homicidios hasta el mes de agosto de 2020. Por otro lado, según estimaciones del diario Reforma, el acumulado anual de ejecuciones en 2020 es de 10 596 y el acumulado sexenal sería de 26 918 hasta el mes de septiembre de 2020. Por su parte, la organización Causa en Común señala que, con base en reportes periodísticos, entre enero y septiembre de 2020 han ocurrido 3564 atrocidades entre las que menciona: 764 hallazgos de fosas clandestinas o desintegración de cuerpos; 607 casos de tortura; 533 masacres; 519 descuartizamiento y 407 calcinamientos.[60]

59 *Ibídem*.

60 Ver: "Ejecutómetro", *Reforma,* 19 de septiembre, 2020, p. 10. Ver también: "Aumenta el número de masacres en México, reporta Causa en Común", *News Report MX*, 6 de octubre de 2020, https://newsreportmx.com/2020/10/06/aumentan-las-victimas-de-masacres-en-mexico-reporta-causa-en-comun/#:~:text=En%20el%20mismo%20periodo%20Causa,)%20y%20calcinamiento%20(407)

Habría que recordar que desde 2016, tanto el Relator de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Christoph Heyns, como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Hussein, habían recomendado a México transitar de un modelo de seguridad de corte militar a uno de seguridad ciudadana, mediante el retiro paulatino de las Fuerzas Armadas de tareas que son ajenas a su naturaleza.[61]

Otro de los problemas más graves de violación a los derechos humanos durante el periodo al que hemos hecho referencia es el gran número de personas que han sido reportadas como desaparecidas. De acuerdo con la Comisión Nacional de Búsqueda, entre 2008 y hasta julio de 2020 se tiene registro de 73 218 personas desaparecidas; de estas 58 por ciento son hombres y 42 por ciento mujeres y alrededor de diez mil han desaparecido en 2019 y 2020.[62]

Igualmente grave y preocupante es el hallazgo de numerosas fosas clandestinas con cuerpos que no han sido identificados. De 2006 a julio de 2020 se han encontrado 3978 fosas clandestinas y han sido exhumados un total de 6625 cuerpos. La mayor parte de los restos humanos encontrados, no han sido identificados.[63]

Otra de las violaciones más frecuentes es la de las detenciones arbitrarias. De acuerdo con la CNDH, en el periodo de 2004 a 2014 recibió un total de 58 381 quejas por detenciones arbitrarias de las cuales 17 000 también incluían también alegatos de tortura y malos tratos.[64]

No obstante el panorama de violaciones graves a los derechos humanos hasta aquí referido, quizás la violación más grave y frecuente es la que tiene que ver con la ausencia de instituciones de seguridad y de procuración de justicia que actúen de manera eficaz, competente, igualitaria y que sean respetuosas de las leyes y los derechos humanos. Así lo reconoce un Informe que en 2017 envió la Procuraduría General de la República al Senado, en el que señala que enfrenta problemas de corrupción, rezago y contratación de personal sin seguir los procedimientos establecidos. "Entre las conductas irregulares

61 Mario Patrón, "Debatir el Modelo de Seguridad", *El Universal,* 5 de diciembre de 2016, p. 7.

62 "Gobernación y la cnb presentan el informe relativo a la búsqueda, identificación y registro de personas desaparecidas y no localizadas" (boletín, Secretaría de Gobernación, 13 de julio de 2020), https://www.gob.mx/segob/prensa/gobernacion-y-la-cnb-presentan-el-informe-relativo-a-la-busqueda-identificacion-y-registro-de-personas-desaparecidas-y-no-localizadas

63 *Ibídem*.

64 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Op. Cit*., p. 141.

más frecuentes, se encuentran: extorsiones, tortuguismo, abuso de autoridad, cateos y retenciones ilegales, omisión de diligencias e integraciones indebidas de averiguaciones previas". El Informe señala que, entre 2015 y 2016, la institución recibió 3165 quejas y denuncias en contra de sus funcionarios por presuntas irregularidades. En cuanto a los niveles de eficiencia, entre 2014 y 2016 la institución inició más de 63 000 carpetas de investigación, de las cuales 41 000 están pendientes de determinación. Asimismo, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública de 2016, 59 por ciento de la población dijo que considera a la PGR como una institución corrupta.[65]

Desde 2008, México inició la transformación de su sistema de justicia penal, que era de corte inquisitorial, hacia uno de corte acusatorio. La transición entre un sistema y otro debió haberse completado en 2016, pero a la fecha todavía opera con muchas deficiencias. Entre ellas, que un estudio reciente consideró las más importantes, se encuentran: a) insuficiente capacitación de los operadores; b) ausencia de un servicio civil de carrera: c) inexistencia de bases de datos y modelos de gestión; d) carencia de evaluaciones y mediciones de la implementación del sistema; e) empleo de sistema informáticos improvisados o sin interconectividad; f) rezago considerable en los casos en trámite o pendientes de determinación; g) deficiencias importantes en las defensorías públicas; h) déficit de 83 por ciento en los asesores jurídicos que se requieren; i) falta de seguimiento y evaluación del desempeño.[66]

Por lo que se refiere al principio de igualdad ante la ley, existen también grandes deficiencias. Una reconocida especialista que ha contribuido a la reforma del sistema de justicia penal, Ana Laura Magaloni, señaló:

> Uno de los elementos torales de la falta de un Estado de derecho en México es el trato jurídico diferenciado en función de la capacidad económica y el poder de las personas. La ley no es igual para todos, esta nos obliga y nos protege de formas distintas y ello depende de quién eres, a quién conoces y cuánto dinero tienes". En los hechos, dice la especialista, el Consejo de la Judicatura puede in-

65 Claudia Guerrero y Mayolo López, "Reconoce PGR malas prácticas", *El Universal*, 17 de febrero de 2017, p. 5.

66 Centro de Investigación para el Desarrollo A. C. (CIDAC), *Hallazgos 2016: Seguimiento y Evaluación de la Operación del Sistema de Justicia Penal en México* (México: CIDAC, 2017), http://cidac.org/wp-content/uploads/2017/06/DOCUMENTO-HALLAZGOS-2016_COMPLETO-digital.pdf

> fluir en las sentencias de los jueces. "Gracias a este control, en algunos casos que tienen un valor económico significativo o que afectan a un personaje *importante,* se puede pactar el sentido de la sentencia desde las cabezas del Consejo. El juez sigue estas instrucciones pues de ello depende su permanencia o ascenso en el Poder Judicial.[67]

En el mismo sentido opinó otro especialista, Ricardo Raphael:

> El Poder Judicial en México está sometido. Los gobernadores de cada entidad nombran a los jueces y así obtienen lealtad inopinada de quienes imparten justicia. La independencia de este Poder no existe y la política sigue siendo en México más relevante que la ley. El mecanismo de control es sencillo. El gobernador pone al presidente del Tribunal Superior en cada entidad y este, a su vez, nombra a los jueces, a través de su respectivo Consejo de la Judicatura, si el juez se insubordina, será removido como castigo por no obedecer. Es decir que el control político sobre los jueces sigue operando gracias al poder del nombramiento: quien nombra, manda.[68]

Otros especialistas también han destacado que los operadores del nuevo sistema de justicia penal no han sido debidamente capacitados por lo que no cuentan con los elementos que les permitan cumplir con los estándares que este sistema requiere. En este sentido, Alberto Olvera señala:

> ...en materia de implementación de la reforma penal, observamos que el país experimenta una simulación legal e institucional en gran escala, que en la práctica ha obstaculizado aún más el acceso a la justicia, en lugar de facilitarlo. Tanto las policías como los agentes del ministerio público prefieren evitar que se inicien carpetas de investigación ante la certeza de que las exigencias técnicas de la reforma rebasan sus capacidades reales, dada la falta de capacitación, equipo, personal y liderazgo moral. […] Los Tribunales Superiores de Justicia del país carecen en su mayor parte de la autonomía política y de la autoridad moral para cumplir con sus funciones.[69]

Un problema adicional para que el sistema de justicia pueda operar adecuadamente son los altos niveles de corrupción que no se han logrado abatir y que incluso en algunos casos se han incrementado. Así lo manifiesta el Índice de Percepción de Corrupción que publica Transparencia Internacional, de

67 Ana Laura Magaloni, "¿Independencia judicial?", *Reforma,* 4 de marzo de 2017, p. 11.
68 Ricardo Raphael, "No más control sobre los jueces", *El Universal,* 6 de marzo de 2017, p. 12.
69 Alberto Olvera, "Palabras ante la XL Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Seguridad Pública" (conferencia, Palacio Nacional, documento inédito, 20 de diciembre de 2016).

acuerdo con el cual, durante 2016 México tuvo un retroceso de 28 lugares al pasar de la posición 95 a la 123, de entre un total de 176 países.[70]

Para concluir con este breve panorama acerca de la situación de los derechos humanos en México, quisiéramos hacerlo planteando las preguntas que formuló Jan Jarab cuando fungió como Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México: "¿Por qué un país tan fascinante, con tanta riqueza cultural, tanto potencial intelectual, falla tanto en la procuración de justicia? ¿Por qué siguen encarcelados los torturados y no los torturadores? ¿Cómo se puede vivir con una tasa de impunidad tan alta?".[71]

Conclusiones

En este capítulo he intentado mostrar que la crisis de seguridad que hoy enfrenta México no puede verse por separado de los grandes rezagos que el país enfrenta en materia de justicia social y que lo ubican como uno de los 25 países más desiguales del mundo. Los datos que hemos expuesto nos permiten concluir que los altos niveles de violencia que hoy padecemos no pueden solamente atribuirse a las actividades y los enfrentamientos entre grupos delictivos, sino que al menos una parte de la responsabilidad también recae sobre las instituciones y las políticas gubernamentales que han intentado contenerlos, pero sin ser capaces de ofrecer soluciones de fondo a los problemas que han venido gestándose por largo tiempo. Adicionalmente, las políticas implementadas para hacer frente a la criminalidad han sobrepasado los límites impuestos por la legalidad, provocando una severa crisis de violaciones a los derechos humanos.

En síntesis, el saldo que ha dejado la violencia delictiva, así como la provocada por las políticas que han intentado contenerla de manera infructuosa, es muy grave, tanto por el número como por el tipo de daños —las más de las veces irreparables—, que han sufrido las víctimas directas e indirectas. Los daños que han sufrido los huérfanos, las viudas y otros familiares y allegados apenas comienzan a ser visibilizados, mientras que las respuestas que han recibido las víctimas por parte del Estado han sido insuficientes, inapropiadas, inexistentes o les han provocado nuevos daños. Las consecuencias que todo ello ha arrojado perdurarán en la sociedad por muchos años más.

---

70 "Corruption Perceptions Index 2016", Transparency International, 25 de enero de 2017, http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016

71 Jan Jarab, "Normalicemos los derechos, no las injusticias", *El Universal,* 13 de junio de 2017, p. 20.

Bibliografía

Acción Ciudadana Frente a la Pobreza. "Por un nuevo modelo de desarrollo para un auténtico régimen de bienestar". Consultado en 2020. www.frentealapobreza.mx

Agenda General de las Naciones Unidas. "Informe del Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, Christof Heyns". Informe, Consejo de Derechos Humanos, 28 de abril de 2014. http://hchr.org.mx/images/doc_pub/G1413997.pdf

Ángel, Arturo. "60% de las personas asesinadas en 2019 no superaban la educación básica". *Animal Político*, 24 de septiembre de 2020.

Atuesta, Laura. "Las cuentas de la militarización". *Revista Nexos* 471 (marzo de 2017): pp. 42-46.

Azaola, Elena y Newham, Gareth. "Violencia y justicia penal en México y Sudáfrica". En *Potencias del Sur Global en Transición: un análisis comparativo entre México y Sudáfrica*, editado por Huberto González y Deon Geldenhuys. México: CIESAS, 2020).

Azaola, Elena. *Nuestros niños sicarios*. México: Fontamara, 2020.

Bugarín, Inder. "México: segundo más violento – informe". *El Universal*, 9 de mayo de 2017. https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2017/05/9/mexico-segundo-mas-violento-informe

Carrasco, Jorge. "La violencia cobró más de 208 000 vidas", *Proceso* 2105 (5 de marzo de 2017): pp. 10-13.

Centro de Investigación para el Desarrollo A. C. (CIDAC). *Hallazgos 2016: Seguimiento y Evaluación de la Operación del Sistema de Justicia Penal en México*. México: CIDAC, 2017. http://cidac.org/wp-content/uploads/2017/06/DOCUMENTO-HALLAZGOS-2016_COMPLETO-digital.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Violencia, Inseguridad y Desapariciones en México. Situación de los Derechos Humanos en México*. México: CIDH, 2016.

Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (CONAVIM). *Primeras conclusiones de los diagnósticos sobre las causas económicas, sociales y culturales de la violencia social y de género en seis ciudades mexicanas*. México: CONAVIM, 2010.

Díaz Briseño, José. "Exhibe Estados Unidos abusos a los derechos humanos en México". *Reforma*, 4 de marzo de 2017.

El Universal. "Por COVID, México pasa del 15 al 16 en ranking del PIB", 10 noviembre de 2020.

Escalante, Fernando. "Apuntes para lidiar con Washington". *Revista Nexos* 471 (marzo de 2017): pp.14-18.

Esquivel, Gerardo. *Desigualdad Extrema en México. Concentración del Poder Económico y Político*. México: OXFAM, 2015.

Expansión. "El IDH ha subido en México a 0,779", 2019. https://datosmacro.expansion.com/idh/mexico

Flores, Carlos. "Un asunto de impunidad: la colusión entre delincuencia organizada y la política y su efecto en la crisis de violencia en México". *Gestión y Política Pública. Número Especial sobre Seguridad Pública* (enero de 2014): pp. 43-82.

Garduño, Silvia y Baptista, Diana. "Encuentra intolerante la ONU al Gobierno". *Reforma,* 8 de octubre de 2015.

Gerson, Pedro. "Impunidad: la desigualdad fundamental en México". *Este País* 287 (marzo de 2015): pp. 7-9.

Guerrero, Claudia y López, Mayolo. "Reconoce PGR malas prácticas". *El Universal,* 17 de febrero de 2017.

Insituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). "Defunciones por homicidio. 1990-2019". 2020. https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/proyectos/bd/continuas/mortalidad/defuncioneshom.asp?s=est

Institute for Economics and Peace. Índice de Paz México 2015. México: IEP, 2015.

Institute for Economics and Peace. Índice de Paz México 2015. México: IEP, 2015.

Institute for Economics and Peace. Índice de Paz México 2019. México: IEP, 2019. https://reliefweb.int/report/mexico/ndice-de-paz-m-xico-2019-identificar-y-medir-los-factores-que-impulsan-la-paz

Instituto Belisario Domínguez. "Seguridad Interior. Elementos para el Debate". Boletín, Senado de la República. 2017.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). "Estadísticas a propósito del Día Mundial de la Justicia Social". Boletín informativo INEGI, 17 de febrero de 2017.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). "Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2019. Principales resultados". 24 de septiembre de 2019. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf

Jarab, Jan. "Normalicemos los derechos, no las injusticias", *El Universal,* 13 de junio de 2017.

Ley de la Guardia Nacional. (Diario Oficial de la Federación, 27 de mayo de 2019). http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN_270519.pdf.

Magaloni, Ana Laura. "¿Independencia judicial?". *Reforma,* 4 de marzo de 2017.

Malkin, Elisabeth. "Report Accuses Mexico of Crimes Against Humanity in Drug War". *The New York Times*, 6 de junio de 2016. https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/undeniable-atrocities-esp-20160602.pdf

Migueles, Rubén. "Se achica cifra de trabajadores con salarios elevados". *El Universal Querétaro*, 17 de mayo 2017. https://www.eluniversalqueretaro.mx/cartera/17-05-2017/se-achica-cifra-de-trabajadores-con-salarios-elevados

News Report MX. "Aumenta el número de masacres en México, reporta Causa en Común". 6 de octubre de 2020. https://newsreportmx.com/2020/10/06/aumentan-las-victimas-de-masacres-en-mexico-reporta-causa-en-comun/#:~:text=En%20el%20mismo%20periodo%20Causa,)%20y%20calcinamiento%20(407)

Olvera, Alberto. "Palabras ante la XL Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Seguridad Pública". Conferencia, Palacio Nacional, documento inédito, 20 de diciembre de 2016).

Organización de las Naciones Unidas. "Objetivos del desarrollo sostenible". http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

Organización de las Naciones Unidas. Día Mundial de la Justicia Social. Resolución, Na-

ciones Unidas, 18 de diciembre de 2007. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/Dia-Mundial-JusticiaSocial-02-2013.pdf

Organización Panamericana de la Salud (OPS). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D. C.: OPS, 2003.

Organización Panamericana de la Salud (OPS). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington DC: OPS, 2003.

OXFAM. Pobreza y desigualdad en México. México: OXFAM, 2017). http://www.oxfammexico.org/wp-content/uploads/2017/01/bp-economy-for-99-percent-160117-es.pdf

Pascual, Carlos. "México en una Encrucijada". Conferencia, El Colegio de México, documento inédito, 24 de noviembre de 2010.

Patrón, Mario. "Debatir el Modelo de Seguridad". *El Universal,* 5 de diciembre de 2016.

Population Pyramid. "Lista de países ordenados por población". https://www.populationpyramid.net/es/poblaci%C3%B3n-por-pais/2020/

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Informe sobre derechos Humanos. México 2006-2007: Migración y desarrollo humano*. México: PNUD-México, 2007.

Raphael, Ricardo. "No más control sobre los jueces". *El Universal,* 6 de marzo de 2017.

Reforma. "Despliegue Militar", 21 de mayo 2020.

Reforma. "Ejecutómetro", 19 de septiembre, 2020.

Reforma. "Narcotráfico: Fracaso del plan anticrimen". 22 de noviembre de 2012.

Reforma. "Quedan impunes 9 de 10 homicidios", 11 de noviembre de 2020.

Saúl Vela, David. "En este sexenio se redujo en 93.6 % las deserciones en el Ejército". *El Financiero,* 25 de diciembre de 2016.

Save the Children. *Las y los adolescentes que México ha olvidado*. México: Fundación Mexicana de Apoyo Infantil A. C., Save the Children, 2016. https://www.savethechildren.mx/sci-mx/files/d7/d797cdaa-914f-4068-8bfc-0ef299feb2c7.pdf

Secretaría de Gobernación. "Gobernación y la CNB presentan el informe relativo a la búsqueda, identificación y registro de personas desaparecidas y no localizadas". Boletín, Secretaría de Gobernación, 13 de julio de 2020. https://www.gob.mx/segob/prensa/gobernacion-y-la-cnb-presentan-el-informe-relativo-a-la-busqueda-identificacion-y-registro-de-personas-desaparecidas-y-no-localizadas

Suárez, Ximena y Meyer, Maureen. "La Ley de Seguridad Interior de México: Pasando por Alto los Abusos Militares en Operaciones de Seguridad Pública". *WOLA*, 8 de febrero de 2017. https://www.wola.org/analysis/mexicos-law-internal-security-turning-blind-eye-military-abuses-public-security-operations/

Tourliere, Mathieu. "AMLO consiente a la SEDENA: Le ofrece el mayor presupuesto de su historia". *Proceso* 2299 (22 de noviembre de 2020): pp. 12-14.

Transparency International. "Corruption Perceptions Index 2016", 25 de enero de 2017. http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016

UNICEF-CONEVAL. *Análisis sobre pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México*. México: UNICEF-CONEVAL, 2016.

CAPÍTULO IX

El derecho a la dignidad, igualdad y no discriminación en la función de la seguridad pública

Fernando González Beltrán[1]

Las y los policías son servidores públicos cuya función es garantizar la seguridad de la población. Pero antes de ser elementos operativos son personas humanas, con dignidad y derechos. En este trabajo se hace una síntesis de lo que es la persona humana y su dignidad, la importancia de estos conceptos en la actual teoría de los derechos humanos y su implementación en los Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos (sea Universal o Interamericano), así como en el derecho positivo mexicano, sobre todo después de la reforma constitucional del 2011. Posteriormente se afirma que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene su origen en la dignidad humana. Además, se hace énfasis en lo que expresan los instrumentos y jurisprudencias nacionales e internacionales sobre el derecho a la dignidad en el trabajo y el derecho a la igualdad y no discriminación laboral. En conclusión, el servicio que presta el personal de seguridad pública debe ser decente y el Estado como patrón debe otorgar condiciones laborales dignas, en igualdad de circunstancias que el resto de servidores públicos.

1 Abogado, cuenta con Maestrías en Filosofía y en Derecho Laboral. Estudiante del Doctorado en Derechos Humanos en el Centro Universitario Tonalá de la Universidad de Guadalajara.

Introducción

El objetivo de la presente contribución es entender, a través de diversos conceptos teóricos y jurídicos (incluyendo los que se formulan en instrumentos y jurisprudencias nacionales e internacionales), lo que es el derecho a la dignidad en el trabajo, el derecho a la igualdad y no discriminación laboral en el marco de la función de la seguridad pública.

Se trata de una investigación jurídica documental o teórica,[2] toda vez que las fuentes de información son totalmente documentales mediante el método exegético y sistemático jurídico,[3] pues se realiza como método la interpretación de textos jurídicos y los derechos humanos —objeto de estudio— que se entienden dentro de los sistemas jurídicos a nivel tanto nacional como internacional.

Las instituciones policiales están integradas por hombres y mujeres (biológicamente hablando, sin despreciar la identidad de género, expresión de género y preferencia sexual). Antes de pertenecer al Personal Operativo de Seguridad Pública (POSP) son ciudadanos y ciudadanas, padres y madres, hermanos y hermanas. Pero ante todo son seres humanos y todo ser humano es persona humana.

Etimológicamente el término *persona* proviene del etrusco *phersu*, del griego *prosopon* y del latín *personare*; todas coinciden en identificar al concepto persona con el de *máscara* utilizada en el teatro antiguo para representar a un personaje.[4] En lo personal me gusta el origen etimológico que le da Santo Tomás de Aquino a este mismo término como el de *per se una*, "por sí uno", "esencia única" o "sustancia individual", equivalente al de *hypóstasis* griego.[5] Ya desde su raíz etimológica se empieza a identificar un enfoque jurídico (representación) o un enfoque antropológico-filosófico (la persona en sí).

A partir del filósofo romano Severino Boecio, el término *persona humana* es utilizado en la filosofía tradicional, en particular por la antropología filosófica, retomada en la actualidad por muchos pensadores modernos (Jaques Maritain, Emmanuel Mounier, Gabriel Marcel, entre otros), en una orienta-

2 Dora García Fernández, *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI* (México: UNAM, 2015), p. 455, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/24.pdf

3 José Martínez Pichardo, *Lineamientos para la investigación jurídica* (México: Porrúa, 2014): pp. 82-84.

4 José Chávez-Fernández. *Persona humana y derecho* (México: Porrúa, Universidad Católica San Pablo, 2014), p. 5.

5 Pietro Pavan, *Doctrina Social Cristiana* (México: Ediciones Paulinas, 1963), p. 22.

ción peculiar denominada *personalismo*. El personalismo filosófico, nos dice González Uribe, "es la posición tanto teórica como práctica que, atendiendo a la naturaleza y fines de la persona humana, considera como supremos los valores trascendentales de la persona y a ellos subordina los de la vida social, cultural, económica, jurídica y política".[6]

El personalismo tuvo una gran influencia en el pensamiento jurídico y en particular en la teoría de los Derechos Humanos (DDHH) a partir de la Segunda Guerra Mundial. Así se hizo notar sobre todo en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y demás instrumentos internacionales en defensa de los DDHH. Tan es así que en la CADH el término *persona* es utilizado como idea de persona humana, y en su preámbulo establece que "…los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana…".[7] Refiriéndose a este punto, Helga Lell refiere: "En el preámbulo, cabe destacar que se expresa que los atributos de la persona son el fundamento de los derechos humanos y que ello justifica una protección por sobre las prestadas por el Estado…".[8]

Nuestro país, obligado por los tratados internacionales, realiza una reforma constitucional el 10 de junio de 2011 donde se ve reflejada la transformación del individualismo decimonónico al personalismo moderno. Se modifican los términos de *garantías individuales* por *derechos humanos* y el de *individuo* por *persona*. Asimismo, se ve una tendencia de cambio paradigmático del iuspositivismo al iusnaturalismo. El entonces legislador Zamora Jiménez lo refiere de la siguiente manera: "Esta reforma obliga a revisar y adecuar de fondo la doctrina constitucional prevaleciente en nuestro país, puesto que el reconocimiento de la existencia de derechos inherentes a la persona rompe con la tradición *ius positivista*, que solo otorgaba protección en forma restrictiva de las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución".[9]

---

6 Héctor González Uribe, *Teoría política* (México: Porrúa, 2001), p. 517.

7 Organización de los Estados Americanos (OEA), "Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica'" (conferencia, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969), https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html

8 Helga Lell, "El concepto de persona humana en el sistema jurídico interamericano", *En Letra* V, n° 10 (2018): pp. 116-133, https://www. bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2019/01/El_concepto_de_persona_ humana_en_el_sist.pdf

9 Arturo Zamora Jiménez, "Reforma constitucional en materia de derechos humanos", *Quórum Legislativo*, n° 105 (2011): p. 14, http://www3.diputados.gob.mx

Los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad, así lo establece el artículo 1..° de la DUDH. Pero no solo es así porque la Organización de las Naciones Unidas (ONU) lo dice,[10] sino porque la razón afirma que la estructura óntica de la persona humana es de esa forma. La antropología, la ética, la política y el derecho se unifican en esta ocasión para dignificar a la persona humana. La *dignidad* es una cualidad inherente de la persona humana.

Las y los policías son servidores públicos cuya función es garantizar la seguridad pública de la población. Pero antes de pertenecer al POSP son personas humanas, con dignidad y derechos.

La dignidad humana, como fundamento de los DDHH, es sustantiva, ontológica, ya que tiene su fundamento en el "ser" humano, es el valor óntico propio de toda persona humana, es un valor supremo, pero que es igual *el mío* que el *del otro*. No pueden ir separados la *dignidad humana* de la *persona humana*, es inseparable el uno con el otro. "La dignidad de la persona es absoluta y pertenece a la esencia en tanto que se trata de una perfección del ser que informa a todo el compuesto humano".[11] Toda persona es digna por el hecho de ser persona. ¿Por qué tiene esa calidad de digno la persona humana? Porque es un ente único e irrepetible, por naturaleza libre e inteligente, capaz de amar y ser amado. Estas ideas iusfilosóficas han sido trasladadas al derecho positivo, de ahí que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado lo siguiente:

> DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES
>
> El artículo 1.° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a

10 Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (10 de diciembre de 1984, 217 A(III)), https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html

11 José Chávez-Fernández, *Op. Cit.*, p. 17.

> vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues solo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad. (Tesis P.LXV/2009)

En este contexto, tal y como se señaló párrafos anteriores, el POSP son personas con derechos y obligaciones. Al momento de violentárseles un derecho fundamental, violentan su dignidad humana. En el derecho positivo mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) señala: "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil…" (art. 123.°, par. 1). Por su parte la Ley Federal del Trabajo (LFT) establece que "… se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio" (art. 8.°, par. 2).

El derecho del trabajo es una disciplina o área del derecho que se encarga de regular las relaciones laborales entre los trabajadores y los patrones. Pero el *derecho al trabajo* es un derecho humano que se desprende de la dignidad de la persona humana. Con base en la Observación General número 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos CNDH señala que: "El derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad".[12]

Los instrumentos internacionales reconocen el derecho al trabajo y obligan a los Estados que se adhieren a tomar medidas para garantizar este derecho fundamental. De esta forma el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instituye que: "Los Estados Partes en el presente

12 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo* (México: CNDH, 2017), p. 7, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5178/6.pdf

Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho". (art. 6.1.°).

Una vez que se materializa el derecho al trabajo surge la relación laboral. Y de las relaciones laborales devienen una serie de condiciones de trabajo que al categorizarse se le denominan *derechos humanos laborales*. Los derechos humanos laborales son inherentes a la persona humana por el solo hecho de ser persona y trabajar. Son prerrogativas mínimas de seguridad, salud y calidad de vida que tienen las y los trabajadores en el empleo. Atinadamente la CNDH, señala que: "Los derechos humanos laborales se encuentran íntimamente ligados a la seguridad social, al derecho a la permanencia en el empleo, al derecho a ser indemnizado en caso de despido sin justa o legal causa, a un salario, a una vivienda, a capacitación y adiestramiento, a una jornada máxima laboral, al reparto de utilidades, al derecho a la asociación profesional, entre otros".[13]

Los derechos humanos laborales, dentro del derecho laboral abarca a las *condiciones de trabajo* con la característica imprescindible de la dignidad en el trabajo. Mientras que las condiciones laborales se establecen en un contrato de trabajo, en donde se acuerda el salario, la jornada, el tiempo de descanso, etcétera. Los derechos humanos laborales establecen que el salario y el horario sean dignos, las vacaciones sean justas, entre otras condiciones. Como se dijo, el derecho al trabajo nace de la dignidad humana, por lo tanto, las condiciones de trabajo deben de ser dignas.

Los derechos humanos laborales no se limitan a las condiciones laborales dignas, también abarca todas aquellas prerrogativas entre las que se encuentran las que tienen las y los trabajadores en caso de ser despedidos en forma injusta, el derecho por el reclamo de prestaciones justas, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, los derechos colectivos y la libertad de asociación, por mencionar algunas. Reynoso Castillo, con una visión positivista de los DDHH, nos dice que "con la expresión «derechos humanos laborales» se busca incorporar de manera directa y sencilla el tema de la necesaria reflexión sobre la protección de los derechos humanos, para no limitarlo

13 *Ibídem*, p. 4.

exclusivamente a la persona de quien es considerado legalmente como trabajador, y al espacio físico del centro de trabajo".[14]

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el trabajo digno es denominado también como *trabajo decente:* "El concepto de trabajo decente fue lanzado en 1999 por el Director General de la OIT y se refiere a la generación de oportunidades para que todos los hombres y mujeres accedan a un empleo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad, y dignidad humana, en el que los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social".[15] Al respecto, como consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la LFT establece una definición bastante robusta del trabajo digno:

> Se entiende por trabajo digno o decente aquel en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.
>
> El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva. (art. 2.°, par. 2 y 3)

Por disposición constitucional al POSP no les es aplicable la LFT. No obstante, son personas humanas, con dignidad, y las condiciones de servicio que realizan deben ser dignas también.

La dignidad en la función policial

Anneke Osse señala que la expresión *labor policial* se utiliza de diversas formas, pero en particular para designar el proceso de garantizar el cumplimiento de la ley, cuyas funciones abarcan: "la prevención y detención del delito; el mantenimiento del orden; (y) la prestación de ayuda a la población".[16] La

14 Carlos Reynoso Castillo, *Los derechos humanos laborales* (México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2015), p. 38.

15 Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Jornada mundial por el trabajo decente* (conversatorio, Madrid, 7 de octubre de 2011), https://www.ilo.org/madrid/eventos-y-campa%C3%B1as/WCMS_217582/lang--es/index.htm

16 Anneke Osse, *Entender la labor policial* (España: Amnistía Internacional, 2007), p. 42.

labor puede abarcar entidades distintas a la propia policía y en la mayoría de países se toma como un proceso social en el que interviene la sociedad civil y el Estado.

Jurídicamente en nuestro país a la función policial se le denomina *seguridad pública* y es exclusiva del Estado, la cual se ejerce en los tres niveles de gobierno. De esta forma, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, establece que:

> La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del sentenciado, en términos de esta Ley, en las respectivas competencias establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (art. 2.°, par. 1)

De forma semejante, en el Estado de Jalisco, la Ley del Sistema de Seguridad Pública para el Estado de Jalisco determina que:

> La seguridad pública es la función gubernamental que prestan en forma institucional, exclusiva y en el ámbito de su competencia, el Estado y los municipios, la cual se regirá bajo los principios constitucionales de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo y honradez, respetando del gobernado sus derechos humanos consagrados en nuestra carta magna y la Constitución particular del Estado. (art. 2.°, par. 1).

La función de seguridad pública que realiza el POSP debe hacerse con estricto apego a la ley, respetando los derechos humanos de la población. Pero para llevar a cabo esta función el Estado en los distintos niveles de gobierno debe procurar otorgar las prerrogativas mínimas de seguridad, salud y calidad de vida que tienen este tipo de servidores públicos en su servicio, lo que resulta esencial para que prevalezca el Estado. No obstante, los que realizan esa función son personas —no máquinas— que están subordinadas al Estado y realizan una actividad laboral, aunque legalmente sea considerada administrativa. Luego, como toda persona trabajadora, tienen derechos humanos laborales.

Por lo tanto, los derechos humanos laborales del POSP deben comprender condiciones laborales dignas que se establezcan en un contrato de trabajo (o nombramiento), en donde se especifique un salario remuneratorio y una jornada dignos, tiempo de descanso justo, etcétera. Como se dijo, el POSP tiene

dignidad humana, por lo tanto, las condiciones de trabajo deben de ser dignas. Asimismo, como se mencionó antes, los derechos humanos laborales no se limitan a las condiciones laborales dignas, también abarca todas aquellas prerrogativas que tiene el POSP en caso de ser separados del servicio en forma injusta, al derecho al reclamo de prestaciones justas, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, entre otras.

El fundamento iusfilosófico del derecho a la igualdad y no discriminación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su propuesta de la Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 45, ha dicho que:

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[17]

Por lo tanto, el fundamento del derecho a la igualdad y no discriminación será la propia dignidad humana. Toda persona humana tiene igualdad de dignidad, pues se trata de dignidad ontológica, se encuentra en la estructura óntica del ser humano. Yo soy digno de la misma manera que es digno el otro, esta es igualdad antropológica. Posteriormente de lo ontológico se pasa a lo ético, o sea, de la estructura del ser humano se pasa a la actuación humana. Nadie puede violar la dignidad humana, ni las personas entre sí, ni sobre uno mismo.

La discriminación es una violación a la dignidad humana, por ello los postulados expuestos en la antropología filosófica se convierten en principios éticos de actuación. Por ejemplo: 1) Los actos humanos deben ir encaminados al respeto por la dignidad humana; 2) si quiero que respeten mi dignidad debo respetar la dignidad del otro; 3) todos debemos ser respetados de la misma forma. Hacer lo contrario es discriminar.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003): pp. 105-106, https://www.acnur.org/fileadmin/ Documentos/ BDL/2003/2351.pdf

Pero la ética puede ser considerada desde una perspectiva deontológica (normas) y axiológica (valores). Por lo que, desde el punto de vista axiológico, la igualdad se convierte en un valor. El valor de la igualdad debe ser un principio intrínseco de actuación axiológica que todos los seres humanos debemos seguir. Este valor implica una conducta activa (tratar a todos por igual) y una conducta no activa (no discriminar). Como valor, no debe ser impuesto, sino realizarlo por convicción. El valor de igualdad es un valor de convicción.

Finalmente, de lo ético se pasa a lo jurídico. Los principios de actuación ética se convierten en normas jurídicas y principios jurídicos. Desde este punto de vistas, Robert Alexy[18] hace una división de las normas jurídicas en reglas y principios, en la que nos señala que los derechos fundamentales tienen el doble carácter de ser reglas y ser principios. Por lo tanto, considero que la igualdad y no discriminación, además de ser un derecho fundamental, es un principio jurídico.

De esta forma *la igualdad como principio* fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico y a los actos que derivan de él, ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos y judiciales. Esta dimensión implica que la igualdad debe utilizarse como una guía hermenéutica en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho.

Con respecto al principio de igualdad, la Corte IDH señala que:

- Tiene carácter de *ius cogens* (norma imperativa de derecho internacional que no admite acuerdo en contrario). Ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental puede ser admitido.
- Es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional.
- Implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede contrariar el principio de igualdad y no discriminación.
- Genera efectos inclusive entre particulares.[19]

18 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993): pp. 81-112.

19 Citado por: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* (México: SCJN, 2013), p. 30, http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf

En consecuencia, la Corte IDH señala que los Estados solo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando estas se realicen con el debido respeto a los DDHH y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de la persona. Es importante señalar que los principios jurídicos no solamente son para que los aplique el Estado, sino también a todas las personas a quien va dirigida la norma jurídica.

Por su parte, *la igualdad como derecho* se constituye como una prerrogativa de acceso a la justicia; es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad sustantiva en el ejercicio del resto de los derechos.[20]

Es importante señalar que, si bien es cierto que la igualdad y la no discriminación son cosas distintas, también es cierto que estas son inseparables. La igualdad exige una actuación positiva del Estado con el fin de promover las mismas oportunidades de ejercicio de los derechos. La no discriminación demanda que las autoridades no permitan ni practiquen tratos diferenciados injustificados entre las personas. Al respecto, la Corte IDH señala:

> La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados, al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio".[21]

A su vez, el entonces Juez de la Corte IDH, Rodolfo E. Piza, señaló en el voto separado de la Opinión Consultiva 4/84 "Parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común".[22]

La igualdad y no discriminación tienen su base en la dignidad de la persona humana y se encuentra en la estructura óntica del ser humano. Al pasar de lo ontológico a lo ético se convierten en un principio de conducta y en un va-

20 *Ibídem*, p. 30.
21 Corte IDH, *Op. Cit.*, p. 103.
22 Citado por SCJN, *Op. Cit.*, p. 37.

lor. El valor de la igualdad debe ser un principio de actuación axiológica que todos los seres humanos debemos seguir, que implica la convicción de tratar a las personas por igual y no discriminarlas. Pero la conducta ética de las personas no es suficiente, es necesario que el Estado tome cartas en el asunto. Se necesita la existencia de normas jurídicas que garanticen la igualdad como derecho y como principio: como derecho subjetivo fundamental, para que las personas puedan exigir efectivamente su derecho a la igualdad y no discriminación; y como principio de actuación del Estado, una guía hermenéutica en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho.

Por lo tanto, el personal operativo de seguridad pública —por su dignidad humana— tiene el derecho subjetivo de igualdad sustantiva y no discriminación; y al mismo tiempo, el Estado mexicano tiene la obligación —como principio jurídico de actuación— de promover, respetar, proteger y garantizar la igualdad y no discriminación de toda la sociedad y a este sector tan importante para la función del propio Estado.

Fundamentos jurídicos nacionales e internacionales del derecho de igualdad y no discriminación

En México, a partir de la reforma constitucional de 2011, se amplía la fuente normativa de los DDHH, incorporando no solo los contenidos en la CPEUM y en las leyes que de ella emanen, sino además en los instrumentos internacionales donde surjan normas de DDHH. De esta forma la CPEUM establece que "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" (art 1°). Por lo que es la propia Constitución la que convierte a los DDHH contenidos en los tratados internacionales en normas con fuerza constitucional. A esto se le conoce como *bloque de constitucionalidad*. Al comentar José Luis Caballero el primer párrafo del artículo primero, afirma que: "el bloque de constitucionalidad denota el conjunto normativo que se conforma como canon de reconocimiento, aplicación e interpretación de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte".[23] Por lo tanto, el derecho de igualdad y no discriminación —al igual que todos los derechos humanos— tendrá un reconoci-

23 José Luis Caballero Ochoa, "Bloque de constitucionalidad", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, ed. por Jimena Ruiz Cabañas, Julio Martínez Rivas, y Santiago Oñate Yañez (México: Tirant lo Blanch, 2017): pp. 47-52.

miento, aplicación e interpretación en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. El fundamento constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación lo encontramos en el artículo 1.° de la CPEUM al establecer que:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> […]
>
> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (art. 1.°, par. 1 y 5)

De esta forma, la CPEUM reconoce el derecho subjetivo fundamental de igualdad al establecer que "todas las personas gozarán de los derechos humanos", en donde, dentro del territorio nacional, toda persona podrá exigir el derecho a la igualdad y al mismo tiempo se redacta como principio jurídico —principalmente en la no discriminación—, es decir, que la igualdad y la no discriminación debe utilizarse como una guía en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho.

Este artículo hace énfasis en grupos o sectores de la población que históricamente han sido discriminados (mujeres, indígenas, homosexuales, etcétera). Estas categorías protegidas, también denominadas *categorías sospechosas*, no las denomina explícitamente, sino solamente señalando la posible discriminación por raza, género, edad, sexo, extendiéndose a toda aquella "que atente contra la dignidad humana". En el Estado de Jalisco, la Constitución local hace lo propia al quedar redactado la protección a los derechos fundamentales de la siguiente manera:

> Toda persona, por el solo hecho de encontrarse en el territorio del estado de Jalisco, gozará de los derechos que establece esta Constitución, siendo obligación fundamental de las autoridades salvaguardar su cumplimiento. Asimismo, el Estado de Jalisco reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación

> entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural.
>
> Se reconocen como derechos humanos de las personas que se encuentren en el territorio del estado de Jalisco, los que se enuncian en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los tratados, convenciones o acuerdos internacionales que el Gobierno federal haya firmado o los que celebre o de que forme parte.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> […]
>
> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias de todo tipo, incluyendo las sexuales, el estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.
>
> […]
>
> B.- El Estado y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. (CPEJ, art. 4.°, par. 1, 2, 5 y apr. B par. 1)

Al igual que la Constitución federal, la local establece la igualdad y no discriminación como derecho fundamental y también como principio jurídico. Lo novedoso en el documento local es que en el apartado B del mismo artículo explícitamente da protección especial a los indígenas como categoría sospechosa, tomando medidas de inclusión y acciones afirmativas.

Posteriormente, en forma infra constitucional a nivel federal se encuentra la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), cuyo objeto es "prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan

contra cualquier persona en los términos del artículo 1.° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato" (art. 1.°, par. 1).

Como datos importantes podemos rescatar que el artículo 9.° de la LFPED establece un catálogo de lo que se considera como discriminación, señalando más treinta formas de discriminar y dejando abierta la última de conformidad a la definición de discriminación que realiza en la fracción III del artículo 1.°, transcrita en líneas anteriores. Otro ordenamiento jurídico federal importante que desarrolla en forma más explícita el principio de igualdad y no discriminación es la Ley General de Víctimas (LGV). Esta ley tiene como finalidad:

> [Obligar] a las autoridades de todos los ámbitos de gobierno, y de sus poderes constitucionales, así como a cualquiera de sus oficinas, dependencias, organismos o instituciones públicas o privadas que velen por la protección de las víctimas, a proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral. Las autoridades de todos los ámbitos de gobierno deberán actuar conforme a los principios y criterios establecidos en esta Ley, así como brindar atención inmediata en especial en materias de salud, educación y asistencia social, en caso contrario quedarán sujetos a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que haya lugar. (art. 1°, par. 3)

En este sentido, la LGV obliga al Estado en todos sus niveles y órganos a diseñar, implementar y evaluar los mecanismos, medidas y procedimientos, aplicando el principio de igualdad y no discriminación de conformidad a la siguiente definición:

> En el ejercicio de los derechos y garantías de las víctimas y en todos los procedimientos a los que se refiere la presente Ley, las autoridades se conducirán sin distinción, exclusión o restricción, ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos, sociales, nacionales, lengua, religión, opiniones políticas, ideológicas o de cualquier otro tipo, género, edad, preferencia u orientación sexual, estado civil, condiciones de salud, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio y discapacidades, o cualquier otra que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Toda garantía o mecanismo especial deberá fundarse en razones de enfoque diferencial. (art. 5°, par. 15)

A nivel local se encuentra la Ley Estatal para Promover la Igualdad, Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Estado de Jalisco (LEPIPEDEJ), que tiene por objeto:

> I. Promover y garantizar la igualdad de trato y oportunidades, el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas, la integración de la socie-

dad de manera inclusiva en las actividades que les permitan el desarrollo pleno de su persona, así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del estado;

II. Prevenir y eliminar toda forma de discriminación y violencia que se ejerza contra cualquier persona en los términos del artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los tratados, convenciones o acuerdos internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y del artículo 4.º de la Constitución Política del Estado de Jalisco; y

III. Coadyuvar en la eliminación de las disposiciones normativas, hechos, acciones, omisiones o prácticas que tengan por objeto o produzcan el efecto de negar, excluir, distinguir, menoscabar, impedir o restringir ilícitamente alguno o algunos de los derechos y libertades fundamentales de las personas, grupos o comunidades; y

IV. Establecer los principios y criterios que orienten las políticas públicas para promover la igualdad y la libertad de las personas, a efecto de que sean reales, efectivas y permanentes. (art. 2°)

Finalmente, dentro de las normas jurídicas locales, tenemos a la Ley de Atención a Víctimas del Estado de Jalisco, que al igual que su homóloga a nivel federal, desarrolla en forma más explícita el principio de igualdad y no discriminación, ya que la misma establece:

Igualdad y no discriminación. En el ejercicio de los derechos y garantías de las víctimas del delito y en todos los procedimientos a los que se refiere la presente Ley, las autoridades se conducirán sin distinción, exclusión o restricción, motivada por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos, sociales, nacionales, lengua, religión, opiniones políticas, ideológicas o de cualquier otro tipo; género, edad, preferencia u orientación sexual, estado civil, condiciones económicas o de salud, pertenencia a una minoría, discapacidades o cualquier otra que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Toda garantía deberá fundarse en razones de enfoque diferencial. (art. 5°, f. VIII)

Ha sido abundante la jurisprudencia establecida por la SCJN en materia de igualdad y no discriminación. Al respecto transcribiremos uno de los criterios más relevantes:

DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011

> El artículo 1.° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el citado diario, al establecer que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, modificó sustancialmente el contenido de los derechos protegidos constitucionalmente, incluido el de igualdad, el cual es un principio adjetivo que se predica siempre de algo y que, por tanto, se define y actualiza progresivamente a través del tiempo y a la luz de una multiplicidad de factores sociales, culturales, económicos, políticos, entre otros. Consecuentemente, si bien es cierto que el concepto jurídico de igualdad desde un punto de vista abstracto se encontraba presente desde antes de dicha reforma constitucional, también lo es que sus condiciones de aplicación y supuestos de protección se han ampliado significativamente con el contenido de los tratados internacionales; un ejemplo de ello lo constituye la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece criterios específicos para verificar si existe o no discriminación, los cuales complementan materialmente a los preceptos constitucionales. De ahí que, a partir de la citada reforma, cuando se alegue una violación al principio de igualdad jurídica, el juzgador no puede desdeñar el texto de los tratados internacionales que hacen referencia a la igualdad y a la prohibición de discriminación, sino que debe efectuar el escrutinio de constitucionalidad correspondiente teniendo como ámbito material de validez a la Constitución y a los diferentes tratados ratificados por México, máxime cuando ese análisis ha sido solicitado por el quejoso. (Tesis: 1a./J. 124/2017 (10a.))

Lo notable de la jurisprudencia trascrita es señalar que dentro de un proceso jurisdiccional el juzgador no puede menospreciar lo señalado en los instrumentos internacionales que hacen referencia a la igualdad y no discriminación, sino que "debe efectuar el escrutinio de constitucionalidad" con base en la propia CPEUM y los tratados internacionales en los que México sea parte.

En el ámbito internacional, nos limitaremos a señalar lo establecido en la CADH, toda vez que los diferentes criterios sobre el tema ya han sido expuestos líneas atrás. Previo a señalar los preceptos de este instrumento internacional es importante referirse a los conceptos de cláusulas subordinadas y cláusulas autónomas sobre igualdad y no discriminación, así como lo señala Edwuar Pérez: "Una cláusula subordinada prohíbe la discriminación en cuanto al goce y disfrute de los derechos contenidos dentro del instrumento referido".[24] El artículo 1.1.° de la CADH es un ejemplo de una cláusula subordinada. Por su parte, el mismo autor refiere que "una cláusula autónoma prohíbe cualquier tipo de discriminación de forma autónoma, con independencia de que se re-

24 Edward Jesús Pérez, *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos* (México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CNDH, 2016), p. 23.

fiera a un derecho contenido en el mismo instrumento o que provenga de otra fuente".[25] El artículo 24.° de la CADH es una cláusula autónoma. Una vez hecha esta aclaración, se trascribe cada uno de ellos:

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (art. 1.1°)

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (art. 24°)

La SCJN ha establecido como criterio de *control de convencionalidad* que son vinculantes —además de lo establecido en la CADH— la jurisprudencia interamericana contenida en las resoluciones de la Corte IDH. En este sentido, ha sido muy abundante la jurisprudencia de este tribunal internacional respecto al tema de igualdad y no discriminación. Nos limitaremos a exponer algunas sentencias:

• *Caso Yatama Vs. Nicaragua*

184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

25 *Ibídem*, p. 24.

• *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*

268. La Corte ha establecido que el artículo 1.1.° de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

269. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

• *Caso Atala Riffo vs. Chile*

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

81. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1.° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1.° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante Comité de Derechos Humanos) ha definido la discriminación como: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1.° se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24.° protege el derecho a "igual protección de la ley". Es decir, el artículo 24° de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1.° y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección

desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24.° de la Convención Americana.

Tal y como se puede apreciar, la CPEUM y la legislación mexicana se ha adaptado —en ocasiones de manera voluntaria y en otras en forma obligatoria— a los criterios internacionales sobre todo del Sistema Interamericano de DDHH, del cual México forma parte. Luego, el bloque de constitucionalidad (los DDHH contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales en el que el Estado mexicano forme parte), las leyes secundarias, la jurisprudencia nacional e internacional otorgan la fundamentación jurídica para la igualdad y no discriminación como derecho subjetivo de las personas y como principio jurídico de actuación del Estado. Por lo tanto, el personal operativo de seguridad pública —al igual que toda persona humana— goza efectivamente de la protección que el derecho nacional e internacional le otorga.

El trato diferenciado o la distinción legítima

No toda diferencia es discriminación. El mundo es distinto. Los hombres y las mujeres somos distintos. La niñez es distinta a la adultez. No por ello son situaciones discriminatorias. En términos generales toda persona humana entiende la diferencia existente en el mundo natural y social. Solo cuando esta diferencia atenta en contra de la dignidad humana es cuando sentimos el agravio y consideramos que existe discriminación. Al respecto, la SCJN, ha emitido diversas jurisprudencias, una de las más importantes señala:

> PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL
>
> El principio de igualdad y no discriminación permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, *per se*, incompatible con esta. Es contraria toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por considerarlo inferior, sea tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Sin embargo, es importante recordar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redunda en detrimento de los derechos humanos. En igual sentido, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas,

> sino su utilización de forma injustificada. No se debe perder de vista, además, que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un derecho humano. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que solo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta. (Tesis: P./J. 9/2016 (10a.))

De acuerdo al criterio anterior, podemos señalar que el Estado o las personas pueden contravenir el principio de igualdad cuando se alegue una *distinción legítima* también llamado *trato diferenciado*. Es decir, en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho el Estado podrá realizar una distinción entre una persona o grupo de personas, siempre y cuando justifique de manera *razonada y objetiva* el motivo por el cual está realizando dicha distinción.

Como se observa, la distinción es legítima cuando esta sea objetiva y razonable, lo que conlleva a que mantenga un fin legítimo y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios usado y el referido fin. Edward J. Pérez señala que para valorar la legitimidad de la distinción hay que realizar tres operaciones:

- Determinar si una situación jurídica entre dos personas es relevante igual, con el fin de identificar si aplicarían al caso en estudio las obligaciones que derivan del derecho a la igualdad y no discriminación;
- Identificar cuáles justificaciones podrían ser consideradas legítimas y cuáles estarían prohibidas conforme con el derecho interamericano; y
- Determinar si la distinción que existió atiende a un test, en el que se determine la legitimidad y proporcionalidad de la medida.[26]
- Eguiguren Praeli nos refiere que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a través de sus decisiones nos esclarece este tema al sostener que:

El derecho a la igualdad de trato y la prohibición de toda forma de discriminación no debe entenderse como una proscripción al establecimiento de diferenciaciones de trato legítimas;

- Una distinción resulta discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable, la que —a su vez— debe apreciarse y justificarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada;
- Esta finalidad perseguida con el trato diferenciado no solo debe resultar legítima, sino que debe respetar una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines buscados;

26 *Ibídem*, pp. 38 y 39.

- Dado que el derecho a la igualdad protege a todos aquellos que se encuentran en una situación semejante o comparable, el trato distinto debe explicarse por la apreciación objetiva de situaciones de hecho esencialmente diferentes;
- Por último, la existencia de ciertas categorías de personas o grupos que sufren limitaciones en algunos de sus derechos, por relaciones de sujeción o condiciones específicas de vulnerabilidad, torna admisible el establecimiento de un trato diferente.[27]

El último inciso explicado por Praeli, referente a las decisiones del TEDH, se refiere a las denominadas *acciones afirmativas*, que son medidas que realiza el Estado en favor de aquellas categorías sospechosas cuyo objetivo es corregir situaciones de desigualdad. Con respecto a este tema, la Corte IDH ha establecido lo siguiente:

• *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*

200. La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

• *Opinión Consultiva OC-48/84*

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Siguiendo el criterio establecido por la Corte IDH, en primer lugar hay que identificar el fin legítimo, posteriormente estudiar la proporcionalidad

27 Francisco Eguiguren Praeli, "Principio de igualdad y derecho a la no discriminación", *Ius Et Veritas* 8, n° 15 (2015): pp. 63-72, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730

entre el grado de afectación al fin legítimo y la afectación causada por la aplicación a la distinción referida. De esta forma la Corte IDH, busca obtener el menor perjuicio al bien jurídico afectado.

Existe una *distinción legítima legislativa* cuando el legislador establece una diferenciación que se traduce en la existencia de dos regímenes jurídicos, este trato diferenciado debe ser razonable y objetivo para considerarse constitucional. De lo contrario estaríamos bajo el supuesto de una discriminación legislativa. La Primera Sala de la SCJN ha establecido lo siguiente:

> DISCRIMINACIÓN NORMATIVA. EL LEGISLADOR PUEDE VULNERAR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY POR EXCLUSIÓN TÁCITA DE UN BENEFICIO O POR DIFERENCIACIÓN EXPRESA
>
> El derecho fundamental a la igualdad en su vertiente de igualdad formal o igualdad ante la ley comporta un mandato dirigido al legislador que ordena el igual tratamiento a todas las personas en la distribución de los derechos y obligaciones. Así, cuando el legislador establece una distinción que se traduce en la existencia de dos regímenes jurídicos, esta debe ser razonable para considerarse constitucional. En este sentido, para mostrar que la distinción no es razonable debe señalarse por qué resultan equivalentes o semejantes los supuestos de hecho regulados por ambos regímenes jurídicos, de tal manera que esa equivalencia mostraría la falta de justificación de la distinción. De esta manera, existe discriminación normativa cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de forma desigual sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado. Al respecto, debe señalarse que la discriminación normativa constituye un concepto relacional, en el sentido de que a la luz del derecho a la igualdad en principio ningún régimen es discriminatorio en sí mismo, sino en comparación con otro régimen jurídico. Dicho de otra manera, la inconstitucionalidad no radica propiamente en el régimen jurídico impugnado, sino en la relación que existe entre este y el régimen jurídico con el que se le compara. En este sentido, la justificación de las distinciones legislativas que distribuyen cargas y beneficios se determina a partir de un análisis de la razonabilidad de la medida. (Tesis: 1a. CCCLXVIII/2015 (10a.))

La misma sala del máximo tribunal ha establecido que para que sean constitucionales las intervenciones a un derecho fundamental se debe pasar por un *test de proporcionalidad* que consiste en cuatro etapas:

1. Identificación de una finalidad constitucionalmente valida. (Tesis: 1a. CCLXV/2016 (10a.))
2. Examen de la idoneidad de la medida legislativa. (Tesis: 1a. CCLXVIII/2016 (10a.))

3. Examen de la necesidad de la medida legislativa. (Tesis: 1a. CCLXX/2016 (10a.))
4. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa. (Tesis: 1ª. CCLXXII/2016 (10a.))

Es decir, en primer lugar, se considera una finalidad constitucionalmente válida: los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos. En segundo lugar, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Posteriormente, el examen de necesidad implica corroborar si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en consecuencia, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Finalmente, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.

El POSP tiene un tratamiento especial por la CPEUM, de ahí que tenga un régimen jurídico propio. Consideramos que existe discriminación normativa a los cuerpos de seguridad pública en nuestro país porque el trato diferenciado no es razonable ni objetivo, además de no superar el test de proporcionalidad establecido por la propia SCJN.

Conclusiones: por un derecho a la igualdad y a la no discriminación laboral al personal de seguridad pública

Esto no es más que la aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación al ámbito laboral; tal y como se observó en el subtítulo anterior, este derecho puede ser un principio jurídico o un derecho fundamental. El derecho a la igualdad y a la no discriminación laboral nace de la dignidad de la persona humana trabajadora.

Como se señaló, el trabajo digno o decente es un derecho fundamental y se entiende como aquel que "respeta plenamente la dignidad humana, no

existe discriminación […] Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón…" (LFT, art. 2°, par. 2 y 4). Por lo tanto, se encuentra en la esencia misma del trabajo digno que se respete la igualdad y no discriminación.

Como derecho fundamental, es la prerrogativa que tienen todas las personas trabajadoras para exigir el derecho a la igualdad y no discriminación laboral. Como principio, es el que deben seguir las autoridades y los particulares ya sea en la elaboración, interpretación y/o aplicación del derecho del trabajo y del derecho al trabajo.

El fundamento constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación laboral lo tenemos en el artículo 1.° párrafo primero, donde se concede el derecho a la igualdad; y en el párrafo quinto en donde se enuncia el principio de no discriminación (ya analizados con antelación). Además, lo encontramos en el artículo 5.°, donde se consagra la libertad de trabajo y/o profesión, señalando que ninguna persona se le puede impedir "que se dedique a la profesión, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos" (CPEUM, art. 5.°, par. 1). Finalmente, en el artículo 123.°, donde nos otorga el fundamento al derecho al trabajo digno, estableciendo protecciones específicas que se derivan de este derecho humano fundamental.

A nivel internacional, se tiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde se reconoce "el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho" (art. 6.1.°). Muy importante también que este instrumento internacional obligue a los Estados miembros a que reconozcan:

El derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. (art. 7.°)

A nivel interamericano se encuentra el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el cual establece prácticamente lo mismo que el pacto anterior.

La OIT también ha realizado convenios, los cuales el Estado Mexicano también ha suscrito, donde se constituyen parámetros importantes del derecho a la igualdad y a la no discriminación laboral. A nuestro juicio, los más importantes son el Convenio sobre Igualdad de Remuneración, donde se establece el principio de "a trabajo igual salario igual", con la especificidad de tratamiento igual entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor (art. 1.°); y el Convenio Relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, en el cual se busca anular toda discriminación de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación, por distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, nacionalidad, etcétera, obligando a los Estados miembros a llevar a cabo políticas públicas nacionales para promover la igualdad de oportunidades y evitar la discriminación laboral (art. 1.° y 2.°).

Además de los instrumentos internacionales arriba descritos, existen otros "especializados" que tratan también la igualdad y no discriminación. A nivel internacional son: la Convención Internacional sobre toda Forma de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad. En el Sistema Interamericano tenemos: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y

la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Con toda esta fundamentación jurídica nacional e internacional —que al tratarse de DDHH conforman el bloque de constitucionalidad— el Estado mexicano está obligado a respetar, proteger, garantizar y promover, la igualdad y no discriminación en el trabajo. Esto de conformidad al párrafo tercero del artículo 1.° de la CPEUM.

Estefanía Vela Barba nos dice que la obligación de *respetar* es "el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de un derecho".[28] Esto es, el Estado no debe discriminar a las personas en su empleo, pero no solo a las personas que trabajan en empresas privadas, sino también para quienes laboran para el mismo Estado. Lo anterior implica que toda la legislación y normatividad secundaria aplicable no debe ser discriminatoria, ni la actuación del gobierno en todos sus niveles y poderes, ya sea cuando actúe como autoridad o como patrón.

Por su parte, la obligación del Estado de *proteger* consiste en "impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el goce de un derecho".[29] En virtud de la protección, el Estado tendrá que *garantizar*, que será el generar los mecanismos para detectar, castigar y reparar la discriminación que provenga de particulares. Finalmente, el Estado deberá *promover*, que será "el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho lo gocen".[30] De ahí que el Estado tendrá que realizar todo aquello que contribuya a realizar dicha promoción.

Por todo lo escrito en el presente subtítulo, podemos concluir que como personas y por la dignidad en la función policial, el POSP tienen derecho a la igualdad y a la no discriminación laboral. Como se analizó en párrafos anteriores, la función de seguridad pública es esencial para que prevalezca el Estado. La realizan personas que prestan este servicio y están subordinadas al Estado como patrón. El servicio de seguridad pública que presta el POSP es una actividad laboral, aunque legalmente sea considerada como administrativa. Entonces, como toda persona trabajadora, las y los elementos operativos tienen derechos humanos laborales.

---

28 Vela Estefanía Barba, *La discriminación en el empleo en México* (México: Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017), p. 47.

29 *Ibídem*, p. 47.

30 *Ibídem*, p. 47.

Por lo tanto, los derechos humanos laborales del POSP deben comprender condiciones laborales dignas, en igualdad de circunstancias que el resto de funcionarios y servidores públicos que laboran ya sea en la misma dependencia o en otras también encargadas de la Seguridad Ciudadana (SC). Para evitar la discriminación laboral se debe verificar si la distinción que existe entre unos y otros es legítima (razonable y objetiva) y que cumpla con los requisitos del test de proporcionalidad establecido por la SCJN.

Bibliografía

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Barba, Vela Estefanía. *La discriminación en el empleo en México*. México: Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017.

Caballero Ochoa, José Luis. "Bloque de constitucionalidad". En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, editado por Jimena Ruiz Cabañas, Julio Martínez Rivas, y Santiago Oñate Yañez. México: Tirant lo Blanch, 2017.

Chávez-Fernández, José. *Persona humana y derecho*. México: Porrúa, Universidad Católica San Pablo, 2014.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo*. México: CNDH, 2017. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5178/6.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003. https://www.acnur.org/fileadmin/ Documentos/BDL/2003/2351.pdf

Eguiguren Praeli, Francisco "Principio de igualdad y derecho a la no discriminación". *Ius Et Veritas* 8, n° 15 (2015): pp. 63-72. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730

García Fernández, Dora. *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI*. México: UNAM, 2015. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/24.pdf

González Uribe, Héctor. *Teoría política*. México: Porrúa, 2001.

Lell, Helga. "El concepto de persona humana en el sistema jurídico interamericano". *En Letra* V, n° 10 (2018): pp. 116-133. https://www. bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2019/01/El_concepto_de_persona_ humana_en_el_sist.pdf

Martínez Pichardo, José. *Lineamientos para la investigación jurídica*. México: Porrúa, 2014).

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1984, 217 A(III). https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html

Organización de los Estados Americanos (OEA). "Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica'". Cconferencia, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Jornada mundial por el trabajo decente*. Conversatorio, Madrid, 7 de octubre de 2011. https://www.ilo.org/madrid/eventos-y-campa%C3%B1as/WCMS_217582/lang--es/index.htm

Osse, Anneke. *Entender la labor policial*. España: Amnistía Internacional, 2007.

Pavan, Pietro. *Doctrina Social Cristiana*. México: Ediciones Paulinas, 1963.

Pérez, Edward Jesús. *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos*. México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CNDH, 2016.

Reynoso Castillo, Carlos. *Los derechos humanos laborales*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. México: SCJN, 2013. http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf

Zamora Jiménez, Arturo. "Reforma constitucional en materia de derechos humanos". *Quórum Legislativo*, n° 105 (2011). http://www3.diputados.gob.mx

CAPÍTULO X

Rol y evolución constitucional de las fuerzas armadas ante el laberinto en la ponderación de los derechos fundamentales

Jorge Alejandro Góngora Montejano[1]

Históricamente la Fuerzas Armadas han tenido una participación preponderante en los diferentes ámbitos de la vida política del país, han incidido en muchas de las hoy instituciones del México moderno. Por su naturaleza, la ambigüedad y dualidad de sus funciones cuentan con un amplio reconocimiento social y político, pero también han sido señaladas en algunos de los episodios más lamentables en materia de violaciones a los derechos humanos. Con ello México ha adoptado resoluciones y acciones de las organizaciones protectoras de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, sobre todo en la participación constante y creciente en labores de seguridad pública. Ponderar los derechos por los cuales nuestro país debe alcanzar un interés y objetivo nacional ha sido un debate sin mucho fruto; si se toma en cuenta que los derechos más fundamentales —la vida, la paz, la justicia, acceso a una vida digna, la igualdad y el derecho a la verdad, por nombrar algunos— y las garantías para obtenerlos deben se custodiados y garantizados por el Estado, ¿bajo qué proceso o instrumento? ¿existe realmente una estrategia que los garantice ante la transición política y social que México vive desde principios

1 Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Egresado del Centro William J. Perry de Estudios Hemisféricos de la Defensa de Estados Unidos de América. Actualmente se desempeña como Fiscal Especial de Derechos Humanos de la Fiscalía del Estado de Jalisco.

del siglo XXI? Para garantizarlos, ¿son las Fuerzas Armadas quienes tienen la capacidad de mantener un control social (de contención ante las amenazas y riesgos) que enfrenta nuestro país?

El presente producto parte de una análisis histórico sobre la génesis, uso y evolución de los roles constitucionales que ha venido desarrollando las Fuerzas Armadas en México, que no es otra cosa que poner en consideración el porqué el Estado Mexicano, en particular los titulares del poder ejecutivo administración tras administración, han dispuesto crónicamente de las instituciones castrenses para atender los problemas, y en algunos casos, prevenir y restablecer parte de los reclamos sociales regionalizados en el país.

Bosquejo histórico y naturaleza de las Fuerzas Armadas Mexicanas

No se puede entender la función actual de las Fuerzas Armadas sin un análisis a su proceso de génesis, evolución, transformación y rol desde un punto de vista socio-jurídico, el cual será un primer punto de referentes en el debate que se desarrollará a lo largo del presente ensayo, en el que argumentar el uso histórico bajo el andamiaje constitucional y sus precedentes motivos representa un enorme desafío por la diversidad de Ejércitos y funciones que van desde el plano institucional propiamente dicho y el mencionado plano socio-jurídico, este último con una denotada atipicidad.

La naturaleza actual de las Fuerzas Armadas Mexicanas y más propiamente del Ejército tiene su origen en el Decreto 1421 del 19 de febrero de 1913, por el cual el Congreso Constitucional del Estado Libre, Soberano e Independiente de Coahuila desconoció al gobierno interino del General Huerta y le concedió al entonces gobernador de Coahuila Venustiano Carranza las facultades para conformar un Ejército que restituyera el orden Constitucional;[2] posteriormente lanzaría el Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913, gracias al cual se desconocían a los Poderes de la Unión y se designaba al mismo Carranza como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista,[3] hecho que obedece meramente al plano institucional.

2 Decreto 1421, del 19 de febrero de 1913, del XXII Congreso Constitucional del Estado Libre, consultado el 8 de octubre de 2020, https://www.cultura.gob.mx/centenario-ejercito/decreto_1421.php

3 Antonio Aguilar Razo, "Génesis y Estructura de la División del Norte", en *Las Fuerzas Armadas en la Revolución Mexicana*, Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina-Armada de México (México: SEDENA-SEMAR, 2013): pp. 92. Consultado el 7 de octubre de 2020, http://www.semar.gob.mx/unhicun/Las%20Fuerzas%20Armadas%20en%20la%20Revolucion%20Mexican.pdf

Ante tal movimiento, los pilares del Ejército Constitucionalista se afianzaban en la División o el Ejército del Noroeste, comandado por Álvaro Obregón. En cuanto a los orígenes y composición primigenia de este Ejército Constitucionalista, es preciso señalar que el Cuerpo del Noreste se integró por agricultores, mineros, empleados del ferrocarril y vaqueros. El Ejército del Noroeste tuvo elementos de tropas procedentes de los irregulares y de los nuevos Cuerpos Rurales (formados con tropas veteranas del ejército maderista), además de campesinos, mineros, vaqueros, miembros de la burocracia local y contingentes de indios mayos y yaquis, todos ellos en alcance al derecho fundamental de primera generación: la libertad, limitando la acción del poder político y la libre asociación.

Por otro lado, la División del Norte la conformaron tropas con el mismo origen, a las que se sumaron miembros de las excolonias militares y jornaleros agrícolas procedentes de la Comarca Lagunera.[4] Se precisan entonces una aglomeración de elementos surgidos de diferentes estratos y sectores sociales.

El periodo convulso y de conflicto interno por el que atravesaba México entre los años 1910 y 1917 derivó del hecho de que Francisco I. Madero alentó el lema "sufragio efectivo no reelección", aglutinando los ánimos de derrocar al presidente en turno Porfirio Díaz, quien ostentaba el cargo desde 1876. Con la caída de este último en 1911, Madero llegó a la Presidencia de la República, cargo que ocupó hasta febrero de 1913, "año en que se dio el episodio de la historia mexicana conocido como 'La Decena Trágica', periodo de diez días en que traidores e inconformes con la gestión maderista, desconocieron al gobierno"[5] y lograron, con apoyo de Henry Lane Wilson,[6] el derrocamiento del primer gobierno electo mediante las urnas tras la dictadura porfirista.

Desmilitarización de la política y nuevas funciones operacionales

La Revolución Mexicana constituye un punto de referencia para entender la dinámica social, jurídica y económica de México como un Estado en vías de consolidación como una república democrática, garante de los derechos sociales y como primer rol en la estabilidad de la coadyuvancia de garantizar las

4 *Ibídem*.

5 Jorge Alejandro Góngora y Víctor Manuel Saavedra, "Génesis, evolución y desarrollo de las Fuerzas Armadas Mexicanas en la consecución de los intereses nacionales", *Transformación Militar* n.° 1 (agosto de 2016): p. 107.

6 Friedrich Kratz, *La guerra secreta en México* (México: Ediciones Era, 1982), p. 178.

condiciones de vida digna en los derechos económicos, sociales y culturales bajo el valor en intrínseco de la igualdad. Derechos de segundad generación.

Esa referencia parte también de la raíz de este conflicto armado de corte civil interno, que tiene lugar en el nacimiento constitucional del Ejército —llamado Ejército Nacional hasta 1948— cuando el entonces Presidente Miguel Alemán cambió el nombre a mediante acuerdo a Ejército Mexicano:

> Cuando en alguna disposición legal o de otro orden, se aluda al ejército designándolo como Ejército Nacional, esta expresión deberá traducirse por la de Ejército Mexicano […] En lo sucesivo, en todas las referencias, usos y costumbres del ejército se empleará el término Ejército Mexicano para designar a dicha institución.[7]

De esta forma quedó definida su posición institucional como pilar del Estado Mexicano y que de acuerdo a lo planteado por Marcos Pablo Moloeznik "finalizó luego de la Guerra Cristera (1926-1929), en la que el gobierno central se enfrentó a grupos religiosos que se oponían a la separación Iglesia-Estado"[8] hecho que daría a luz al Partido Nacional Revolucionario (PNR) o Partido Revolucionario Institucional (PRI) que unificó distintos grupos que intervinieron en la Revolución.[9]

Sin embargo, en el plano socio-jurídico hay un impacto en la configuración y percepción de las amenazas, en su actuar frente a la diversidad de las mismas y una subordinación al poder político en turno que hace que su naturaleza y accionar sean atípicos.

Nuestra Carta Magna adopta dentro de su marco conceptual la terminología de Ejército, Fuerza Aérea y Marina Armada de México; sustancialmente se configuran como Fuerzas Armadas, consolidando el tridente de acción; tierra, aire y mar, con características materialmente delimitadas. Es así que se efectúa la defensa de la soberanía, la preservación de la seguridad nacional y en muchas ocasiones la seguridad pública.

El mantenimiento de la paz se privilegia como la función por excelencia de las Fuerzas Armadas, sin dejar de mencionar que estas se supeditan

7 Decreto del cambio de denominación de Ejército Nacional a Ejército Mexicano, 23 de septiembre de 1948, de la Secretaría de la Defensa Nacional, consultado el 8 de octubre de 2020, https://www.gob.mx/sedena/documentos/23-de-septiembre-de-1948-se-decreto-el-cambio-de-denominacion-de-ejercito-nacional-por-ejercito-mexicano

8 Marcos Pablo Moloeznik, "Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito", *Nueva Sociedad*, n.º 213 (enero-febrero de 2008): p. 157.

9 *Ibídem*.

a un factor real de poder llamado Titular del Poder Ejecutivo Federal que se constituye como el máximo Jefe de las Fuerzas Armadas, en la que existe una subordinación y lealtad que ha estado incólume por décadas[10] y pone de relieve el control *de facto* de las Fuerzas Armadas.

México fue completamente ajeno los procesos de militarización y golpes de Estado que geográficamente fueron coincidentes y que tuvieron lugar durante la segunda mitad del siglo xx, específicamente entre los años 1960 y 1970; la toma violenta del Estado fue una práctica recurrente de las instituciones de defensa nacional, en cuyo seno descansaba el poder político mismo.[11] Estos nuevos escenarios trazados dentro del contexto latinoamericano se proponían modificar los paradigmas de gobierno e implementar nuevos y revolucionarios proyectos que fueran consustanciales a la realidad de esos momentos, cuya atmósfera era radical y de izquierda.[12]

Un golpe de Estado se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Ser llevado a cabo por un grupo pequeño;
b) Capturar al líder y controlar las arterias del poder;
c) Posibilidad de usar la violencia según se defienda el líder —por ello la participación de los militares es esencial, para poder crear ese nivel de violencia, y de ahí que si los militares dan el golpe este suela ser breve por su alta capacidad de coerción, en cambio, si no se cuenta con ellos y estos defienden al líder, el golpe puede derivar en guerra civil—;
d) Una vez culminado el golpe, se suele buscar el reconocimiento y una cierta legitimidad. Es decir, los militares no son imprescindibles para dar un golpe, pero sí se necesita una alta capacidad de violencia que se utilizará, si ello es posible, solo como amenaza e, inmediatamente alcanzado el poder, se buscarán elementos que legitimen la ostentación.[13]

De ahí que, durante gran parte de la historia de México como nación independiente, los presidentes han procedido, de una u otra forma, de las filas

10 Jorge Lumbreras, "El Ejército y el presidente ante los golpes de Estado blandos", *La Silla Rota,* 29 de febrero de 2020, consultado el 12 de octubre de 2020, https://lasillarota.com/opinion/columnas/el-ejercito-y-el-presidente-ante-los-golpes-de-estado-blandos/365674

11 Felipe Victoriano Serrano, "Estado, golpes de Estado y militarización en América Latina: una reflexión histórico política", *Argumentos* 23, n.° 64 (septiembre-diciembre de 2010): p. 176.

12 *Ibídem,* p. 180.

13 Rafael Martínez, "Subtipos de golpes de Estado: transformaciones recientes de un concepto del siglo XVII", Revista *CIDOB d'Afers Internacionals*, n.° 108 (2014): p. 200, consultado el 12 de octubre de 2020, https://www.cidob.org/es/content/download/58940/1536776/version/2/file/191212MARTINEZ_RAFAEL.pdf

militares.[14] Durante gran parte del siglo XIX una amplia gama de gobernantes provenían de las filas castrenses, a excepción de Benito Juárez y Lerdo de Tejada.

En contraste, la segunda mitad del siglo XX ha dado pie a una paulatina (des)militarización de la política, pues el Ejército —además de ser visto como un instrumento de Estado— pasó a ser una institución desvinculada de la vida política y electoral, ya que de estarlo pondría en peligro la cohesión y continuidad institucional del Ejército. Esto fue decidido por el presidente Manuel Ávila Camacho el 3 de diciembre de 1945, lo que dejaba de lado uno de los logros de la generación revolucionaria: su participación y derecho a gobernar.[15]

Este desplazamiento en la lucha del poder se conmutó por ejercicio de otras facultades y cierta autodeterminación en la profesionalización de nuevas generaciones de oficiales, hasta la redistribución territorial y rotación frecuente de los mandos militares.[16] Al llegar Miguel Alemán Valdés a la presidencia de la República el 1.° de diciembre de 1946, se marcó la pauta que catalizó que los gobiernos civiles se adentraran y consolidaran en la vida política, y con esto comenzara el declive de la institución castrense en el obrar político propiamente dicho.

Para el año 1947 se creó el Banco del Ejército y la Armada, la Secretaría de la Defensa estrenó un nuevo edificio y se inauguró la Escuela Médico Militar. Se reorganizaron las regiones militares y se diseñó un programa de jubilaciones para neutralizar a los descontentos o, en última instancia, "comprar" su lealtad.[17] En otras palabras, esta limitación en el escenario político supuso también acotar el control autónomo y sus instrumentos de influencia política, lo que derivó en una renovada relación con el Titular de Poder Ejecutivo.[18]

De manera incipiente, los factores disímbolos en las Fuerzas Armadas en la actualidad permiten que se coincida con lo expuesto con Alexei Chévez Silveti, en el sentido de que México "no atraviesa un proceso de militariza-

14 Andrés Valdez Zepeda, "El Regreso de los Generales. Un Análisis del Proceso de Militarización y sus efectos sobre la Transición Política en México", *Estudios Políticos* 18 (1998): p. 11.

15 Soledad Loaeza, "La politización del Ejército y la desmilitarización de la política", *Nexos* (20 de octubre de 2020), consultado el 24 de octubre de 2020, https://soledadloaeza.nexos.com.mx/2020/10/la-politizacion-del-ejercito-y-la-desmilitarizacion-de-la-politica/#.X5B2PRG29O4.whatsapp

16 *Ibídem*.

17 *Ibídem*.

18 *Ibídem*.

ción, sino de militarismo, pues la primera opción conllevaría ver a castrenses en diversas áreas de gobierno",[19] lo cual no sucede, sino que se emplea a las Fuerzas Armadas para una amplia gama de tareas que si bien algunas son originarias como tal, otro amplio margen no lo es; incluso, son inconstitucionales, o bien sin el fundamento de alguna ley secundaria, por ejemplo:

- La administración de puertos
- La custodia y resguardo de boletas electorales
- La vigilancia de carreteras federales, parques nacionales, instalaciones federales
- El desmantelamiento de centros de distribución de droga o la intervención en caso de la comisión de un delito
- La construcción del nuevo Aeropuerto de Santa Lucía
- La contención de tráfico de migrantes en las fronteras sur y norte
- La intervención en desastres naturales como el plan DN-III y plan Marina
- Vigilancia, monitoreo y contención en caso de emergencias sanitarias
- La ya visible y acostumbrada labor en materia de seguridad pública.

Es así que le Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos[20] determina en su artículo 1.° las misiones siguientes:

I. Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación
II. Garantizar la seguridad interior
III. Auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas
IV. Realizar acciones cívicas y obras sociales que tiendan al progreso del país
V. En caso de desastre prestar ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas.

Reglamentariamente y en ejercicio de sus facultades constitucionales no se menciona nada acerca de su coadyuvancia en materia de seguridad pública; de hecho, las palabras "seguridad pública" solo aparecen una vez en el apartado de transitorios del cuerpo normativo anteriormente señalado. Esto devela que el Estado Mexicano tiene una depen-

19 Alexei Chévez Silveti, "En México no hay militarización, sino militarismo", *INFOBAE* (21 de octubre de 2020), consultado el 24 de octubre de 2020, https://www.infobae.com/america/mexico/2020/10/21/en-mexico-no-hay-militarizacion-sino-militarismo-alexei-chevez/

20 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, de la Cámara de Diputados, consultado el 26 de octubre de 2020, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/169_210618.pdf

dencia crónica al accionar de las Fuerzas Armadas debido a los motivos siguientes:

1. Tienen capacidades humanas profesionales y leales al gobierno en turno y al Estado.
2. Tienen recursos propios como instalaciones, equipo de transporte terrestre, marítimo y aéreo, así como tecnológico.
3. Tienen capacidad de interlocución al más alto nivel con cualquier dependencia de gobierno federal**,** estatal y municipal.
4. Tienen magnífica interlocución con fuerzas armadas del extranjero.
5. Tienen un amplio respaldo de la sociedad mexicana.[21]

Siguiendo con la idea expuesta de Marcos Pablo Moloeznik, la atipicidad de las Fuerzas Armadas se caracteriza por tres aspectos bien delimitados:

1. Una estabilidad institucional acompañada de una tradicional subordinación al poder político y al régimen —distinguiéndose de la tradicional tentación de los aparatos militares latinoamericanos por hacerse del poder e instaurar dictaduras militares;
2. Su origen nacional y popular —separándose de la figura asociada a la milicia como el de una élite separada y separadora (estamentaria) de la sociedad— y, por último,
3. El bajo nivel en el gasto militar ejercido por el Estado mexicano en la institución y la libertad de esta en el ejercicio del mismo.[22]

La dinámica de la violencia generalizada en la sociedad actual y la cíclica propia del crimen ha obligado emplear la letalidad de las Fuerzas Armadas para hacerle frente, cuando constitucional y originariamente es una obligación de las corporaciones de seguridad pública. En otras palabras, en la historia actual, el andamiaje militar ha sido destinado a enfrentar amenazas de carácter interno.

Esto se recrudeció cuando en el sexenio de Felipe Calderón Hinojosa se implementó una estrategia muy bien planeada y estructurada que proponía hacerle frente al crimen organizado, bajo el nombre de "Guerra contra el Narco", con el objetivo de defender el interés superior de la nación, así como restablecer la paz pública y la seguridad ya de por si mermada. Fue en diciembre

21 Gerardo Rodríguez, "Dependencia crónica en los militares", *El Heraldo de México,* 18 de mayo de 2020, consultado el 15 de octubre de 2020, https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/5/18/dependencia-cronica-en-los-militares-176841.html

22 Marcos Pablo Moloeznik, *Op. Cit.*

de 2006 cuando el Titular del Ejecutivo envió un desplegado de 6500 tropas al Estado de Michoacán[23] con la justificación de que el crimen organizado había rebasado a las autoridades civiles policiacas, es decir, resultaban inoperantes.

La realidad que enfrenta México ante el complejo problema de seguridad, incitada entre otras cosas por la escalada de violencia y crimen organizado, implica la consolidación de políticas públicas sostenibles y sustentables en aras de un fortalecimiento del aparato de justicia y de la rendición de cuentas. Por lo que la dependencia del actuar de las Fuerzas Armadas Mexicanas dentro de Estado Democrático de Derecho —sobre todo en labores de seguridad pública— deja entrever posibles fracturas a las instituciones civiles encargadas de aquella ya potenciales violaciones a derechos humanos, ya que el actuar de las Fuerzas Armadas es destinado a suprimir de raíz la amenaza concomitante, mientras que el elemento de seguridad pública debe ajustarse a un uso de fuerza dosificado, proporcional y razonado, dejando en última instancia el empleo de fuerza letal, principios mínimos inducidos y recomendados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso de la fuerza militar en labores policiales y plasmados en el Acuerdo del Gobierno de México del 11 de mayo de 2020, la cual debe ser: "extraordinaria, regulada y subordinada".[24]

Implicaciones de las Fuerzas Armadas para la seguridad en México

No se puede dejar de lado el abordaje de las Fuerzas Armadas en los diferentes ámbitos acotados al sistema de justicia penal y los derechos humanos, a partir de un análisis constitucional en el que se diferirá cómo se les pondera en los siguientes contextos:

Plano internacional

La posición que ha tenido México fuera de sus fronteras ha sido la adopción de una política exterior pacífica y neutral, a excepción de los eventos de

23 Rodolfo García Zamora y Humberto Márquez Covarrubias, "México: Violencia e Inseguridad. Hacia una Estrategia de Desarrollo y Seguridad Humana" *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.° Especial (2013), consultado el 9 de octubre de 2020, https://www.redalyc.org/pdf/181/18127008015.pdf

24 "Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada complementaria", del Gobierno de México, consultado el 18 de octubre de 2020, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593105&fecha=11/05/2020

la Segunda Guerra Mundial, en donde participó con miles de soldados y con el Escuadrón 201. Obligado por los compromisos internacionales y ante un escenario internacional globalizado, surgen problemas sensibles que ameritan respuestas coordinadas y contundentes; por ello, países como México se asumen como actores estratégicos para la defensa de la paz y la seguridad. Entre estos problemas está el crecimiento de los delitos y la facilidad con que rompen los límites territoriales, denominados delitos transnacionales. Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación debido a que ponen en riesgo a la comunidad internacional, como en los casos de delincuencia organizada, terrorismo, narcotráfico, trata de personas y piratería y delitos que atentan contra la ciberseguridad.

Defensa de los Intereses Nacionales

La Ley de Seguridad Nacional[25] en su artículo 3.° define la defensa de los intereses nacionales como las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano que conlleven a:

- Proteger al país frente a riesgos y amenazas.
- Preservar la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio.
- Mantener el orden constitucional y la unidad de la federación, así como fortalecer las instituciones democráticas de gobierno.
- Defender al país frente a otros Estados o sujetos de derecho internacional.
- Preservar el régimen democrático fundado en el desarrollo social, económico y político.

Es así que las Fuerzas Armadas, además del desempeño en la seguridad nacional y salvaguarda de la soberanía, pugnan por la promoción y defensa de los objetivos e intereses nacionales tanto al interior como al exterior. Aunado a lo anterior, se le asignan una amplia gama de misiones y tareas no especificadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni en su propia Ley Orgánica, es decir, se trata de tareas y misiones extra y meta-constitucionales.

25 Ley de Seguridad Nacional de la Cámara de Diputados, consultado el 26 de octubre de 2020, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac_081119.pdf

Seguridad Intermedia

En este orden de ideas, se debe puntualizar la de Gerardo Hernández[26] referente no solo al nivel cualitativo de violencia al que recurren los agentes criminales, sino también a la disputa abierta deestos hacia el control territorial e institucional de los Estados, motivos coyunturales que llevaron al Titular del Poder Ejecutivo en turno a crear la Guardia Nacional como parte de una estrategia integral de seguridad que "en su diseño se plantea la coexistencia de las policías Naval, Militar y Federal"[27] y hacerle frente a estas nuevas amenazas internas que comprometen a la seguridad en todas sus dimensiones.

No obstante, el debate actual internacional, protagonizado específicamente por la Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas, deja entrever además de un extrañamiento por la aprobación exprés de la Ley de la Guardia Nacional[28] los alcances del fuero militar, las facultades de investigación de la Guardia Nacional, el uso de fuerza y la propia competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[29]

Derechos Humanos

Los compromisos admitidos por Estado Mexicano en materia de Derechos Humanos derivan de sentencias y recomendaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos humanos, *inter alia,* Caso Fernández Ortega y otros vs México,[30] la cual puntualiza que el Estado mexicano deberá rediseñar y fortalecer las políticas públicas que implican a sus Fuerzas Armadas para minimizar la interacción de los militares con la población civil, y de este modo, garantizar la disminución no solo de actos de molestia, sino también de violaciones a los derechos fundamentales de mayor agravio a la población

---

26 Gerardo Hernández, "La Guardia Nacional y la militarización de la seguridad pública en México", *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N.° 25 (diciembre de 2019 - mayo 2020): p. 88

27 Ricardo A. Uvalle Aguilera, "Retos y Perspectivas de la Guardia Nacional en México", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Nueva Época* n.° 6 (enero-junio de 2017): p. 173, consultado el 2 de noviembre de 2020, http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/index.php/rpd/article/view/96/87

28 "La ONU-DH lamenta aprobación exprés de las leyes de la Guardia Nacional", *Expansión Política,* 24 de mayo de 2019, consultado el 1 de noviembre de 2020, https://politica.expansion.mx/mexico/2019/05/24/la-onu-dh-lamenta-aprobacion-expres-de-las-leyes-de-la-guardia-nacional

29 *Ibídem*, p. 193.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fernández Ortega y Otros vs México*, 30 de agosto de 2010, consultado el 29 de octubre de 2020, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

civil en las tareas que despliegan las fuerzas de la disciplina y que se han enfatizado por temas de seguridad pública en México.

En su caso debe adoctrinarse a los militares que realicen provisionalmente tareas de seguridad pública o vinculadas con la misma y con la investigación y persecución de los delitos en los que participan y más recientemente (30 de agosto de 2019) de la sentencia Alvarado Espinosa y otros vs México,[31] la cual señala de manera determinante que el mantenimiento del orden público interno y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles. Además, derivado del Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada subordinada y complementaria[32] del 11 de mayo de 2020 se establece que durante cinco años se emplearán las Fuerzas Armadas para lo anteriormente descrito.

Los pendientes legales, protegiendo los derechos fundamentales

A través de medios de control constitucional como instrumentos jurídicos por la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se busca defender el orden constitucional en contra de ordenamientos, donde se pueden argumentar y determinar omisiones, violaciones a los derechos fundamentales, la discrecionalidad, opacidad, desproporcionalidad y ambigüedad de los cuerpos jurídicos; este es el punto de partida para vislumbrar los pendientes del Estado Mexicano, en particular el ente del Poder Judicial de la Federación, ante la tarea de resolver la constitucionalidad y algunos aspectos de legalidad de la participación de las Fuerzas Armadas en las diferentes tareas conferidas por el Ejecutivo.

Existen por lo menos tres acciones de inconstitucionalidad y una controversia constitucional aplazadas en resolución por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que involucra la participación de las Fuerzas Armadas, así como una resolución en materia federal administrativa de la que se detallan de forma reflexiva los pormenores de la temática y acto impugnado.

---

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Alvarado Espinosa y otros vs México*, 20 de noviembre de 2018, consultado el 29 de octubre de 2020, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_370_esp.pdf

32 Gobierno de México, *Op. Cit.*

Guardia Nacional

- Medio de Control: Acción de Inconstitucionalidad.
- Acto Impugnado: Creación de la Guardia Nacional.
- Promovente: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Fecha de Ingreso: 26/06/2019
- Status: En trámite (16 meses).[33]

Al respecto la demanda trata de establecer los límites de la Guardia Nacional y/o los supuestos de las circunstancias en las que debe operar; por una lado si resolver si el Congreso excedió su discrecionalidad legislativa frente al texto constitucional en la aprobación de funciones y atribuciones de la Guardia Nacional, así como su actuación en la investigación y prevención del delito, en los cuales bajos ciertos supuestos puede realizar operaciones encubiertas e intervenir comunicaciones privadas, lo que representa actos de molestia que lastiman los derechos a la privacidad.

Ley nacional de uso de la fuerza

- Medio de Control: Acción de Inconstitucionalidad.
- Acto Impugnado: Omisiones a su artículo 6.° que norma el uso de la fuerza epitelial, recurso inmediato anterior a la fuerza letal, difuso y ambiguo.
- Promovente: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Fecha de Ingreso: 26/06/2019
- Status: En trámite (16 meses).

El presenta acto manifiesta la falta de incorporación a los principios reconocidos a nivel internacional sobre el uso de la fuerza, así como su incorrecta clasificación en el uso de las armas cuyo empleo debe ser regulado. Menciona también la ambigüedad y la falta de conceptualización sobre el uso correcto de la fuerza epitelial, lo que implica que una correcta definición puede anticiparse a la fuerza letal bajo una planeación operativa.[34]

Ley del Registro Nacional de Detenciones

- Medio de Control: Acción de Inconstitucionalidad.

33 Fecha del mes de octubre del 2020.

34 Santiago Aguirre, "La Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza: ¿Logra domesticar la fuerza pública conforme a la Constitución y Tratados Internacionales?, *Nexos* (3 de septiembre de 2020), consultado el 30 de octubre de 2020, https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?author_name=santiago-aguirre

- Acto Impugnado: Acotar debidamente las actuaciones de la autoridad, pues genera incertidumbre jurídica a los ciudadanos.
- Promovente: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Fecha de Ingreso: 26/06/2019
- Status: En trámite (16 meses).[35]

Como primer argumento estipulado por el Órgano Nacional Protector de Derechos Humanos, marca que en los transitorios de la reforma constitucional —donde se enlistan los contenidos mínimos que la ley debe incluir— faltó contemplar aquel referente a las acciones en caso de que la base de datos se vulnere y ponga en riesgo al ciudadano. La Comisión Nacional señala al Congreso Federal de ser omiso en no cumplir con el mandato constitucional de legislar al respecto.

Un segundo argumento mencionado es el concepto de invalidez, en el que ley no describe cómo se realizará el registro de las detenciones por elementos castrenses. En ese sentido analiza que la lectura sistémica de la reforma constitucional y de las leyes relacionadas deben atender la corresponsabilidad de la Fuerzas Armadas en dos sentidos:

1) Cuando las Fuerzas Armadas realicen tareas de seguridad pública, las cuales no tienen obligación de dar aviso inmediatamente de las detenciones a la autoridad competente.

2) Las Fuerzas Armadas son autoridades obligadas a realizar directamente el registro de detenciones.

Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública

- Medio de Control: Controversia Constitucional.
- Acto Impugnado: Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria (11 de mayo del 2020).[36]
- Promovente: Ayuntamiento de Colima.
- Status: En trámite (5 meses).[37]

La controversia emana del acuerdo que vulnera la autonomía del municipio para hacerse cargo de la seguridad pública mediante la policía mu-

35 Fecha del mes de octubre del 2020.
36 Gobierno de México, *Op. Cit.*
37 Fecha del mes de octubre del 2020.

nicipal, como señala el artículo 115.° constitucional; de igual forma señala que solo el Congreso Federal está facultado para regular la actuación de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública, es decir, si los institutos castrenses participarán en labores de seguridad pública —que corresponde a las policías—. Esta participación debe constar en leyes y no en los decretos del Ejecutivo Federal. El argumento más sólido en la presente controversia rebasa las restricciones establecidas en el artículo 21.° y 129.° constitucional en contexto con el artículo quinto transitorio de la reforma constitucional y precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que limitan la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.

Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria (11 mayo del 2020)

- Medio de Control: Amparo en Materia Administrativa.
- Acto Impugnado: Sujeción de todas las personas a la autoridad de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz y, por tanto, restriñe el derecho e interés constitucional de las personas que deriva del artículo 129.° de la Constitución.
- Promovente: México Unido Contra la Delincuencia.
- Status: Sentencia por el Octavo Juez de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México (Amparo Indirecto 588/2020).
- Fecha de la Sentencia: 9 de octubre del 2020

La presente resolución estimó la inconstitucionalidad porque: "evidencia que el responsable (el presidente de la República) ha incorporado a las Fuerzas Armadas dentro del sistema ordinario y permanente de la seguridad interior en tiempos de paz, en contravención a las condiciones constitucionales de validez que sobre la actuación de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivadas de la interpretación de los artículos 29.°, 89.°, fracción IV, y 129° (…) de la Constitución Federal".[38]

38 Amparo Indirecto 588/2020, Juzgado Octavo en Materia Administrativa del Poder Judicial de la Federación, 8 de octubre de 2020, consultado el 20 de octubre de 2020, https://www.mucd.org.mx/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia-Acuerdo-Militarizador-MUCD.pdf

Bajo esta tesitura el Juez de Amparo en Materia Administrativa vuelve a reiterar las condiciones para que las Fuerzas Armadas tengan una participación legítima en las labores de seguridad pública, como son:

1. La existencia de una autorización previa por mandamiento escrito del presidente que funde y motive su intervención (no acuerdos administrativos).
2. La actualización de la existencia de circunstancias excepcionales.
3. El regimiento por los criterios de impermanencia, temporalidad y delimitación territorial.
4. La subordinación de las autoridades civiles en todo operativo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha determinado que las Fuerzas Armadas, con restricciones y ciertas excepcionalidades, intervengan en labores de seguridad pública; con ello se está contraviniendo no solo a la naturaleza de las Fuerzas Armadas y su intervención en tiempos de paz, sino también a lo sostenido en la Constitución Política y la propia jurisprudencia y directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el entendido de que "los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales".[39]

Reflexiones integradoras

En un ejercicio parcial de cierre de conclusiones es vital reconocer que históricamente las Fuerzas Armadas nacieron en el Estado Mexicano como un instrumento de control interno en la lucha por la disputa del poder político, amén de la cantidad de caudillos emanados de sus filas para gobernar el país. Desmilitarizándose la política, y ante el reconocimiento de las Fuerzas Armadas como institución castrense, se le han dado una serie de funciones atípicas que nos llevar a considerar que:

A partir del Decreto 1421 le concedieron a las Fuerzas Armadas facultades extraordinarias al entonces Titular del Poder Ejecutivo del Estado de Coahuila, Venustiano Carranza, para desconocer el carácter de jefe del Poder Ejecutivo de la República y solicitar a los demás Estados y jefes de las fuerzas

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, párr. 78, 5 de julio de 2006, consultado el 27 de octubre de 2020, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf

federales su contribución al sostenimiento del orden constitucional, sentándose el precedente del Primer Ejército Constitucionalista.

La Guardia Nacional, si bien en sus inicios y a lo largo de la historia de México se concebía como una reserva del Ejército en tiempos actuales, rediseñó el esquema de seguridad al constituirse como un híbrido, ya que por una lado es una institución de seguridad pública, de carácter civil, disciplinada y profesional, adscrita como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría[40] y por otro, es un ente que salvaguarda los intereses, bienes y recursos de la Nación, hecho que hace referencia una tanto vaga a sus facultades y funciones, las cuales, aún hoy, siguen interviniendo en labores de seguridad pública. Sería muy provechosa la implementación de una Ley General y una disposición reglamentaria de la misma sin tener un impacto en la ya multireformada Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este orden de ideas, y retomando el hilo principal de la sentencia del Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el juicio 588/2020, se debe poner en tela de juicio si puntualizar y validar los intereses legítimos y constitucionales de las intervenciones de las Fuerzas Armadas en materia de seguridad en tiempos de paz, así como la acotación y excepcionalidad de aquellas dado el entrenamiento y adiestramiento para combatir y eliminar el objetivo en lugar del control y prevención propio de los agentes de seguridad pública. Tal situación puede desencadenar un riesgo latente a los derechos humanos con la participación de elementos castrenses. En otras palabras, deben existir razones de peso y fácticamente ciertas para legitimar la decisión.[41]

Debido a lo atípico que resulta ser la actividad de las Fuerzas Armadas en algunas de las tareas que actualmente desempeñan, se debe implementar un reviraje propositivo a los cuerpos normativos, una doctrina que adopte un marco conceptual, institucional y estratégico adecuados a la realidad actual y que pugne por un respeto irrestricto a los derechos humanos.

Bibliografía

Aguilar Razo, Antonio. "Génesis y Estructura de la División del Norte". En *Las Fuerzas Armadas en la Revolución Mexicana*, Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina-Armada de México. México: SEDENA-SEMAR, 2013. Consultado el 7 de oc-

40 Ley de la Guardia Nacional de la Cámara de Diputados, consultado el 27 de octubre de 2020, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN_270519.pdf

41 Juzgado Octavo en Materia Administrativa, *Op. Cit.*

tubre de 2020. http://www.semar.gob.mx/unhicun/Las%20Fuerzas%20Armadas%20en%20la%20Revolucion%20Mexican.pdf

Aguirre, Santiago. "La Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza: ¿Logra domesticar la fuerza pública conforme a la Constitución y Tratados Internacionales? *Nexos* (3 de septiembre de 2020). Consultado el 30 de octubre de 2020. https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?author_name=santiago-aguirre

Cámara de Diputados. Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos. Consultado el 26 de octubre de 2020. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/169_210618.pdf

Cámara de Diputados. Ley de la Guardia Nacional. Consultado el 27 de octubre de 2020. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN_270519.pdf

Cámara de Diputados. Ley de Seguridad Nacional. Consultado el 26 de octubre de 2020. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac_081119.pdf

Chévez Silveti, Alexei. "En México no hay militarización, sino militarismo". *INFOBAE* (21 de octubre de 2020). Consultado el 24 de octubre de 2020. https://www.infobae.com/america/mexico/2020/10/21/en-mexico-no-hay-militarizacion-sino-militarismo-alexei-chevez/

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Alvarado Espinosa y otros vs México*, 20 de noviembre de 2018. Consultado el 29 de octubre de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_370_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y Otros vs México*, 30 de agosto de 2010. Consultado el 29 de octubre de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, párr. 78, 5 de julio de 2006. Consultado el 27 de octubre de 2020 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf

Expansión Política. "La ONU-DH lamenta aprobación exprés de las leyes de la Guardia Nacional"., 24 de mayo de 2019. Consultado el 1 de noviembre de 2020. https://politica.expansion.mx/mexico/2019/05/24/la-onu-dh-lamenta-aprobacion-expres-de-las-leyes-de-la-guardia-nacional

García Zamora, Rodolfo y Márquez Covarrubias, Humberto. "México: Violencia e Inseguridad. Hacia una Estrategia de Desarrollo y Seguridad Humana". *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.° Especial (2013). Consultado el 9 de octubre de 2020. https://www.redalyc.org/pdf/181/18127008015.pdf

Gobierno de México "Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada complementaria". Consultado el 18 de octubre de 2020. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593105&fecha=11/05/2020

Góngora, Jorge Alejandro y Saavedra, Víctor Manuel. "Génesis, evolución y desarrollo de las Fuerzas Armadas Mexicanas en la consecución de los intereses nacionales". *Transformación Militar* n.° 1 (agosto de 2016): p. 107.

Hernández, Gerardo. "La Guardia Nacional y la militarización de la seguridad pública en México". *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N.° 25 (diciembre de 2019 - mayo 2020).

Kratz, Friedrich. *La guerra secreta en México*. México: Ediciones Era, 1982.

Loaeza, Soledad. "La politización del Ejército y la desmilitarización de la política". *Nexos* (20 de octubre de 2020). Consultado el 24 de octubre de 2020. https://soledadloaeza.nexos.com.mx/2020/10/la-politizacion-del-ejercito-y-la-desmilitarizacion-de-la-politica/#.X5B2PRG29O4.whatsapp

Lumbreras, Jorge. "El Ejército y el presidente ante los golpes de Estado blandos". *La Silla Rota,* 29 de febrero de 2020. Consultado el 12 de octubre de 2020. https://lasillarota.com/opinion/columnas/el-ejercito-y-el-presidente-ante-los-golpes-de-estado-blandos/365674

Martínez, Rafael. "Subtipos de golpes de Estado: transformaciones recientes de un concepto del siglo XVII". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.° 108 (2014). Consultado el 12 de octubre de 2020. https://www.cidob.org/es/content/download/58940/1536776/version/2/file/191212MARTINEZ_RAFAEL.pdf

Moloeznik, Marcos Pablo. "Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito". *Nueva Sociedad*, n.° 213 (enero-febrero de 2008).

Poder Judicial de la Federación. Amparo Indirecto 588/2020, Juzgado Octavo en Materia Administrativa, 8 de octubre de 2020. Consultado el 20 de octubre de 2020. https://www.mucd.org.mx/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia-Acuerdo-Militarizador-MUCD.pdf

Rodríguez, Gerardo. "Dependencia crónica en los militares". *El Heraldo de México,* 18 de mayo de 2020. Consultado el 15 de octubre de 2020. https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/5/18/dependencia-cronica-en-los-militares-176841.html

Secretaría de la Defensa Nacional. Decreto del cambio de denominación de Ejército Nacional a Ejército Mexicano, 23 de septiembre de 1948. Consultado el 8 de octubre de 2020. https://www.gob.mx/sedena/documentos/23-de-septiembre-de-1948-se-decreto-el-cambio-de-denominacion-de-ejercito-nacional-por-ejercito-mexicano

Serrano, Felipe Victoriano. "Estado, golpes de Estado y militarización en América Latina: una reflexión histórico política". *Argumentos* 23, n.° 64 (septiembre-diciembre de 2010).

Uvalle Aguilera, Ricardo A. "Retos y Perspectivas de la Guardia Nacional en México". *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Nueva Época* n.° 6 (enero-junio de 2017). Consultado el 2 de noviembre de 2020. http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/index.php/rpd/article/view/96/87

Valdez Zepeda, Andrés. "El Regreso de los Generales. Un Análisis del Proceso de Militarización y sus efectos sobre la Transición Política en México". *Estudios Políticos* 18 (1998).

XXII Congreso Constitucional del Estado Libre. Decreto 1421, 19 de febrero de 1913. Consultado el 8 de octubre de 2020. https://www.cultura.gob.mx/centenario-ejercito/decreto_1421.php

CAPÍTULO XI

El derecho fundamental a la rendición de cuentas de las instituciones de seguridad pública, incluidas las fuerzas armadas

Jorge Chaires Zaragoza[1]

La Société a le droit de demander compte à tout
Agent public de son administration
Art. 15.° Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

Introducción

"Todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración", proclama el artículo 14.° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En tanto que el artículo 15.° dispone que: "La Sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier agente público".

Parafraseando a Montesquieu, se puede afirmar que es una verdad histórica que el gobierno no pueden funcionar adecuadamente sin mecanismos de vigilancia y control; esa es finalmente la esencia de la división de poderes.[2] Todas las instituciones, incluidas las responsables de la seguridad pública, deben rendir cuentas de su actuación no solo a su superior jerárquico (al presidente de la República tratándose de instituciones federales y a los gobernadores de los estados cuando son del ámbito local), sino también al pueblo, lo cual en teoría se hace a través de los representantes populares.

1 Profesor-investigador de la Universidad de Guadalajara. Doctor por la Universidad Complutense de Madrid, Investigador Nacional Nivel I y Miembro del Cuerpo Académico Consolidado Derechos Humanos y Estado de Derecho, UDG-CA-476.

2 Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (Barcelona: Altaya, 1993).

Sin embargo, ello no ha sido suficiente para logar que el gobierno funcione adecuadamente. Uno de los problemas radica en que el congreso no ha ejercido de manera eficaz esa facultad de control, que termina por perderse en la nubosidad de la politización o partidización que caracteriza a los parlamentos, en donde, bien se sabe, que sus decisiones terminan en arreglos o negociaciones a espaldas de la sociedad.

La revisión y fiscalización que realiza el congreso federal y los congresos locales a los poderes públicos, a través de los órganos de fiscalización, es prácticamente desconocida por la gran mayoría de la sociedad, sin mayor impacto para el combate a la corrupción e impunidad. El problema se agrava con la revisión y fiscalización a las instituciones responsables de la seguridad pública, incluidas las fuerzas armadas, en razón de que la transparencia y rendición de cuentas no es algo que las caracterice, mucho menos respecto a un órgano al que consideran ajeno a la estructura y jerarquía militar, como son los órganos de fiscalización. Su propia esencia y naturaleza no le permiten exponer tan fácilmente su labor al escrutinio público, revestida en el caparazón de la seguridad nacional.[3]

En el 2007 se consideró como un derecho humano fundamental la transparencia, no así la rendición de cuentas, que se prevé como una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados como representantes populares, prevista en los artículos 94.° y 97.° de la Constitución Federal, lo cual nos lleva a preguntarnos por qué, si la finalidad es la misma: el combate a la corrupción e impunidad.

El presente trabajo tiene como objeto el reflexionar respecto a la necesidad de hacer efectivo el derecho fundamental que tenemos los ciudadanos no solo de que se transparente la información gubernamental, sino también el derecho de comprobar que la información sea cierta y verídica, por medio de un proceso de interacción congreso-sociedad de validación y confrontación de la información directamente con los responsables. Ello resulta por demás oportuno y pertinente, tratándose de instituciones como las fuerzas armadas, que están involucradas en tareas de seguridad pública.

La rendición de cuentas como derecho fundamental

Temas como el derecho a la información, la transparencia o la rendición de cuentas han tenido un largo y lento proceso de concreción jurídica en México,

3 Lucia Carmina Jasso López, "Seguridad nacional, inteligencia militar y acceso a la información en México", *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* 21 (2017): pp. 140-157.

que tuvo que ver con una concepción positivista del Estado dominante en los siglos XIX y XX. La idea de control gubernamental no era compatible con la visión positivista del Estado, que relegaban al ciudadano a una condición de súbdito. En una relación de jurídica de suprasubordinación del Estado con los gobernados, en donde las reglas de organización son impuestas por el mismo, al pueblo se le vedó de cualquier instrumento jurídico para exigir la responsabilidad del Estado. Para Carré de Malberg, al pueblo se le concebía como el vehículo legitimador del ordenamiento jurídico, pero de ningún modo su creador y mucho menos su supervisor.[4]

Frente a la idea de un Estado con poderes ilimitados, Georg Jellinek formuló su conocida teoría de la autolimitación del Estado.[5] Es el Estado que dispone de la facultad de *imperium* en el ejercicio de su soberanía y de la potestad de autodeterminación quien puede también autolimitarse. "El que a sí mismo se determina, a sí mismo se limita".[6] No obstante, para Carré de Malberg no tiene ningún sentido hablar de un sistema de relaciones jurídicas de los ciudadanos ante una persona jurídica dotada de la fuerza dominadora de *imperium*, quienes quedan forzosamente relegados por la simple naturaleza de las cosas a la condición de súbditos.[7]

El problema a resolver no era menor, ya que la teoría del jurista alemán contravenía el concepto *hobbesiano* de la soberanía que imperó en el siglo XIX, prolongándose hasta la segunda mitad del siglo XX; es decir, la negación de toda subordinación o limitación del Estado a cualquier otra instancia de poder. Por consiguiente, pensar en una propuesta de autolimitación del Estado, que por definición se percibía como ilimitado e ilimitable, y por lo tanto absoluta, sería en cualquier caso de naturaleza real o moral, pero jamás jurídica.

Jellinek sugiere que el Estado sí puede imponerse a sí mismo las normas jurídicas que le marcan los frenos y límites necesarios para contener la acción de su autoridad, con lo que se esperaba someterlo en un plano de igualdad. El jurista alemán consideraba que el Estado como soberano no era ilimitable, sino que encuentra ciertos límites a partir de la idea de que la soberanía es

4 Carré De Malberg, *Teoría General del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), p. 879.

5 Georg Jellinek, *Teoría General del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000): pp. 438 y 439.

6 Pedro de Vega, "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional* 1 (1998): pp. 65-88.

7 Carré De Malberg, *Op. Cit.*

un concepto jurídico y, como tal, con ciertas limitantes, como puede ser el mismo ordenamiento jurídico. El Estado no es, por lo tanto, absoluto o ilimitado pues no se encuentra sobre el derecho, de tal forma que pueda liberarse de él. Tampoco puede rebasar las fronteras del derecho internacional, como tampoco puede ampliar sus competencias y rebasar las libertades individuales o derechos subjetivos.[8]

Jellinek se refiere a los derechos subjetivos como límites ante los poderes del Estado, quien los concibe como un status *civitatis*, en donde los ciudadanos pueden ejercitar pretensiones frente él, lo que implica poder reclamar un comportamiento positivo de los poderes públicos para la defensa de sus derechos civiles. Sin embargo, para su cumplimiento se requerían mecanismos efectivos de defensa que colocaran a los ciudadanos no solo en un plano de igualdad sino, incluso, de superioridad frente al Estado.

Ahora ya no hablamos de derechos subjetivos sino de derechos humanos o fundamentales con pretensión de universalidad y progresividad, que rebasan las fronteras que la soberanía de los estados imponía. Los tratados y órganos internacionales de protección de los derechos humanos redefinieron la actuación de los gobiernos. La teoría del Estado constitucional o neoconstitucionalista vino a derrumbar las barreras doctrinales del positivismo jurídico y, con ello, la autolimitación del Estado.

El caso mexicano ha sido particularmente renuente a ampliar la esfera de reconocimiento y protección de los derechos humanos, lo que se ha convertido en la principal lucha contra el abuso de la autoridad. De ahí la importancia y trascendencia del juicio de amparo como mecanismo de control.

La versión positivista de la autolimitación del Estado la encontramos en la Constitución de 1857 y el texto original de 1917, que prescribían que el Estado "otorgaba" los derechos reconocidos en la Constitución. Fue hasta la reforma de 2011 que se superó esa visión positivista para establecer que toda persona tiene el derecho a "gozar" de los derechos humanos, no solo reconocidos por la Constitución sino por los tratados internacionales.

El derecho a la información, la transparencia y rendición de cuentas constituyen otro ejemplo de la teoría positivista de la autolimitación. El Estado mexicano decidió cuándo y cómo debe reconocerse y garantizarse estos derechos fundamentales. Al establecer en la reforma al artículo 6.º de la Constitución de 1977 el derecho a la información como un derecho fundamental

8 Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, *Op. Cit.*, pp. 432-440.

que el Estado debe respetar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió imponer límites a este derecho, al considerar que no constituía una garantía individual sino un derecho social.[9] En el 2007 se reconoció el derecho al acceso a la información como un derecho humano fundamental al elevar a rango constitucional la obligación del Estado de transparentar su actividad. No obstante, todavía no se reconoce explícitamente la rendición de cuentas como un derecho fundamental, sino como una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados como el órgano de representación popular por excelencia.

No es una cuestión simplemente de forma, sino que va más allá. Al estar consagrado dentro del capítulo de los derechos humanos, significa que los ciudadanos podemos acudir ante la autoridad jurisdiccional vía juicio de amparo para exigir que los servidores públicos rindan cuentas de su actuación, no solo poniendo en la vitrina pública la información, sino también con la posibilidad de que los ciudadanos podamos validarla y confrontarla directamente con el servidor público.

Cabe señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece el compromiso de los Estados Parte de implementar políticas que promuevan la participación de la sociedad civil. El artículo 5.º, en su fracción 1ª señala que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá´ en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

En tanto que la fracción 2 del artículo 9.° dispone que los estados deberán adoptar medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas, entre otras:

a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;

b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;

c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así´ como la supervisión correspondiente;

d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y

e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

9 Tesis aislada núm. 2a. I/92 de la Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* (Tomo X, agosto de 1992) Octava Época, p. 44.

Sin embargo, como se puede ver, es una visión restrictiva respecto a los alcances de la rendición de cuentas, en razón de que no se habla de procedimientos de análisis, validación y confrontación de la información, no solo por los representantes populares sino por parte de la sociedad en general.

Más allá del parlamento abierto

A principios del siglo xx Georg Jellinek aseguraba que el desprestigio que vivían los sistemas democráticos parlamentarios tenía que ver con tres razones especificas: los partidos políticos, la obstrucción parlamentaria y su incapacidad para desarrollar adecuadamente su labor como órganos del control gubernamental. Aclaraba que la crisis que estaban viviendo los sistemas democráticos parlamentarios nunca serían sustituidos por los gobiernos absolutos del antiguo régimen: "Así como los ejércitos del futuro no combatirán de nuevo con arcos y flechas en lugar de con ametralladoras modernas, tampoco resucitará el autócrata absoluto de los siglos pasados";[10] como se sabe, no regresaron los regímenes autoritarios, pero si los totalitarios con peores consecuencias.

Ochenta años después Norberto Bobbio hizo una afirmación similar. El jurista italiano consideraba que las democracias modernas no estaban seriamente amenazadas por movimientos fascistas y prefería hablar de la diferencia entre los ideales democráticos y la democracia real.[11]

Muchos analistas políticos advirtieron sobre los riesgos de una vuelta a los regímenes dictatoriales si las democracias modernas no cumplían con las expectativas que la ciudadanía esperaba de ellas. Samuel Huntington, en su famosa obra *La tercera ola,* en donde analiza las causas y la naturaleza de las transiciones de los regímenes totalitarios a los sistemas democráticos, valora las posibilidades de su estabilidad y se pregunta si no podría tratarse de una contraola que los volviera a retroceder a alguna forma de autoritarismo. Huntington es muy precavido en el futuro de las nuevas democracias, pues considera que rara vez resultan esclarecedoras, ya que "las predicciones sobre ese futuro a menudo son comprometedoras".[12] En tanto que Alain Rouquié se

10 Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), p. 83.

11 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1996): pp. 111-114.

12 Samuel Huntington, *La tercera ola: La democratización a finales del siglo XX* (España: Paidós, 1994): pp. 190 y 191.

cuestiona el cómo podrían desaparecer las prácticas autoritarias en aquellos países en donde los principales actores de los regímenes dictatoriales siguen presentes.[13]

El *America First* y el *Brexit* abrió de nueva cuenta el viejo debate sobre la soberanía de los estados, algo que ni Jürgen Habermas se imaginó: "Nunca se me hubiera ocurrido que el populismo derrotaría al capitalismo en su país de origen".[14] Como bien se sabe, ese descontento sigue presente particularmente en las incipientes democracias como la mexicana, en donde no se ha logrado consolidar un sistema institucional democrático capaz de establecer límites al poder y responder a las demandas ciudadanas, por lo que la advertencia sobre su fragilidad y los riesgos de una vuelta a los regímenes autoritarios o dictatoriales no se puede descartar.

No deben minimizarse los datos de Latinobarómetro respecto a la insatisfacción con la democracia en América Latina, que llega a niveles de 70 por ciento. Según datos de 2018 en México la satisfacción con la democracia tan solo es 16 por ciento, solo por encima de países como Venezuela, El Salvador, Perú y Brasil.[15]

En esta insatisfacción con la democracia los parlamentos juegan un rol fundamental, quienes históricamente no han logrado conectar con sus representados de tal manera que logre legitimarlos. La actuación parlamentaria se percibe como un asunto eminentemente político y umbroso, reservado a las cúpulas partidistas, en donde predominan los acuerdos y negociaciones a espaldas de la sociedad. De acuerdo con datos de Latinobarómetro, la confianza en los congresos en América Latina históricamente a sido muy baja. En el 2009/2010 se observó el punto más alto con 34 por ciento y en el 2018 su punto más bajo 21 por ciento. Situación similar sucede con los partidos políticos, que en 2013 alcanzaron una aprobación del 24 por ciento y en el 2018 tan solo fue de 13 por ciento. En México la aprobación en el congreso en el 2108 fue del 22 por ciento y en los partidos políticos de 11 por ciento. A ello hay que

13 Alain Rouquié, *A la sombra de las dictaduras: La democracia en américa latina* (México: Fondo de Cultura Económica, 2011): pp. 115-119.

14 Jürgen Habermas, "Una conversación con Jürgen Habermas acerca del Brexit y la crisis de la UE: El estado nación ya no puede garantizar el estado de bienestar y la democracia" (entrevista), 12 de julio de 2016, *Federalistes d´Esquerres*, https://federalistesdesquerres.org/es/2016/08/una-conversacion-con-jurgen-habermas-acerca-del-brexit-y-la-crisis-de-la-ue-el-estado-nacion-ya-no-puede-garantizar-el-estado-de-bienestar-y-la-democracia-social-europe/

15 Latinobarómetro, https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp

sumar la desconfianza a nuestras instituciones de seguridad pública, que llega a 19 por ciento, solamente por arriba de Venezuela.

Según Latinobarómetro, los datos evidencian la situación que se vive en los sistemas políticos en América Latina, lo que termina por explicar no solo la crisis de representación de los congresos y la fragmentación de los partidos políticos, sino más preocupante aún, que las democracias son vulnerables ya que son tierra fértil para el surgimiento de caudillos y líderes populistas.

La crisis de representatividad constituye uno de los principales retos a vencer en las democracias modernas, aunque, como bien lo hizo ver Pedro de Vega, parece ocioso hablar del mandato representativo de los diputados, pues todos sabemos que obedecen las órdenes de los partidos y no a los ciudadanos. "El continuar sosteniendo que ellos representan a toda la nación y no intereses particulares y concretos, equivaldría a seguir manteniendo un concepto de representación y de democracia representativa que hace ya tiempo que forma parte de la arqueología constitucional".[16]

En este contexto se inserta la actuación de los órganos de fiscalización de las cuentas públicas, una labor eminentemente técnica dentro de las fauces del animal político por excelencia. Es innegable, como lo hace ver Jim Wesberry, que las instituciones superiores de auditorías pierden credibilidad en directa en proporción a su grado de politización, por lo que considera importante crear un muro de contención contra las tentaciones de los congresistas de aprovecharse de las auditorías para fines políticos.[17] Ángel González-Malaxechevarría asevera que es un secreto a voces dentro del mundo de los órganos de fiscalización la politización de las revisiones de las cuentas públicas.

En algunos países, tanto americanos como europeos, la selección del asunto o ente a auditar por el órgano de control es materia de acuerdo y decisión partidista, o se pacta entre los representantes de las distintas facciones políticas colocados en los estamentos superiores de dichas instituciones fiscalizadoras. Y lo que resulta lamentable es que el informe de auditoría respectivo, aunque haya sido elaborado con rigor técnico y objetivo por los auditores

16 Pedro de Vega, "Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual", *Working Paper*, n° 141 (1998), https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_141.pdf?noga=1

17 Jim Wesberry, "Obstáculos institucionales que limitan las funciones de los organismos gubernamentales de combate a la corrupción en América Latina", *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* (2004).

de abajo, es sometido a escrutinio político, ajustes cosméticos que lo desvirtúan, e incluso vetado por los de arriba.[18]

Ante estas advertencias sobre el riesgo que corren las democracias modernas, desde la década de los noventa se comenzaron a impulsar nuevos mecanismos y políticas públicas de participación ciudadana con la finalidad de lograr su consolidación. Referéndum, plebiscito, consultas e iniciativas populares, gobierno o parlamento abierto, son algunas de ellas que desafortunadamente no han tenido el impacto esperado.

En tal sentido, surge la pregunta: ¿cómo logramos que la facultad de control que ejercen los congresos, a través de sus órganos de fiscalización, tenga un verdadero impacto en la rendición de cuentas, el combate a la corrupción y en el buen desempeño de las instituciones de gobierno, de tal forma que logre ganarse la confianza de la sociedad?

Parlamento abierto surge como una política pública derivada del concepto de gobiernos abiertos impulsada por la administración de Barack Obama en 2009. Años antes, el parlamento inglés había iniciado una política de transparencia parlamentaria (*Open houses*), con la aprobación de *Freedom of Information Act* en el 2000, aunque, según los autores Hazell, Bourke y Worthy, si bien la ley había logrado que el parlamento inglés fuera más responsable y transparente, no había tenido ningún efecto en la participación ni en la confianza ciudadana.[19]

De acuerdo con la agrupación de organizaciones de la sociedad civil denominada Alianza para el Parlamento Abierto, uno de los elementos que distinguen a un parlamento abierto es la participación ciudadana y la rendición de cuentas,[20] pues promueven la participación de las personas interesadas en la integración y toma de decisiones en las actividades legislativas; utilizan mecanismos y herramientas que facilitan la supervisión de sus tareas por parte de la población, así como las acciones de control realizadas por sus contralorías internas y los demás organismos legalmente constituidos para ello.

A efecto de concretizar la participación ciudadana y la rendición de cuentas, se requiere ahora ir más allá y que la participación ciudadana sea

18 Áangel González-Malaxechevarría, "Sociedad, ética y política: Los compromisos del auditor público en un estado de derecho", *2002*, https://malaxblog.wordpress.com/2012/03/27/el-auditor-del-estado-en-su-laberinto-entorno-social-etico-y-politico/

19 Robert Hazell, Gabrielle Bourke y Benjamin Worthy, "Open house? Freedom of information and its impact on the UK parliament", *Public Administration* 90, n° 4 (2012), 901-921.

20 Ver: Alianza para el Parlamento Abierto, https://www.parlamentoabierto.mx/

proactiva y directa en el análisis y evaluación de las auditorías practicadas por los órganos de fiscalización, que posibilite un ejercicio deliberación y de confrontación de la información a partir de considerarlo como un derecho humano fundamental. Es decir, no basta con que las dependencias transparenten y pongan a disposición de la ciudadanía la información de su actuación o que los órganos de fiscalización presenten sus informes de auditorías, sino que ahora es pertinente dar un paso más para que dicha información que se presente sea verificable y confrontable. Ello significa llamar a comparecer a los directamente involucrados en la ejecución de los recursos de las dependencias de gobierno para que expliquen cualquier desvío o malversación que los órganos de fiscalización hayan detectado. De acuerdo Jacek Mazur y Brian Vella, un órgano de fiscalización puede ser mucho más efectivo cuando su parlamento le ofrece un foro para la presentación y la discusión del resultado de sus auditorías.[21]

Revisión y fiscalización a las instituciones de seguridad pública

Como ya se expuso, los parlamentos han vivido en permanente crisis de legitimidad debido a su opacidad y secrecía en su actuación. Ello no ayuda en nada a los órganos responsables de la revisión y fiscalización de las cuentas públicas, en razón de que se considera que las cuentas públicas se politizan.[22]

Ello resulta particularmente relevante tratándose de las instituciones de seguridad pública y, en especial, respecto a las fuerzas armadas a quienes no solo se les involucró en tareas de seguridad pública, sino que ahora están realizando obras civiles como la construcción de aeropuertos o sucursales bancarias, que no tienen relación directa con sus tareas propias de seguridad nacional, además de que las expone aún más a la corrupción.[23]

Las funciones de las fuerzas armadas en México, como lo hace ver Marcos Pablo Moloeznik, son atípicas respecto a su génesis, composición y su histórica subordinación al poder político y que la diferencia con otros países. Esta subordinación, precisa, tiene dos caras: por un lado, la lealtad al sistema

21 Jacek Mazur y Brian Vella, "Relations between SAIs and parliamentary committees", *International Journal of Government Auditing* 30, n° 1 (2003), p. 16.

22 Jorge Chaires, "La politización de la revisión de la cuenta pública" en *Buenas, Malas o Raras. Las Leyes Mexicanas de Fiscalización Superior (2000-2009),* Aimée Figueroa Neri *(coord.)* (México: ASF-Cámara de Diputados, 2009): pp. 115-126.

23 Marcos Pablo Moloeznik, "Las fuerzas armadas en México: Entre la atipicidad y el mito", *Nueva Sociedad* 213 (2008): pp. 156-169.

político que la considera positiva y, por otro lado, el precio que ha tenido que pagar el poder político y la sociedad en general por garantizar esa lealtad. Ello significaría que para mantener su lealtad se le consentirían una serie de canonjías y privilegios que no tiene ninguna otra dependencia. A efecto de romper con la red de relaciones, exhorta a que la reforma del Estado debe incluir un debate sobre la política de defensa y su trascendencia en el proceso de democratización, de rendición de cuentas y transparencia del Estado: "México atraviesa hoy una etapa de transición dentro de la cual no debería soslayarse el debate acerca del sistema de defensa y el lugar de los militares en la democracia".[24]

La Auditoría Superior de la Federación ha evidenciado en distintas ocasiones el mal manejo de los recursos públicos por parte de la Secretaría de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina. Solo por señalar algunos ejemplos, en la revisión de la cuenta pública 2019 en las auditorías 65-GB; 71-GB; 72-GB se detectaron diversas irregularidades en el manejo de los recursos públicos como: pagos fuera de la norma, pagos en demasía, pagos sin la comprobación y justificación del gasto y pagos sin verificar la conclusión de la obra. Tan solo en la auditoría 65-GB "Construcción del centro de entrenamiento conjunto de operaciones de paz de México" se determinó que estaban pendientes por aclarar 9 791 556.72 y que se emitieron 2 recomendaciones, 2 promociones de responsabilidades administrativas sancionatorias y 4 pliegos de observaciones. En tanto que en la auditoría 71-GB al Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, construcción de la Unidad Habitacional Tapachula III en el Estado de Chiapas, se detectaron diversas irregularidades en el manejo de los recursos públicos, que implicó 1 820 059.85 pesos pendientes por aclarar, lo que derivó en 4 recomendaciones, 2 promociones de responsabilidades administrativas sancionatorias y un pliego de observaciones.

En la revisión de la cuenta pública 2018, en la auditoría número 1835-GB, a los recursos del Fondo de Desastres Naturales (FONDEN) para la atención de los sismos ocurridos en 2017,[25] se detectaron diversas irregularidades por parte de la Secretaría de la Defensa Nacional como: la falta de documentación de comprobara de forma fehaciente la entrega de los bienes y servicios en los

24 *Ibídem*, p. 169.

25 "Tercera entrega de informes individuales de la cuenta pública de 2018", Auditoría Superior de la Federación, 2018, https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2018c/index.html#0

plazos y fechas de entrega; que en la mitad de los contratos no se formalizaron como obra pública o que no se localizaron los domicilios de dos probadores, es decir fueron empresas fantasma, lo que derivó en 11 promociones de responsabilidad administrativa. En tanto que en la auditoría número 83-GB "Adquisiciones de bienes y servicios", practicada a la Secretaría de Marina en el mismo año de 2017, se detectaron diversas irregularidades como la compra de equipo sin que existiera evidencia de su necesidad inmediata; deficiencias en la elaboración de los estudios de mercado; normativa interna que se contrapone con la ley, entre otras.

Las irregularidades en el manejo de los recursos públicos por parte de las fuerzas armadas no es algo reciente, ya en años anteriores la Auditoría Superior de la Federación había detectado irregularidades por parte de la Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina. Desafortunadamente, en razón de que no se cuenta con un seguimiento a los procedimientos de responsabilidades y pliegos de observaciones, no es posible saber si se llegó a sancionar a algún militar. Sobre todo, porque el sistema de fincamiento de responsabilidades al interior de las fuerzas armadas es muy hermético.

A nivel local la revisión y fiscalización de la actuación de las instituciones de seguridad es más preocupante, porque ha sido prácticamente nula e intranscendental. En el 2018 se realizó una auditoría de desempeño a la Fiscalía General del Estado, en donde se hicieron diversas observaciones y recomendaciones, por lo que la entidad se comprometió a su cumplimiento. En el 2017[26] se llevó a cabo otra auditoría a la Fiscalía General del Estado, consistente a siete revisiones a la cuenta materiales y suministros y en ninguna de ellas se encontró irregularidades.[27] En la cuenta pública de 2016 se realizó una auditoría financiera y presupuestal al Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses, relativa a 16 revisiones a diversos rubros y cuentas. Se determinó un solo crédito fiscal por la cantidad de $575 883.13 (Quinientos setenta y cinco mil ochocientos ochenta y tres pesos 13/100 M.N.), por la probable afectación al erario y/o patrimonio público. Además de diversas recomendaciones como el abstenerse de contratar la adquisición de cualquier bien o servicio con servidores públicos en funciones; abstenerse de realizar contrataciones de

26 Ver "Informes presentados en 2020", Auditoría Superior del Estado de Jalisco, 2021, https://www.asej.gob.mx/transparencia_asej/es/informes-presentados-en-2020

27 Ver: "Informes presentados en 2019", Auditoría Superior del Estado de Jalisco, 2021, https://www.asej.gob.mx/transparencia_asej/es/informes-presentados-en-2019

prestación de servicios con profesionistas que no reúnan los requisitos señalados por la ley; abstenerse de realizar adquisiciones o contrataciones de bienes o servicios con proveedores o prestadores de servicios que no reúnan los requisitos establecidos por la ley; emitir la normatividad interna (manuales, disposiciones, lineamientos, procedimientos, entre otros tendientes a mejorar los controles de la entidad). En la misma cuenta pública de 2016 se llevó a cabo una auditoría financiera a la Fiscalía General del Estado, respecto a ocho rubros, en donde tampoco se encontró ninguna irregularidad en el manejo de los recursos públicos.[28]

Preocupa aún más en razón de que no existe un seguimiento a las observaciones y recomendaciones que hace la Auditoría Superior de Estado, por lo que no es posible saber si se hizo algún resarcimiento de los montos observados, así como el cumplimiento de las recomendaciones. Además de que el titular del órgano de fiscalización ni siquiera comparece al congreso a rendir cuentas de su actuación. La ley no contempla que deba comparecer en un día determinado a informar sobre los resultados de la revisión y fiscalización de las cuentas públicas. La comparecencia del titular del órgano de fiscalización a rendir cuentas de su actuación es de elemental importancia si queremos transitar a un Estado democrático de Derecho, como lo ha resaltado Marcos Pablo Moloeznik, en virtud de que aquí se materializa la función de control del congreso como órgano de representación popular.

Conclusiones

El presente trabajo surge a partir de cuestionarnos el por qué no se considera a la rendición de cuentas como un derecho humano fundamental, al igual que la transparencia. Si se quiere avanzar en el combate a la corrupción e impunidad, un paso importante será el elevar como derecho fundamental la rendición de cuentas. Abandonar la idea positivista del Estado para avanzar a una concepción amplia de concreción de derechos. No es solo una obligación de los servidores públicos el rendir cuentas, sino que se debe ver como un derecho fundamental que tenemos los ciudadanos no solo a la información transparente, sino de analizar, validar y confrontarla directamente con los ejecutores del gasto. Tampoco es una simple cuestión de forma, sino que va más allá. Al estar consagrado dentro del capítulo de los derechos humanos, implica que cualquier ciudadano puede exigir vía juicio de amparo que la autoridad rinda

28 *Ibídem*.

cuentas, con la posibilidad validar y confrontar la información directamente con el servidor público.

Ello resulta particularmente importante tratándose de las instituciones de seguridad pública, incluidas las fuerzas armadas que, por su propia naturaleza castrense, son renuentes a rendir cuentas fuera de su estructura jerárquica.

La Auditoría Superior de la Federación ha detectado diversas irregularidades en el ejercicio de los recursos públicos por parte de las fuerzas armadas. El problema es que en razón de que no existe un seguimiento a las recomendaciones y acciones por parte del congreso, es que se desconoce si se llegó a imponer algún tipo de sanción a los militares señalados por el mal manejo de los recursos públicos.

En el caso de Jalisco el problema es aún más grave, primero porque resulta por lo menos cuestionable que en las últimas auditorías realizadas a la Fiscalía General del Estado no se hayan encontrado irregularidad en el manejo de los recursos públicos; segundo, tampoco existe un sistema de seguimiento a las observaciones y recomendaciones; tercero, porque el titular del órgano de fiscalización ni siquiera comparece personalmente al congreso del Estado a rendir cuentas.

Bibliografía

Auditoría Superior de la Federación. "Tercera entrega de informes individuales de la cuenta pública de 2018". 2018. https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2018c/index.html#0

Auditoría Superior del Estado de Jalisco. "Informes presentados en 2020". 2021. https://www.asej.gob.mx/transparencia_asej/es/informes-presentados-en-2020

Auditoría Superior del Estado de Jalisco. "Informes presentados en 2019". 2021. https://www.asej.gob.mx/transparencia_asej/es/informes-presentados-en-2019

Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

Chaires, Jorge. "La politización de la revisión de la cuenta pública". En *Buenas, Malas o Raras. Las Leyes Mexicanas de Fiscalización Superior (2000-2009), coordinado por* Aimée Figueroa Neri. México: ASF-Cámara de Diputados, 2009.

De Malberg, Carré. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

De Vega, Pedro. "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional* 1 (1998): pp. 65-88.

De Vega, Pedro. "Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual". *Working Paper*, n° 141 (1998). https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_141.pdf?noga=1

González-Malaxechevarría, Áangel. "Sociedad, ética y política: Los compromisos del auditor público en un estado de derecho". 2002. https://malaxblog.wordpress.com/2012/03/27/el-auditor-del-estado-en-su-laberinto-entorno-social-etico-y-politico/

Habermas, Jürgen. "Una conversación con Jürgen Habermas acerca del Brexit y la crisis de la UE: El estado nación ya no puede garantizar el estado de bienestar y la democracia". Entrevista, *Federalistes d´Esquerres*, 12 de julio de 2016. https://federalistesdesquerres.org/es/2016/08/una-conversacion-con-jurgen-habermas-acerca-del-brexit-y-la-crisis-de-la-ue-el-estado-nacion-ya-no-puede-garantizar-el-estado-de-bienestar-y-la-democracia-social-europe/

Hazell, Robert; Bourke, Gabrielle y Worthy, Benjamin. "Open house? Freedom of information and its impact on the UK parliament". *Public Administration* 90, n° 4 (2012): 901-921.

Huntington, Samuel. *La tercera ola: La democratización a finales del siglo XX*. España: Paidós, 1994.

Jasso López, Lucia Carmina. "Seguridad nacional, inteligencia militar y acceso a la información en México". *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* 21 (2017): pp. 140-157.

Jellinek, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Mazur, Jacek y Vella, Brian. "Relations between SAIs and parliamentary committees", *International Journal of Government Auditing* 30, n° 1 (2003).

Moloeznik, Marcos Pablo. "Las fuerzas armadas en México: Entre la atipicidad y el mito". *Nueva Sociedad* 213 (2008): pp. 156-169.

Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. Barcelona: Altaya, 1993.

Rouquié, Alain. *A la sombra de las dictaduras: La democracia en américa Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

Semanario Judicial de la Federación. Tesis aislada núm. 2a. I/92 de la Segunda Sala. Tomo X, agosto de 1992. Octava Época.

Wesberry, Jim. "Obstáculos institucionales que limitan las funciones de los organismos gubernamentales de combate a la corrupción en América Latina". *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*, (2004).

CAPÍTULO XII

El derecho a la libertad de conciencia y religión en el contexto legal polaco

Katarzyna Krzywicka[1]

Introducción

La libertad de conciencia y religión o confesión es un derecho humano específico porque se refiere a las actividades religiosa e ideológica, las cuales se diferencian de manera significativa de otras manifestaciones de la actividad humana. Aun así, está estrechamente relacionada con otros derechos humanos, como la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de reunión, la libertad de asociación. También vale la pena notar que la implementación de los derechos individuales y colectivos resultantes de la libertad de conciencia y religión a menudo entra en el ámbito subjetivo de otros derechos de la libertad.

La libertad de conciencia y religión se ha ido configurando a lo largo de la historia y aparece también bajo otros nombres, por ejemplo: libertad de creencias, libertad de culto, libertad de pensamiento, libertad de conciencia y confesión, lo que se evidencia al analizar los textos de constituciones y acuerdos internacionales.[2] La noción "libertad de conciencia y religión" contiene

1 Catedrática de la Facultad de Ciencias Políticas y Periodismo de la Universidad Maria Curie-Skłodowska y Directora de la *Revista Anuario Latinoamericano*, Lublin, Polonia. Código ORCID: 0000-0001-5623-5384.

2 Marek Safjan, "Wolność religijna w konstytucjach państw europejskich", en Kultura i Prawo. *Materiały III Międzynarodowej konferencji na temat religia i wolność religijna Unii Europejskiej,* ed.

dos formas de actividad relacionadas con la cosmovisión del hombre. En primer lugar, "la interna", que se manifiesta en el derecho de todo ser humano a moldear sus pensamientos y creencias, y cambiarlos. En segundo lugar, "la externa", que se manifiesta en el derecho de revelar pensamientos y creencias y actuar de acuerdo con ellos mediante, por ejemplo, la participación o la membresía en una organización confesional, denominación religiosa o Iglesia.[3] Tal comprensión de la libertad de conciencia y religión está confirmada en los textos de las declaraciones y convenciones relativas a los derechos humanos, adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Europea.[4]

El derecho a la libertad de conciencia y religión es un valor garantizado universalmente en las constituciones de los países democráticos. La relación entre el Estado y la religión ha definido históricamente uno de los elementos importantes en el proceso de configuración de las sociedades europeas, incluida Polonia. Durante siglos determinaron el eje de la disputa sobre la estructura y alcance del poder político, así como la posición de un individuo en la sociedad. Las garantías relativas a la libertad de conciencia y religión contenidas en las constituciones de los Estados democráticos, al igual que las que se refieren a la libertad de practicar el culto, la posición de las Iglesias y asociaciones religiosas, las relaciones entre la autoridad estatal y las autoridades de las denominaciones religiosas, incluido el alcance de la injerencia permitida, se ubican entre los principios más importantes que definen la esencia de los sistemas democráticos.

---

por J. Krukowski, O. Theisen (Lublin: 2003): pp. 43-73; Kristina Pyclik, "Wolność sumienia i wyznania w Rzeczypospolitej Polskiej (założenia filozoficznoprawne)", en *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, ed. por B. Banaszak, A. Preisner (Varsovia: 2002): pp. 435-462.

3 M. Pietrzak, "Wolność sumienia i wyznania w RP (regulacje prawne i praktyka)", en *Demokratyczne świeckie państwo prawa*, ed. por M. Pietrzak (Varsovia: 1999): pp. 280.

J. Szymanek, "Prawna regulacja wolności religijnej", *Studia Prawnicze* 168, n.° 2 (2006): pp. 5.

4 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Paris, 1948, artículo 18.°; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 1950, artículo 9.°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 1966, artículo 18.°, ratificado por Polonia el 3 de marzo de 1977, Diario Oficial de 1977, número 38, párrafo 167; La declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Nueva York, 1981, artículo 1.°; La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2001, artículo 10.°.

Los derechos a la libertad de conciencia y religión contenidos en las constituciones de los Estados democráticos suelen incluir dos tipos de garantías. Primero, los derechos que definen la libertad religiosa en términos de la libertad fundamental del individuo; y segundo, la libertad religiosa desde la perspectiva institucional, es decir, la posición legal de las Iglesias y asociaciones religiosas. Las garantías mencionadas se complementan con las normas relativas a la libertad de expresión, el servicio militar sustituto, el acceso a los servicios públicos, la educación y la organización del sistema educativo —incluida la enseñanza de la religión— y, por último pero no menos importante, el principio de igualdad de trato.

Una medida importante para evaluar el grado del valor de la libertad de conciencia y religión en todos los sistemas políticos es el alcance de los derechos de los que disfrutan los seguidores no solo de la religión o cosmovisión predominante en la estructura confesional o denominacional del país, sino también los confesores de las religiones de los grupos minoritarios. Vale la pena recordar que el principio de seguir la mayoría, que se aplica en el caso de resolver problemas de la democracia política, no puede aplicarse en la resolución de casos relacionados con los derechos humanos y las libertades. El factor decisivo debe ser el principio —hoy día aceptado universalmente— de igualdad de derechos y obligaciones para todos los individuos, organizaciones confesionales o ideológicas y denominaciones religiosas.

El derecho a la libertad de religión y de creencias como garantía constitucional fundamental suele asociarse con la naturaleza secular del Estado y de una sociedad democrática y pluralista. Garantizar el derecho a la libertad de conciencia y religión es claramente posible en un Estado laico, en el que la autoridad no imponga la religión o denominación que domine la estructura social y en el que se respete la libertad de todo ser humano en este aspecto.

El objetivo particular de este artículo es analizar el derecho de la libertad de conciencia y religión en Polonia desde la perspectiva jurídica, tomando en cuenta la especificidad del modelo de las relaciones entre el Estado y la religión (la Iglesia y las denominaciones religiosas) después de los cambios del sistema político que se han producido desde 1989. Los procesos de transformación democrática del Estado iniciados al final de los años 80 permitieron introducir cambios en el ámbito del derecho a la libertad de conciencia y religión. Los cambios introducidos estuvieron condicionados no solo por el

acuerdo de las fuerzas políticas encargadas de reformar la ley en el espíritu de los derechos y libertades democráticos,[5] sino también por la referencia a las tradiciones históricas de la libertad religiosa en Polonia. Siguiendo las suposiciones formuladas, el artículo se ha dividido en tres partes. En la primera se esboza la historia del desarrollo del derecho a la libertad de conciencia y religión, con un énfasis en el caso de Polonia. En la segunda parte se presentan las particularidades de los derechos a la libertad de conciencia y religión, basándose en un análisis de los actos jurídicos universales (Naciones Unidas)[6] y regionales (Consejo de Europa, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa,[7] Unión Europea)[8] que Polonia ha firmado y ratificado. En la tercera parte se realiza un análisis de aspectos seleccionados de las garantías de libertad de conciencia y religión contenidas en la legislación polaca, con especial énfasis en el contenido de la Constitución de la República de Polonia.

Antecedentes históricos de la libertad de religión y del culto

El precursor de la libertad de creencias religiosas en Polonia fue el abogado, teólogo y rector de la Universidad de Cracovia (actualmente Universidad Jaguelónica de Cracovia) Paweł Włodkowic (1370-1435), quien en 1415, durante el Concilio en Constanza, proclamó el concepto de tolerancia religiosa, creyendo que las diferentes ideas religiosas no deberían constituir motivo

5 La especificidad de las relaciones políticas en Polonia y su impacto en la configuración del derecho a la libertad de conciencia y religión después de 1989 es analizada por uno de los autores de la reforma, el abogado y científico Michał Pietrzak, en su artículo titulado "Przełom w polskim ustawodawstwie wyznaniowym (Un gran avance en la legislación religiosa polaca)", *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, año LII, n.° 2 (1990): pp. 8-13.

6 Carta de Derechos Humanos, San Francisco, 26 de junio de 1945; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Paris, 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 16 de diciembre de 1966; Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en creencias, Nueva York, 25 de noviembre de 1981; Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, Nueva York, 18 de diciembre de 1992.

7 Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana adoptado por la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea, 29 de junio 1990.

8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950 (artículo 9.°); Protocolo n.° 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Paris, 20 de marzo de 1952 (artículo 2.°, El derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con su propia cosmovisión); Acta final de la Conferencia sobre seguridad y cooperación en Europa, Helsinki, 1 de agosto de 1975.

para la persecución.[9] La premisa básica de la tolerancia religiosa, según Włodkowic, era el amor al prójimo. En su opinión, no solo cristianos eran nuestro prójimo, sino todo hombre, sin importar su religión. En su época era difícil encontrar —como señalan Jan Baszkiewicz y Franciszek Ryszka— ideas que fueran igualmente amplias en sus horizontes e igualmente nobles en la intención.[10] La tolerancia consistía tanto en el permiso para realizar prácticas y rituales religiosos como también la garantía de la seguridad de las personas y los bienes (prohibición de detención y confiscación de bienes). La tolerancia también descartaba la posibilidad de expulsar del país a las personas que profesaban una religión diferente a la religión predominante. Además, la tolerancia excluía la conversión a la fe cristiana por medio de la coacción. Las autoridades estatales debían constituir el garante de la tolerancia. Paweł Włodkowic fue un opositor abierto e influyente de la persecución y las guerras religiosas e indudablemente se adelantó a su tiempo.

Otro pensador renacentista polaco y un humanista destacado, Andrzej Frycz Modrzewski (1503-1572), también estuvo en contra de la persecución por motivos religiosos. En su principal obra política, un tratado filosófico-moral y social publicado en 1555 y titulado "Comentarii de república emendanda",[11] Frycz defendió la paz religiosa y propuso una búsqueda paciente de lo que era común a diferentes creencias. Él creía que el gobernante tenía responsabilidad de restaurar una *concordia civium*, y esta solo debería llevarse a cabo con métodos pacíficos. Exigió una garantía de libertad de conciencia, percibiendo la libertad religiosa como el derecho de todas las personas, independientemente tanto de su denominación religiosa como de su clase o posición social, según el principio de igualdad (*aequalitas*).[12]

El mayor logro del pensamiento político y religioso europeo y polaco fue el concepto de libertad religiosa desarrollado por la comunidad religiosa unitaria llamada "los Hermanos Polacos" o también Arrianos, Antitrinitarios

9 T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha: do Pawła Włodkowica po naukę o prawach człowieka* (Toruń: Oficina Editorial Comer, 1995), p. 105.

10 J. Baszkiewicz, F. Ryszka, *Historia doktryn politycznych i prawnych* (Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969): pp. 165.

11 La extensa obra escrita en latín *Comentarios sobre la enmienda de la república*, fue traducida al castellano ya en 1555 por Giustiniani que recomendaba además su lectura a todos los monarcas de Europa.

12 Andrzej Frycz Modrzewski, *O poprawie Rzeczypospolitej* (Fundacja Nowoczesna Polska, s. f.), https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/o-poprawie-rzeczypospolitej.pdf (traducido del latin por Cyprian Bazylik).

o Socinianos. Cabe agregar que los Arrianos estaban entre los grupos protestantes más perseguidos de Europa, tanto por los católicos como los seguidores de Lutero y Calvino, "por causa de su radical interpretación de los dogmas de la fe, y encontraron refugio y libertad para propagar sus ideas en Polonia".[13] En 1605, los Arrianos formularon sus postulados de libertad religiosa en el Catecismo Racoviano,[14] cuestionando el concepto de herejía. No obstante, la libertad religiosa tenía para los Arrianos un límite bien definido. Este límite fue marcado por la paz y la seguridad del Estado, ya que se trataba, en su opinión, del único garante de la libertad religiosa. Sin embargo, no se trataba de un Estado relacionado con una religión específica, es decir, un Estado confesional que lucharía contra otras religiones utilizando diferentes formas de coerción legal. Los Arrianos propagaban el concepto del Estado separado de la religión y de la Iglesia, pues los objetivos y las esferas de actividad de la Iglesia y aquél son diferentes. Además, creían que el Estado debería proteger a todas las personas, independientemente de su origen social y religión, es decir, cristianos y paganos, herejes y apóstatas, para que vivieran en su territorio en paz y fueran sus súbditos leales.[15]

No se puede dejar de mencionar que unos debates acalorados sobre la tolerancia y la libertad religiosa tuvieron lugar en el siglo XVII también fuera de Europa, en las colonias inglesas en el continente americano. En aquellos debates participaban representantes de varias facciones de la Reforma que, al otro lado del océano, encontraron refugio contra la persecución religiosa que sufrieron en Europa. Indudablemente, el papel del líder innovador lo desempeñó Roger Williams (1603-1683), quien postuló el reconocimiento del derecho de toda persona a elegir, predicar y profesar creencias en la esfera de la religión. Este derecho abarcaba a todos los cristianos, incluidos los católicos,

13 J. Baszkiewicz, F. Ryszka, *Op. Cit.*, pp. 205-206.

14 El título original del Catecismo en latín es *Catechesis Ecclesiarum quæ in Regno Poloniæ, et magno Ducato Lithuaniæ, et aliis ad istud Regnum pertinentibus Provinciis, affirmant, neminem alium, præter Patrem Domini nostri Jesu Christi, esse illum unum DEUM Israëlis*. La primera edición del Catecismo Racoviano fue publicada en polaco (1605) y después en latín (1609) por la Gymnasium Bonarum Artium en Raków, ciudad polaca de la que toma el nombre y en la que estuvieron radicados los Hermanos Polacos. El Catecismo resume y ordena sus enseñanzas, generalmente conocidas como socinianismo según el nombre de su pensador principal, el reformador Fausto Socino (1539-1604). Se lo considera como la primera obra teológica sistemática del antitrinitarismo. Poco después aparecieron también las traducciones en alemán, inglés y holandés.

15 Ver: M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe* (Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1978): pp. 10-11.

así como a los judíos y seguidores de otras religiones no cristianas. Williams, por causa de sus creencias religiosas obligado a abandonar Massachusetts, fundó una nueva colonia en Rhode Island, en la que proclamó la libertad religiosa y garantizó su implementación al separar la esfera de acción de las autoridades coloniales de la esfera de acción de las denominaciones religiosas. La Carta de Rhode Island y las Plantaciones de Providence de 8 de julio de 1663 (la constitución de Rhode Island), aprobada por el rey inglés Carlos II, reconoció que todos deben ser libres y nadie debe ser molestado, interrogado o castigado debido a las diferentes ideas sobre asuntos religiosos, si no violan la paz del reino.[16]

Las ideas y los postulados de tolerancia y libertad religiosa, propagados por pensadores progresistas antes mencionados, no encontraron condiciones favorables para su realización durante mucho tiempo. En los siglos XVI y XVII Europa fue un área de fanatismo, persecución y guerras religiosas. Una de las pocas excepciones fue Polonia, gobernada en el siglo XVI por los últimos representantes de la dinastía de los Jaguelones, Segismundo Viejo y Segismundo Augusto, quienes estaban en contra del uso de la violencia y la represión en asuntos religiosos, lo que, entre otras cosas, provocó un rápido desarrollo de la Reforma en Polonia. La tolerancia religiosa encontró su verdadera expresión legal en el acta de la "Confederación de Varsovia" de 1573, adoptada durante el periodo de interregno. Garantizó la libertad religiosa a todas las denominaciones cristianas, pero la limitó solo a la nobleza y la burguesía. Aseguró la igualdad entre protestantes y católicos en el campo de los derechos políticos. En aquella época, Polonia ofrecía tan amplia gama de libertades religiosas que se convirtió en un refugio para personas perseguidas por sus creencias religiosas en otros países europeos.

En el siglo XVII, bajo la influencia de la corriente de la Contrarreforma dentro de la Iglesia católica, la nobleza se apartó de la Reforma. Gradualmente se fue limitando la libertad religiosa y empezó el proceso de discriminación política de los nobles seguidores de religiones diferentes a la religión católica. Como resultado, en 1658 el parlamento polaco (Sejm) aprobó una ley sobre la expulsión de los Arrianos de Polonia, y diez años más tarde prohibió, bajo la pena de exilio y confiscación de bienes, cambiar la confesión católica por

16 Sz. Włodarski, W. Tarowski, *Kościoły chrześcijańskie* (Varsovia: Instytut Wydawniczy Odrodzenie, 1968): pp. 151-155.

otra. Así pues, Polonia se volvió visiblemente parecida a otros Estados intolerantes de Europa.[17]

En el siglo XVIII se nota un claro progreso en la difusión de la idea de la tolerancia religiosa. Las razones de este fenómeno deben buscarse en la publicación de escritos de enciclopedistas y pensadores franceses. Sin embargo, en la práctica referente al ámbito de los sistemas políticos, es decir, las relaciones entre el Estado y la religión, se implementaba el principio de un Estado confesional con una religión predominante oficial o nacional. Otras denominaciones eran apenas toleradas o perseguidas, lo que sin duda fue influido por la dinámica de la situación política y las prioridades del poder estatal.

La idea de libertad religiosa se reflejó en la legislación estatal solo en las constituciones de los estados independientes de América, de los años 1776-1787. Además, en 1791 se aprobaron enmiendas (la primera y la decimocuarta) a la Constitución llamada la *Carta de Derechos*. En ella se prohíbe el establecimiento de una religión dominante y la coerción a la confesión de una religión (este es un ejemplo de un enfoque negativo de la libertad de conciencia y de la religión - ausencia de la coerción). Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos no abolió las restricciones a la libertad religiosa contenidas en las constituciones estatales.[18] En el contexto de la Carta de Derechos Americana, vale la pena recordar que en Polonia la Constitución del 3 de Mayo de 1791 contenía una disposición sobre la protección de "la paz en la fe y la protección del gobierno" para "todos los rituales y religiones".[19] La Constitución del 3 de Mayo, que fue junto con la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 la primera constitución escrita en Europa, hizo una gran contribución al desarrollo del constitucionalismo moderno, encaminado a iniciar reformas y cambios, cuyo objetivo principal era proteger la existencia independiente del Estado. Sin embargo, a pesar de su adopción y la lucha por defenderla, no fue posible evitar la partición de Polonia, que desapareció del mapa de Europa durante 123 años.[20]

17 M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, *Op. Cit.*, p. 11.

18 "Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki z dnia 17 września 1787", en *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki* (Varsovia: 2002), traducción e introducción A. Pułło.

19 J. Boć (ed.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997* (Wrocław: 1998), p. 103.

20 M. Kallasa (ed.), *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu* tomo 1 (Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1990): pp. 96-101.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en Francia en 1789, fue una síntesis particular del pensamiento político y religioso progresista de los siglos XVII y XVIII. Este documento introdujo por primera vez una categoría conceptual de "derechos humanos y civiles" considerados como naturales, sagrados e inalienables. La libertad en términos de la Declaración significaba la libertad de un individuo para actuar dentro del orden legal existente. Este principio también fue aplicado a la libertad de religión y expresión de creencias, siempre que no interfieran con la libertad de otros ciudadanos. Los artículos de la nueva Constitución francesa adoptada en 1791 extendieron los derechos civiles y políticos a todos los ciudadanos, incluidos protestantes y judíos, que previamente habían sido discriminados. La revolución en Francia aceleró el desarrollo del pensamiento liberal en Europa.[21]

La doctrina liberal proclamó la libertad de conciencia y religión y la reconoció como un asunto privado de cada ser humano. El derecho del individuo a la libertad de conciencia y religión recibió el carácter de un derecho subjetivo público, que incluyó un catálogo de derechos (reconocimiento positivo de la libertad de conciencia y religión/confesión - el derecho a usar ciertas libertades). Los teóricos del liberalismo creían que el mejor garante de la realización de la libertad de conciencia y religión es conferirle al Estado un carácter secular y reconocer su neutralidad en la esfera de asuntos relacionados con la religión, es decir, introducir la separación entre el Estado y la religión/Iglesia. En la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX el principio de la libertad de conciencia y religión se introdujo casi universalmente en las constituciones de los Estados europeos. No obstante, la práctica de la política religiosa o confesional mostró que las autoridades estatales no aplicaban este principio como la base del comportamiento hacia las minorías religiosas, no confesionales y ateas.

La esencia del derecho a la libertad de conciencia y religión

Al analizar la especificidad del derecho a la libertad de conciencia y religión, cabe señalar que los fundamentos que configuran la posición de un Estado democrático frente a la religión se encuentran principalmente en los documentos internacionales universalmente reconocidos por los Estados. En el

21 G. L. Seidler, *Przedmarksowska myśl polityczna* (Cracovia: Wydawnictwo Literackie, 1985): pp. 555-562.

caso de Polonia, fue principalmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. El Convenio fue adoptado por 12 Estados miembros del Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. Actualmente los 47 Estados miembros del Consejo de Europa forman parte del Convenio, incluida Polonia, que lo firmó en 1991. La normativa contenida en este acto legal define los alcances y límites dentro de los cuales puede expresarse y garantizarse la libertad de conciencia y religión.

En los países democráticos funcionan reglas jurídicas de libertad de conciencia y religión que cumplen con los estándares de la doctrina liberal. Esto es independiente de la relación entre el Estado y la religión en vigor en diferentes países, la cual puede tener forma de un Estado que se adhiere a una religión específica/dominante (un Estado confesional) o un Estado separado de la religión (Estado aconfesional).[22] La libertad de conciencia y de religión se considera universalmente como un derecho de cada individuo, independientemente de su lugar de residencia o nacionalidad. Generalmente, en las legislaciones nacionales, cada ser humano es considerado sujeto de esta ley. La vinculación del derecho a la libertad de conciencia y religión con la ciudadanía, que todavía se encuentra en algunas legislaciones nacionales, está en contradicción con la comprensión contemporánea de esta ley como un derecho perteneciente a un ser humano y no necesariamente un ciudadano.[23]

El segundo sujeto de la libertad de conciencia y religión, y al mismo tiempo el sujeto colectivo de esta libertad es la familia, o más bien los padres. La subjetividad de la familia se justifica por la necesidad de que los padres decidan sobre el alcance del derecho a la libertad de conciencia y religión para

22 M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe* (Varsovia: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2003); J. Krukowski y K. Warchołowski (ed.), *Polskie prawo wyznaniowe* (Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2000); H. Misztal (ed.), *Prawo wyznaniowe, stan prawny na 1 lutego 2000 r.* (Sandomierz: 2000).

23 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Paris, 1948, artículo 18.°: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia"; Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 1950, artículo 9.1.°: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos."

sus hijos. Los padres tienen la libertad de elegir para sus hijos un sistema de valores y normas morales de acuerdo con sus creencias.[24]

El tercer sujeto de la libertad de conciencia y religión son las denominaciones confesionales las cuales sirven para la realización de los derechos individuales de sus miembros. El ser humano satisface una gran parte de sus necesidades religiosas mediante la participación en las denominaciones confesionales. La Unión Europea respeta y no infringe el estatus de Iglesias y asociaciones religiosas o comunidades en los Estados miembros según lo dispuesto por la legislación nacional. Se debe agregar que la Unión Europea respeta igualmente el estatus de las organizaciones filosóficas y no confesionales.[25]

El catálogo de libertades de conciencia y religión que disfrutan los individuos, las familias y las denominaciones confesionales no es uniforme en las legislaciones nacionales contemporáneas. El derecho básico es, sin duda, el derecho a la libertad de pensamiento y conciencia, que se manifiesta en la libertad de elección y cambio de religión o en la elección de una cosmovisión secular/atea. El principal derecho individual que resulta de la libertad de religión es el derecho a manifestar creencias religiosas, de manera privada y pública, individual y colectivamente a través de la participación en culto o ceremonias religiosos. Conviene prestar atención al reconocimiento del derecho a negarse a realizar el servicio militar sobre la base de la cosmovisión, de acuerdo con las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho.[26] En este contexto, debe recordarse que la garantía de libertad de conciencia es también el derecho al silencio, de acuerdo con el cual los organismos estatales no pueden obligar a los individuos a revelar sus creencias religiosas e ideológicas.[27]

Un importante complemento del derecho del ser humano a manifestar sus creencias religiosas es el derecho a unirse, pertenecer o abandonar una deno-

24 Protocolo n.° 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Paris, 20 de marzo de 1952 (artículo 2.°, El derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con su propia cosmovisión).

25 Declaración n.° 11 Sobre la situación de las iglesias y organizaciones no religiosas, la denominada "Cláusula de la Iglesia", adjunta al Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997.

26 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10.°: Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

27 ONU, La declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Nueva York, 25 de noviembre de 1981. Artículo 1.2.°: "Nadie estará sujeto a ninguna coacción que viole su libertad de profesar una religión o creencia de su elección".

minación. Debido al desarrollo de nuevos movimientos religiosos, se atribuye una importancia creciente al derecho del individuo a crear nuevas denominaciones religiosas. La implementación de esta ley se ve obstaculizada en muchos países por la ley vigente, por ejemplo, al imponer el requisito de un alto número de miembros fundadores (en Polonia, actualmente, se exigen 100 personas) o la necesidad de conseguir el consentimiento de unas autoridades determinadas, las cuales pueden definir arbitrariamente qué es una religión y qué no lo es.[28] Tales prácticas pueden llevar a las negativas a legalizar denominaciones religiosas y limitar las actividades religiosas de las denominaciones ya legalizadas. Estas prácticas deben ser evaluadas como violaciones y limitaciones de los derechos del individuo. Lo que es fundamental para garantizar los derechos de los sujetos individuales es el derecho de las denominaciones religiosas a practicar rituales y ceremonias en la forma pública. Esto se complementa con el derecho a propagar y predicar la fe a través de los medios de comunicación, así como el derecho a la enseñanza de la religión y el desempeño de la acción caritativa.

El derecho a la libertad de conciencia y religión, como otras libertades, tiene límites que definen la esfera de la libertad de actuación de los individuos, las familias y las denominaciones religiosas. Como hemos mencionado antes, ya la francesa Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 indicaba el carácter limitado de los derechos de libertad, reconociendo que el ejercicio de los derechos naturales de cada ser humano no tiene otros límites que aquellos que establecen los derechos de otro ser humano. El Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 en el artículo 9.2.° establece que la libertad de manifestar la propia religión o creencias puede estar sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y necesarias en una sociedad democrática en aras de la seguridad pública, la protección del orden público, la salud y la moral, o la protección de derechos y libertades de los demás. De manera similar, la Declaración sobre libertad religiosa del Concilio Vaticano II *Dignitatis humanae* del 7 de diciembre de 1965 indica que los límites de la libertad de conciencia y religión son el bien de todos (*bonum commune*) y los derechos de los demás (*iura aliorum*).[29] A

28 La Ley de Garantías de la Libertad de Conciencia y Religión de 17 de mayo de 1989, artículos 30.° al 38.°, Diario Oficial 1153, Varsovia, 14 de junio de 2017.

29 H. Misztal, "*Kościelne pojęcie wolności religijnej a ustawa o Gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 1989*" tomo 11, *Kościół i Prawo* (1993): pp. 112–113.

su vez, La declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, reconoce como restricciones legítimas las que se fundan en la premisa de proteger la seguridad pública, el orden público, la salud, la moral y los derechos y libertades fundamentales de otros individuos.[30]

Contemporáneamente, las discusiones sobre los derechos de libertad se reducen a la cuestión de los límites de estos derechos. Encontrar un equilibrio racional entre la esfera de acción libre del individuo y de las denominaciones religiosas, y la esfera prohibida —que da derecho a las autoridades estatales de intervenir y utilizar coerción— todavía no es fácil. La reglamentación de la libertad de conciencia y religión que resulta de la necesidad y del deber del Estado de mantener el orden y la seguridad pública, así como garantizar los intereses del Estado, no se cuestiona. Se aplica cuando existe un conflicto entre las obligaciones impuestas al ciudadano por el Estado y las obligaciones derivadas de órdenes y prohibiciones religiosas. Ejemplos de esto son la contradicción entre el deber hacia el Estado de cumplir el servicio militar y la prohibición de este tipo de actividad resultante de las normas religiosas como en el caso de los adventistas y los Testigos de Jehová; o las normas morales, por ejemplo, la prohibición de usar armas y de matar, reconocida y practicada por los pacifistas. Actualmente, la mayoría de los países respetan estas restricciones impuestas por las normas religiosas introduciendo un servicio sustitutorio civil para aquellos que se niegan a realizar el servicio militar.[31] Sin embargo, las prohibiciones de usar la vestimenta religiosa en lugares públicos, el uso de campanas con fines religiosos, el sacrificio de animales rituales, el incumplimiento de obligaciones dietéticas religiosas en el ejército, las prisiones y los hospitales estatales no se evalúan de forma unánime. La obligación legal de revelar las creencias religiosas, incluso solo para fines estadísticos, es cada vez más criticada.

Gradualmente se están reduciendo las restricciones discriminatorias y arbitrarias a la libertad de conciencia y religión. Se condenan las dificultades para acceder a las fuentes de información sobre diversas religiones o la cos-

30 ONU, La declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Nueva York, 25 de noviembre de 1981, artículo 1.3.°.

31 La autora del artículo tiene cierta experiencia en este campo, ya que trabajó en la Comisión Provincial de Servicios Suplentes de la Oficina Regional de Empleo en Lublin. La Comisión dejó de existir cuando se eliminó la obligación del servicio militar básico en Polonia el 1 de enero de 2010.

movisión atea. Se considera contrario a la libertad de conciencia y religión que a los padres se les prive del derecho de decidir criar a sus hijos de acuerdo con los principios de su creencia, o que se impida acceso a los servicios religiosos a las personas que cumplen el servicio militar o se encuentran encarceladas u hospitalizadas. Además, son denunciadas y criticadas las restricciones al ejercicio de los derechos políticos o civiles debido a las creencias relacionadas con la cosmovisión de los individuos. La cuestión de garantizar el derecho a la libertad de conciencia y de religión ha despertado interés desde hace mucho tiempo. Las disputas y reflexiones sobre cómo encontrar las mejores garantías para hacer realidad este derecho aún no está terminadas.

El derecho a la libertad de conciencia y religión en Polonia

El objetivo particular de esta parte del artículo es analizar el derecho de la libertad de conciencia y religión desde la perspectiva jurídica, tomando en cuenta la especificidad del modelo de las relaciones del Estado frente a la Iglesia católica y otras denominaciones religiosas después de los cambios del sistema político en Polonia que se han producido desde 1989.

La fuente del derecho a la libertad de conciencia y religión en Polonia son todos los actos normativos de diversa fuerza jurídica, cuyo objeto de regulación es la situación jurídica de las personas y las comunidades humanas debido a su confesión religiosa. El sistema y la jerarquía de las fuentes del derecho se especifican en los artículos 87.° y 91.° del capítulo III de la Constitución de la República de Polonia.[32] Según su contenido, las fuentes del derecho religioso son: la Constitución, las leyes, los acuerdos internacionales ratificados, los reglamentos, las leyes locales y el derecho interno de las denominaciones religiosas.

Para el uso de las consideraciones llevadas, por "las denominaciones religiosas" entiendo las organizaciones sociales cuyo objetivo es satisfacer las necesidades religiosas de sus miembros. Ellas tienen una determinada estructura interna y los órganos del poder que tienen las funciones internas de definir las reglas para sus miembros y las funciones externas de representar a los miembros de la organización ante los órganos del poder estatal y otras confesiones religiosas.[33]

32 Constitución de la República de Polonia del 2 de abril de 1997, Diario Oficial de 1997 n.° 78, párrafo 483; de 2001 n.° 28, párrafo 319; de 2006 n.° 200, párrafo 1471; de 2009 n.° 114, párrafo 946.

33 Ver: M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2003): pp.

La legislación polaca regula la cuestión de la libertad de conciencia y religión en varias disposiciones de la Constitución, ubicadas en sus distintos capítulos (método de dispersión).[34] En este contexto, cabe mencionar los siguientes artículos: el 25.°; el 32.°; el 48.° párrafo 1; el 53.°; el 85.° párrafo 3; el 191.° párrafo 1, punto 5 y el 233.° párrafos 1 y 2 de la Constitución de la Republica de Polonia. Todas estas disposiciones son complementarias. Por lo tanto, deben ser interpretadas juntas, en un contexto constitucional más amplio, aplicando una interpretación sistémica y teniendo en cuenta los instrumentos internacionales, en particular la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Sobre la base de los actos jurídicos adoptados en Polonia se desarrolló un sistema de relaciones entre el Estado y la religión, que en la literatura sobre el tema se denomina "la separación coordinada".[35] Así lo confirma la disposición contenida en el artículo 25.°, párrafo 3 de la Constitución, que establece: "Las relaciones entre el Estado y la Iglesia y otras asociaciones religiosas se configuran sobre los principios del respeto de su autonomía e independencia mutua en su propio ámbito, así como la cooperación por el bien del hombre y el bien común". Vale la pena mencionar que este modelo se adoptó también, con ciertas diferencias nacionales, en Alemania (1919), Italia, Hungría y Lituania.

Conviene explicar cuáles son las características del sistema de la separación coordinada. Este sistema se basa en el respeto a la libertad religiosa como un derecho fundamental del ser humano y en el principio de igualdad de confesiones y sus seguidores. En separación coordinada, se reconoce la personalidad jurídico-pública de las denominaciones religiosas que ocupan un puesto fijo en la cultura nacional. Las relaciones entre el Estado y las denominaciones religiosas se basan en el principio de cooperación y coordinación y se rigen por los derechos de varios niveles de fuerza legal, desde los acuerdos internacionales como el Concordato entre la Santa Sede y la República de Polonia, firmado el 28 de julio de 1993 y ratificado el 23 de febrero de 1998[36] por la Constitución, y las leyes hasta las órdenes ejecutivas.

12-13; J. Krukowski, K. Warchołowski (ed.), *Polskie prawo wyznaniowe* (Warszawa: PWN, 2000).

34 J. Szymanek, "*Konstytucyjna regulacja stosunków Państwo-Kościół (ujęcie komparatystyczne)*", *Państwo i Prawo*, n.° 4 (2000): pp. 24-29.

35 J. Krukowski, *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych* (Lublin: 1993), p. 38.

36 Concordato entre la Santa Sede Apostólica y la República de Polonia firmado en Varsovia 28 de julio de 1993, Diario Oficial de 1998, n.° 51, párrafo 318.

Teniendo presente que, en esta forma de relaciones mencionadas, el Estado otorga a las confesiones religiosas los derechos jurídico-públicos, hay que explicar su carácter. En primer lugar, son el resultado del reconocimiento de las denominaciones religiosas como personalidades jurídico-públicas. En segundo lugar, estos derechos son realizados por las denominaciones religiosas en el ámbito de las tareas y competencias de la administración estatal, tales como, por ejemplo, la enseñanza de la religión en las escuelas públicas, la fundación, posesión y gerencia de los cementerios confesionales, la institución del matrimonio confesional con eficacia civil, los servicios religiosos en el ejército e instituciones cerradas (las prisiones), los días de fiesta de carácter religioso y, por último pero no menos importante, el carácter público del culto religioso.

Para presentar la forma y especificidad de las relaciones institucionales y jurídicas entre el Estado y las denominaciones religiosas en Polonia efectuaré un análisis del contenido de la Constitución y algunas leyes con el enfoque sobre lo que se refiere a los derechos de la libertad de conciencia, religión y el culto. La ley fundamental, la vigente Constitución de la República de Polonia, fue adoptada en 2 de abril de 1997 y entró en vigor 17 de octubre de 1997. Este acto jurídico contiene varios artículos, ya antes enumerados, relacionados con los derechos a la libertad de conciencia y religión. En particular, se debe prestar atención al contenido de dos artículos fundamentales. En primer lugar, el artículo 25.°, que define la posición de las Iglesias y otras asociaciones religiosas y sus relaciones con el Estado. En segundo lugar, el artículo 53.° bajo el cual se ha garantizado la libertad de conciencia y religión, y se ha definido el alcance subjetivo y objetivo de esta libertad. También cabe añadir que hay siete artículos de la Constitución relacionados con los dos ya mencionados, a saber: el artículo 30.° sobre la inalienable dignidad humana como fuente de libertades y derechos; el artículo 48.° que garantiza el derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo con sus creencias; el artículo 54.° sobre la libertad de expresión y opinión; el artículo 57.° que trata sobre la libertad de reunión; el artículo 58.° que garantiza la libertad de asociación; el artículo 70.° sobre la concesión del derecho a la educación; y el artículo 85.° que establece el derecho a realizar un servicio militar alternativo por creencias religiosas. Ese último perdió su fundamento debido a que se eliminó la obligación del servicio militar básico en Polonia el 1 de enero de 2010.

Lo primero que debe ser analizado es la definición de la noción de "la libertad de conciencia y religión" que se encuentra en la Constitución de 1997. En este punto, vale la pena referirse a las leyes fundamentales anteriores que estaban en vigor en Polonia después de recuperar la independencia en 1918 y después de la Segunda Guerra Mundial, durante el período de la República Popular Polaca. En el derecho constitucional polaco del siglo XX, el concepto de "libertad de conciencia y religión" se estableció sobre la base de la terminología adoptada en la Constitución del 17 de marzo de 1921.

En la Constitución de Marzo se dedicaron hasta siete artículos separados a esta libertad, garantizándola a todos los ciudadanos y al mismo tiempo estableciendo la prohibición de la participación obligatoria en actividades y ritos religiosos. Otro elemento constitutivo de la libertad de conciencia y religión en esta constitución era la libertad de asociaciones religiosas que, en lo dispuesto en los artículos 113.° a 116.° de la Constitución de 1921, garantizaba la independencia de las asociaciones religiosas reconocidas por el Estado. Bajo el artículo 114.° la Iglesia Católica Romana ocupaba una posición única, siendo la religión de la abrumadora mayoría de la nación y ocupando una posición privilegiada entre otras religiones con iguales derechos. Esta situación ciertamente constituyó una restricción específica de la libertad religiosa en comparación con las disposiciones liberales de la Constitución del 3 de mayo de 1791.

A diferencia de la Constitución del 1921, la Constitución de la República de Polonia del 25 de abril de 1935 prestó poca atención a la libertad de conciencia y religión. Solo en el párrafo 2 del artículo 5.° se afirmó brevemente que "el Estado brindará a sus ciudadanos la posibilidad de desarrollar sus valores personales y la libertad de conciencia, expresión y asociación". Cabe señalar que esta cuestión también se abordó de manera lacónica en la Constitución de la República Popular Polaca de 1952. Las disposiciones del artículo 70.° contenían garantías de la separación de la Iglesia del Estado y la libertad de conciencia y religión para todos los ciudadanos, así como la prohibición de compulsión a ritos y actividades religiosas.

Por otro lado, la vigente Constitución de1997 regula las cuestiones del derecho a la libertad de conciencia y religión en extenso artículo 53.°, en cuyo párrafo 1 se declara que "A cada individuo se le garantiza la libertad de conciencia y religión." Cada uno tiene derecho a poseer y expresar su

creencia religiosa u otra. La libertad de religión incluye la libertad de profesar o aceptar una religión de su elección y de manifestar la propia religión individualmente o con otros, en público o en privado, mediante la adoración, la oración, la participación en rituales, la práctica y la enseñanza. La libertad religiosa también incluye el derecho a tener templos y otros lugares de culto de acuerdo con las necesidades de los creyentes y el derecho de las personas a recibir asistencia religiosa dondequiera que se encuentren. Con este fin, la Constitución garantiza también a cada persona el derecho de asociarse (artículo 58.°), el derecho de organizar reuniones (artículo 57.°) y el derecho de expresar libremente sus pensamientos (artículo 54.°). Según la Constitución, el derecho de asociarse puede ser utilizado solamente con los fines lícitos, en conformidad con la ley. El Estado se obliga a ayudar en la ejecución de este derecho. Cada persona tiene derecho a reunirse, pública o privadamente, y expresar sus pensamientos de viva voz o por escrito, pero lleva plena responsabilidad por sus palabras.

Merece una atención especial la solución novedosa —en comparación con las leyes anteriores— que se refiere en los párrafos 6 y 7 del artículo 53.° sobre la libertad de compulsión, el cual establece que nadie puede ser obligado a participar o no participar en prácticas religiosas, como también nadie puede ser obligado por órganos de la autoridad público a revelar su cosmovisión, creencias religiosas o religión. La Constitución se refiere tanto a los sujetos de la libertad de religión y culto individuales como colectivos. De acuerdo con este artículo el sujeto individual es cada hombre, es decir, cada persona humana y los sujetos colectivos son las denominaciones religiosas. El sujeto individual de la libertad de conciencia y culto es toda persona, por lo que se entiende tanto el ciudadano, como el extranjero o el apátrida.[37] Merece atención el hecho de que la Constitución contiene también las garantías referentes a un otro sujeto colectivo de la libertad de conciencia y culto, es decir, la familia. En virtud del párrafo 3 del artículo 53.° y el artículo 48.°, los padres tienen derecho a proporcionar a sus hijos una educación y enseñanza moral y religiosa de acuerdo con sus convicciones con respeto a las convicciones del hijo. Además, el artículo 18.° contiene la garantía de la protección

37 La Ley de garantías de la libertad de conciencia y religión, artículo 7.°; Los extranjeros que residen en el territorio de la República de Polonia disfrutan de la libertad de conciencia y religión igual como los ciudadanos polacos. La disposición del párrafo 1 también se aplica a los apátridas.

del matrimonio entre la mujer y el hombre,[38] que está dictado por el espíritu de la doctrina religiosa compartida por la mayoría de los polacos. Esto también lo confirma el acuerdo internacional celebrado por Polonia con la Santa Sede. El Concordato en su artículo 10.° incluye el derecho a un matrimonio religioso con efecto en la ley civil, mientras que el artículo 11.° contiene la obligación del Estado y de la Iglesia de cooperar para defender y respetar las instituciones del matrimonio y la familia que son la base de la sociedad. Se destaca el valor de la familia. Por su parte, la Santa Sede reafirma la doctrina católica sobre la dignidad e indisolubilidad del matrimonio.

La última cuestión que también debería ser tomada en cuenta son los límites de la libertad de religión y culto. A esta cuestión se refiere el párrafo 5 del artículo 53.°, en el cual se estipula que la libertad de manifestar la religión puede estar restringida solo por ley y solo cuando sea necesario para proteger la seguridad del Estado, el orden público, la salud, la moral o las libertades y derechos de otras personas.

Resumiendo, después de analizar las garantías incluidas en la Constitución, podemos decir que el legislador ha aplicado el sentido amplio del derecho a la libertad de conciencia y religión, reconociendo tal derecho tanto en caso de las personas con creencias religiosas como aquellas con otras convicciones. Cada persona ha obtenido el derecho de poseer y expresar sus creencias religiosas, privada y públicamente, mientras que las organizaciones religiosas han recibido independencia y autonomía. Sin embargo, en ningún artículo de la Constitución encontraremos una clara declaración del carácter laico del Estado o la separación entre la Iglesia y el Estado, lo que permitiría decir que el legislador adopta el principio de separación clásica como la base de la política del Estado hacia las denominaciones religiosas. Las disposiciones constitucionales han sido especificadas con más detalle en la Ley de garantías de la libertad de conciencia y religión, que enfatiza claramente en su artículo 10.° la separación entre la Iglesia y el Estado, reconociendo su naturaleza laica y neutralidad en materia de religión y creencias. Según la tradición liberal de Estado democrático de derecho, solo un Estado libre de la influencia de la religión o del dominio de una ideología puede garantizar plenamente un trato justo y equitativo a sus ciudadanos.

38 "El matrimonio como unión de un hombre y una mujer, la familia, la maternidad y la paternidad están bajo la protección y el cuidado de la República de Polonia".

A modo de conclusiones

Históricamente, la categoría de libertad de conciencia y religión surgió en el contexto de la necesidad de proteger a las personas a quienes se les negó la libertad de tener una cosmovisión (religiosa o no religiosa) no aceptada por la mayoría. En los tiempos modernos, el derecho a la libertad de conciencia y religión es uno de los pilares de una sociedad democrática. Esto se expresa de diversas formas en el contenido de las constituciones nacionales. Esto también lo confirman los actos de derecho internacional tanto en el sistema de la ONU como en ambos sistemas de derecho europeo, tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea. La libertad de conciencia y religión es un derecho subjetivo, otorgado a todo ser humano, independientemente de su ciudadanía, lugar de residencia, sexo, raza, educación y edad. Esta libertad protege, en primer lugar, las esferas sociales de existencia de los seres humanos y, en segundo lugar, el funcionamiento de las Iglesias y asociaciones religiosas como comunidades de creyentes. El catálogo de derechos individuales resultantes de la libertad de conciencia y religión es extenso, y la posibilidad de ejercerlo puede limitarse solo sobre la base de una ley y solo cuando sea necesario para la protección de la seguridad del Estado, el orden público, la salud, las libertades y derechos de los demás.

Las consideraciones realizadas en este artículo sobre la génesis, esencia, especificidad de los sujetos y el contenido del derecho a la libertad de conciencia y religión, llevan a reflexionar que la garantía de la aplicación efectiva de los derechos contenidos en la legislación estatal depende primordialmente de su conocimiento por parte de los ciudadanos. En este contexto una responsabilidad particular tiene el Estado ya que su rol es de educar a la sociedad en un espíritu de tolerancia mutua y pleno respeto por los derechos de las personas que profesan diferentes religiones o confesiones. Además, un papel importante para garantizar el derecho a la libertad de conciencia y religión lo desempeñan los medios de comunicación, como la prensa, la radio, la televisión y el internet. La labor de los medios de comunicación en este ámbito consiste en la difusión del conocimiento de los derechos individuales y colectivos derivados de la libertad de conciencia y religión, así como en la divulgación de violaciones de estos derechos y la movilización de la opinión pública para defender los derechos amenazados.

Bibliografía

Baszkiewicz, J. y Ryszka, F. *Historia doktryn politycznych i prawnych*. Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969.

Boć. J. *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997*.Wrocław: 1998.

Jasudowicz, T. Śladami Ehrlicha: do Pawła Włodkowica po naukę o prawach człowieka. Toruń: Oficina Editorial Comer, 1995.

Kallasa, M. *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu* Tomo 1. Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1990.

Krukowski J. y Warchołowski K. *Polskie prawo wyznaniowe*. Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2000.

Krukowski, J. *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych*. Lublin: 1993.

Krukowski, J. y Warchołowski K. *Polskie prawo wyznaniowe*. Warszawa: PWN, 2000.

Ley de Garantías de la Libertad de Conciencia y Religión de 17 de mayo de 1989. Diario Oficial 1153, Varsovia, 14 de junio de 2017.

Misztal, H. "*Kościelne pojęcie wolności religijnej a ustawa o Gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 1989*" Tomo 11. *Kościół i Prawo* (1993).

Misztal, H. *Prawo wyznaniowe, stan prawny na 1 lutego 2000 r.* Sandomierz: 2000.

Modrzewski, Andrzej Frycz. *O poprawie Rzeczypospolitej*. Fundacja Nowoczesna Polska, s. f. https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/o-poprawie-rzeczypospolitej.pdf

Organización de las Naciones Unidas. *La declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*. Nueva York, 25 de noviembre de 1981.

Pietrzak, Michał. "Przełom w polskim ustawodawstwie wyznaniowym". *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* LII, n.° 2 (1990): pp. 8-13.

Pietrzak, Michał. "Wolność sumienia i wyznania w RP (regulacje prawne i praktyka)". En *Demokratyczne świeckie państwo prawa*, editado por M. Pietrzak. Varsovia: 1999.

Pietrzak, Michał. *Prawo wyznaniowe*. Varsovia: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1978.

Pietrzak, Michał. *Prawo wyznaniowe*. Varsovia: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2003.

Pietrzak, Michał. *Prawo wyznaniowe*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2003.

Pyclik, Kristina. "Wolność sumienia i wyznania w Rzeczypospolitej Polskiej (założenia filozoficznoprawne)". En *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, editado por B. Banaszak, A. Preisner. Varsovia: 2002.

S. A. "Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki z dnia 17 września 1787" En *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*. Varsovia: 2002.

Safjan, Marek. "Wolność religijna w konstytucjach państw europejskich". En *Kultura i Prawo. Materiały III Międzynarodowej konferencji na temat religia i wolność religijna Unii Europejskiej*, editado por J. Krukowski, O. Theisen. Lublin: 2003).

Seidler, G. L. *Przedmarksowska myśl polityczna*. Cracovia: Wydawnictwo Literackie, 1985.

Szymanek, J. "Konstytucyjna regulacja stosunków Państwo-Kościół (ujęcie komparatystyczne)". *Państwo i Prawo*, n.° 4 (2000): pp. 24-29.

Szymanek, J. "Prawna regulacja wolności religijnej", *Studia Prawnicze* 168, n.° 2 (2006).
Tarowski, Włodarski W. *Kościoły chrześcijańskie*. Varsovia: Instytut Wydawniczy Odrodzenie, 1968.

CAPÍTULO XIII

Violación sexual inversa

Rogelio Barba Álvarez[1]

La legislación mexicana reconoce la violación sexual para mayores, menores e incapaces además de la violación equiparada, así como la violación inversa solo en casos exclusivos del Estado de Chihuahua y para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

El bien jurídico es cuestionable en la diversidad de los códigos penales de la República Mexicana, toda vez que no se ha reconocido la indemnidad o intangibilidad sexual como objeto de protección para menores e incapaces, subsistiendo el libre desarrollo de la personalidad, desarrollo psicosexual y libertad sexual, sobre los que se entrará en una discusión dogmática para dar el correspondiente punto de vista.

En cuanto a la violación inversa, la literatura penal y la legislación nacional no aborda a la mujer como sujeto pasivo en el sentido de provocar a la víctima una erección para consumar la cópula, por ello deberá ser analizado desde el punto de vista de los elementos subjetivos del tipo y los supuestos jurídicos que se puedan presentar al momento de la estructura típica.

---

1 Profesor investigador de la Universidad de Guadalajara, Investigador Nacional Nivel II y Miembro del Cuerpo Académico Consolidado Derechos Humanos y Estado de Derecho, UDG-CA-476.

Introducción

Algunas formas de coerción sexual-penetración forzada (violación), acoso sexual (contacto sexual forzado) son reconocidas como un delito por la mayoría de los sistemas legales.[2] Sin embargo, existen modalidades en nuestra legislación que no se han considerado como delitos sexuales y no se denuncian adecuadamente, por lo que pasa a la lista negra de este tipo de delitos. El bajo número de quejas es consecuencia de muchos factores que comprimen la renuencia a revelar el episodio y a hablar con los demás, el miedo a represalias o daño a la reputación, vergüenza, falta de confianza en la capacidad y voluntad o en los sistemas policiales y judiciales para resolver el caso y llevar al perpetrador ante la justicia. En consecuencia, la estadística se basa en sus antecedentes penales policiales con un uso limitado para evaluar la cobertura de este tema.

Aunque los porcentajes están subestimados, parece que algunos Estados en realidad priorizan la compilación de estadísticas sobre violencia sexual. La última encuesta del ENVIP[3] sobre incidencia delictiva encontró que el porcentaje de estados que proporcionaron estadísticas sobre condenas por violación era más alto que para otros delitos; en relación a los delitos sexuales, se reportaron 126 violaciones sexuales a mujeres y otros delitos como hostigamiento, manoseo, exhibicionismo, intento de violación y hostigamiento sexual.

Las cifras no son muy altas *per se,* pero en relación a otros delitos si hay una gran distancia entre ellos, la curiosidad es que hay muy pocas víctimas de violación sexual contra hombres, debido a la falta de confianza o a la atención poco profesional de las dependencias de atención a víctimas.[4]

---

2 United Nations Statistics Division, *The world's women 2000. Trends and statistics* (Nueva York: Naciones Unidas, 2000).

3 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2019. Principales resultados*, 24 de septiembre de 2019, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf

4 Entre las razones de las víctimas para no denunciar delitos ante las autoridades destacan las de pérdida de tiempo con un 31.7 % y la desconfianza en la autoridad con un 17.4 %. Fuente: *ibídem*.

Concepto de *Violación inversa*

Hace algunos años vi una película titulada *Perdita Durango* (Rosi Perez).[5] La protagonista de la película, junto con Romeo Dolorosa (Javier Bardem), secuestran a una pareja de adolescentes con la intención de violarlos; Romeo Dolorosa lo hace de forma brutal, desgarrando las ropas a la víctima y golpeándola. Los hechos se relacionan con un prototipo de violación en el que hay una resistencia por parte de la mujer, que infructuosamente es vencida por la fuerza bruta del agresor. Hasta ahí podemos reconocer un episodio que como lo señalo es un prototipo de violación carnal en la que la voluntad del sujeto pasivo es violentada; sin embrago, en el otro supuesto —aquí es donde está el epicentro de nuestro trabajo— en el sentido de la violación inversa que no se ha tratado por la doctrina hasta el momento, *Perdita Durango* estimula al joven a una erección en contra de su voluntad para después llevar a cabo la relación carnal. Hubo penetración, pero en este caso el sujeto activo no es el joven sino la mujer que introduce el pene del sujeto pasivo a la vagina de sujeto activo. ¿Puede tratarse de un caso de violación inversa? Porque hasta el momento se ha conceptualizado la violación inversa como: *violación delito de*. *Se actualiza aun cuando la penetración la realice la víctima*. Existe opinión importante en la doctrina extranjera, en la que se afirma que el pederasta que se hace penetrar por varón es sujeto activo del delito de violación.

Tratándose de la legislación mexicana, el artículo 174.°, párrafo segundo, del Código Penal para el Distrito Federal, define por cópula la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal; esto es, no exige que tal introducción deba ser necesariamente en el cuerpo de la víctima, por lo que puede configurarse indistintamente cuando el activo penetra al pasivo o bien obliga a este a que lo haga, pues en ambos casos existe acceso carnal y se viola el bien jurídico tutelado por la norma penal, como es la libertad sexual, la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual, estos últimos tratándose de menores de edad.[6]

---

5 *Perdita Durango* es una película hispano-mexicana de 1997 dirigida por Álex de la Iglesia. Es una película con un cóctel explosivo de humor negro, amor, sexo, santería y acción. Sus protagonistas son una súper mujer sin escrúpulos, Perdita Durango (Rosi Pérez), y un atractivo asesino, Romeo Dolorosa (Javier Bardem). Tras secuestrar a una pareja de adolescentes de buena familia, estos dos personajes emprenden un viaje sin retorno a través del lado salvaje del sueño americano, dispuestos a cumplir el encargo de un capo mafioso: transportar un cargamento de fetos desde la frontera mexicana hasta Las Vegas.

6 Amparo directo 350/2008 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, del 21 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos, con salvedad del Magistrado

El alto tribunal da la razón a la violación inversa cuando el sujeto activo es un pederasta, es decir, de varón a varón y no así de mujer a varón. Por su parte, la literatura extranjera amplia el concepto de violación inversa de la manera siguiente:

> El delito de violación carnal cometido por la mujer sobre un hombre, sea accediéndolo carnalmente contra su voluntad mediante el empleo de la fuerza física, la amenaza o la intimidación, o en ausencia de su voluntad cuando se encuentra privado de la razón o del sentido o no es capaz de conciencia ni de voluntad, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no es capaz de oponer resistencia, o cuando el sujeto activo se aprovecha del estado de inmadurez bio-psicológica sexual de un menor de catorce años de edad.[7]

Aun así, con esta definición extensa queda limitada la posibilidad de que el sujeto pasivo de violación inversa pueda ser un mayor de edad, que en contra de su voluntad es engañado, forzado, constreñido a sostener acceso carnal con sujeto activo, bien sea hombre (vía anal o bucal) o mujer (vía vaginal, bucal o anal), o como lo define la doctrina extranjera en el siguiente supuesto:

Una mujer, mediante el empleo de la violencia física por sí misma o acompañada por otra mujer, dominen al sujeto pasivo y realicen maniobras sobre su miembro viril y una vez obtenida la erección una de ellas se lo introduzca en la vagina o en la boca. Esto último también puede hacerlo la mujer para obtener la erección del miembro viril. Lo mismo sucede cuando emplea como medios comisivos la amenaza o la intimidación.[8]

De cualquier manera, dejan a lado al varón en este supuesto, puesto que él también podría motivar la erección del sujeto pasivo para introducirlo vía bucal o anal. Para aclarar esta duda, existe otra tesis que lo deja más claro:

> Sumilla. La práctica sexual de la felación activa en menor de edad —esto es, la conducta del agente consistente en introducir en su cavidad bucal el pene de un menor— constituye delito de violación sexual de menor de edad. Para el "acceso carnal vía bucal" sin que medie violencia o amenaza —una de las modalidades de delito de violación sexual de menor de edad prevista expresamente en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal—, si bien resulta indispensable la utilización del órgano sexual humano, la conducta no se configura únicamente cuando el agente —sujeto activo del delito— introduce su miembro viril en la cavidad bucal del menor (felación pasiva). El sentido normativo-valorativo del

Enrique Escobar Ángeles quien estima que la violación inversa no se encuentra regulada en la legislación invocada. Ponente: Irma Rivero Ortiz de Alcántara. Secretario: Raúl García Chávez.

7 Luis Humberto Abarca Galeas, *Delitos Sexuales* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010), p.165.

8 *Ibídem*, p. 127.

> referido ilícito penal permite que el mismo se configure también cuando el agente introduce en su propia cavidad bucal el órgano sexual de la víctima. No debe soslayarse que mediante la modalidad delictiva de violación sexual de menor de edad en referencia se sanciona a quien "tiene acceso carnal por vía bucal" con un menor de edad, de lo cual se observa que para la configuración de la referida conducta delictiva los medios resultan indeterminados, pudiendo ser uno de los mismos la propia cavidad bucal del sujeto activo del delito. Esta interpretación guarda consonancia con el bien jurídico protegido en el delito de violación sexual de menor con edad inferior a catorce años, esto es, la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual", ello en tanto que se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, siendo lo protegido las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.[9]

La violación inversa resulta de una acción en la que le sujeto activo provoca u obliga al pasivo a sostener relaciones sexuales, bien como dice la jurisprudencia, aun cuando el activo introduce el pene del sujeto pasivo a la cavidad bucal o cuando hay acceso carnal de la misma manera, obligando al pasivo a sostener relaciones sexuales. Aunque hasta aquí se hace referencia a un supuesto limitado en el que la víctima es menor de edad o incapaz de comprender lo sucedido, puede haber otros supuestos en los que haya violación inversa en los que la mujer —como en el caso de la película *Perdita Durango*— es la que incita a la víctima a la erección y se completa el coito no deseado por el varón.

Otro supuesto que no llegó a concretarse en relación a la violación inversa desde el punto de vista normativo en una propuesta realizada por el diputado Miguel Francisco La Torre Saénz en el sentido de identificar como sujeto pasivo solo al varón; de hecho existe la propuesta de reforma legislativa para el código penal de Chihuahua de 2007[10] con la propuesta siguiente:

> DECRETO:
>
> Artículo único. - Se agrega el artículo 172.° bis al Código Penal del Estado de Chihuahua para quedar de la forma siguiente:
>
> Artículo 172.° bis.
>
> Comete el delito de violación inversa la persona que se haga acceder carnalmente el miembro viril, ya sea contra la voluntad del hombre, utilizando el em-

9 "Felación activa en menor de edad: violación a la inversa y principio de legalidad", R.N. 189-2017 de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 31 de agosto de 2017.

10 Propuesta para reformar el Código Penal de Chihuahua, LXV Legislatura, 11 de julio de 2017.

> pleo de la fuerza física o moral; o cuando exista ausencia de voluntad cuando el sujeto pasivo se encuentra privado de la razón o del sentido o no es capaz de conciencia y ni de voluntad, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no es capaz de oponer resistencia.
>
> A este delito se le impondrán las mismas penas previstas en los artículos 171.° y 172.°, correlativamente.

La propuesta fue desechada por el pleno de los diputados debido a que el delito que ya se encontraba en la legislación penal señalaba la cópula en general[11] y no hace distinción en cuanto al verbo rector, es , a la realización de la cópula, y por ende el tipo básico le es indistinto si introduce o se hace introducir, lo único que interesa es que exista penetración y que en este medie la violencia física o moral. El elemento preponderante es la disponibilidad del bien jurídico y su afectación a la capacidad para permitir la cópula, ya que, de lo contrario, con independencia del activo o quien penetra en la relación sexual se está vulnerando la libertad o intangibilidad sexual de la víctima y se le está privando del derecho a discernir en el plano sexual.

La hipótesis de violación mediante engaño como violación inversa

La violación sexual mediante engaño puede presentarse de distintas maneras; la puede llevar a cabo tanto mujeres como hombres en el papel de sujeto activo, aunque se ha considerado la virginidad como un elemento de prueba para ser tutelado penalmente: la concepción de que un hombre pueda ser violado ha terminado con el machismo imperante que mantenía el retroceso en los delitos sexuales.[12]

El término *engaño* se define como el hacer creer a alguien que algo falso es verdadero, perjudicando a la persona contra quien se comete.[13] La violación mediante engaño se configura cuando una persona tiene acceso carnal —que forzosamente en nuestra legislación deberá ser menor de edad— mediante el engaño, que impide o dificulte la libre elección de la voluntad de la víctima tal y como lo establece el Código Penal Federal:

> Artículo 262.°

11 Sesión del Congreso de Chihuahua del día 11 de diciembre de 2017.

12 Guilherme De Souza Nucci, *Crímenes contra la dignidad sexual* (Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014), p. 96.

13 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “engaño”, versión electrónica.

> Al que tenga cópula con persona mayor de quince años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

La naturaleza del delito se da cuando hay cópula; sin embargo, en este tipo de delitos solo existirá la cualidad de la víctima cuando es mayor de quince años y menor de dieciocho. Aunque podría darse el supuesto del engaño en persona mayor, en nuestra legislación no existe tal hipótesis, pero ¿qué pasaría en los siguientes supuestos?: Para la satisfacción lasciva del sujeto activo engañando a la víctima de distintas maneras, a saber: 1) Un hermano gemelo se hace pasar por el auténtico para mantener relaciones sexuales con la novia, esposa, o pretendiente; 2) El sujeto activo en una fiesta de disfraces se hace pasar por el marido, consigue mantener relaciones sexuales con el sujeto pasivo que no lo identifica; 3) Mujer inexperta entra a revisión ginecológica, durante la cual el médico aprovecha tal desconocimiento y mantiene la cópula con la paciente; 4) Mujer homosexual falsifica acta de nacimiento y se hace pasar por hombre, enamora a la joven con la cual sostiene relaciones sexuales con pene falso; 5) El sujeto activo, bien sea mujer u hombre, simula casamiento para mantener relaciones sexuales.[14]

Ahora bien, en esta rara configuración es posible imaginar la violación inversa, pues se puede pensar que efectivamente el discernimiento fue viciado por el sujeto activo con el fin de poder acceder carnalmente.

Bien jurídico tutelado

La doctrina jurídico-penal en torno al bien jurídico ha sido históricamente entendida como un derecho subjetivo, no obstante, se trata de conceptos distintos. Existen, tal como dice el gran jurista alemán Edmundo Mezger, "numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo"[15] y en los que, sin embargo, se lesiona o pone en peligro un bien jurídico. El concepto técnico de derecho subjetivo implica que el derecho objetivo se pone, en cierto modo, a disposición de una voluntad o un interés particular.[16] Representa así un mecanismo de distribución y protección de los bienes jurídicos, pero no necesariamente se identifica con ellos.

---

14 Guilherme De Souza Nucci, *Op.Cit*.

15 Edmundo Mezger, *Tratado de Derecho Penal Vol. I* (Buenos Aires: Hammurabi, 2010): pp. 399.

16 Tomás Salvador Vives y Manuel Cobo del Rosal, *Derecho penal. Parte general* (España, Tirant lo Blanch, 1999).

También se ha identificado el bien jurídico con la idea de interés. Algunos juristas, como Nawiasky, indican que en vez de bien jurídico se puede hablar de fin jurídico o interés jurídicamente protegido.[17] Para refutar esta teoría citamos a Bettiol quien estima que "el interés es un término que expresa una relación. No es un punto de llegada sino un trámite hacia el punto de llegada".[18] Para el maestro Manuel Cobo Del Rosal el interés, en un sentido más propio, comporta la idea de utilidad, idea que compartimos, pues todo estado de cosas que de cualquier modo beneficia a alguien es, para él, un interés.

Esta consideración puede ayudar a poner de manifiesto la diferencia existente entre interés y valor. La vida de una persona es un bien jurídico que el derecho le reconoce, pero a la vez, puede representar un interés para quienes dependen de él. No obstante, puede darse el caso de que el titular de la vida no se halle interesado por ella (porque se trata de una vida desdichada o por cualquier otra razón). Pueden imaginarse supuestos de bienes por los que nadie tenga interés, incluso tratándose de la misma vida propuesta como ejemplo. En este sentido, el concepto de bien jurídico no puede tampoco modelarse sobre la idea de interés.

La doctrina penal italiana estima el concepto de bien jurídico como un apoyo sobre la idea de valor, que expresa de modo más adecuado las exigencias éticas que se hallan (o habrían de hallarse) en la base de todo ordenamiento jurídico que merezca ese nombre.[19] Por lo tanto, para el presente trabajo podemos definir el bien jurídico como todo valor de la vida humana protegida por el derecho, o mejor aún, en palabras del maestro Arturo Zamora: "Que el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro".[20]

El bien jurídico en los delitos relacionados al plano sexual, tanto la jurisprudencia como la codificación penal hacen referencia a la libertad sexual, la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual, indistintamente para personas mayores, menores e incapaces. Nuestros legisladores no se han preocupado por marcar la diferencia abismal que existe entre bienes jurídicos de personas mayores y menores, al no delimitar el objeto de tutela. Esto trae pro-

17 Diccionario Jurídico 2000, versión electrónica.

18 Tomás Salvador Vives y Manuel Cobo del Rosal, *Op.Cit.*, p. 293.

19 Arturo Rocco, "L` oggeto del reato e della tutela giuridico penale en opere", como se cita en *Cuerpo del delito y tipo penal*, Arturo Zamora Jimenez (México: Angel, 2000): pp. 73 y ss.

20 *Ibídem*.

blemas al momento de la interpretación de la Ley, pues el menor —al carecer de esa libertad— queda desprotegido de los reales valores que afectan gravemente su desarrollo psicosexual. En este sentido estimo necesario proponer un bien jurídico bifronte; para los menores e incapaces será la indemnidad sexual, mientras que para los mayores seguirá siendo la libertad sexual, como lo veremos a continuación.

El bien jurídico en persona menor es donde radica la división de la doctrina antes aludida; existe el interés de estos menores sobre su derecho a la madurez y a su desarrollo sexual, tanto psíquica como físicamente, y que en su momento Cobo Del Rosal llamó indemnidad sexual, como objeto de protección de los menores por parte del derecho penal.[21] En este caso lo que se viene a prohibir no es la lesión de una libertad que ostente el menor, sino algo previo a ella, y merecedor incluso de una tutela reforzada, su integridad sexual, es decir su indemnidad sexual.[22]

Propuesta para sustituir la de un sector de la doctrina llamada intangibilidad sexual,[23] el profesor Cobo del Rosal considera utilizar este término para precisar la idea, que sin embargo, en cualquiera de los dos casos responde a un mismo fin.[24] En este supuesto esta doctrina ha desarrollado la hipótesis de que en los delitos sexuales con sujeto pasivo menor de edad e incapaz, no se puede proteger la libertad sexual de estas víctimas puesto que carecen de dicha libertad, pues presupone una libertad valorativa —esto es la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él—.

Estos autores señalan que en los delitos sexuales cometidos a personas privadas de razón o de sentido, falta —temporal o permanente— de esa capacidad cognoscitiva de comprender las diversas posibilidades y elegir entre

21 Manuel Cobo del Rosal, *Comentarios a la legislación penal*. *Tomo II* (Madrid: 1983), p. 395.

22 Manuel Cobo del Rosal, *Op.Cit*.. p. 1567.

23 Juan José González Rus, *La violacion en el codigo penal español* (tesis, Universidad de Granada, 1978), p. 25. Para este autor la intangibilidad sexual no significa el impedimento o la dificultad del desarrollo sexual de ciertos sujetos como las mujeres privadas de razón o menores de doce años; se aplica más de lo que pueda hacerlo el reconocimiento de la libertad sexual o cualquier otro bien jurídico. También ver: Concepción Carmona Salgado, *Los delitos de abusos deshonestos en el código penal español* (España: Universidad de Granada, 1979); José Miguel Zugaldía Espinar, *Los delitos de rapto en el código penal español* (España: Universidad de Granada, 1977).

24 Este autor considera que el término "indemne" esta menos materializado y amplio, y que puede ser más específico y expresivo en el idioma español que el de "intangibilidad".

ellas, así como la de actuar conforme a esa elección, no se puede atacar una libertad sexual de la víctima, que es inexistente. La Ley asume que estas personas tienen el derecho de negarse a la realización del acto sexual, lo que nos hace suponer que tienen libertad de elegir positiva o negativamente, contrario a lo establecido por las personas antes citadas, puesto que cualquier consentimiento no tendrá validez a los ojos de esta teoría. A este respecto, Diez Ripolles afirma que "no se puede presumir la capacidad para oponerse y, por tanto, su capacidad de determinarse libremente y, por otro lado, negar validez al consentimiento, que implica también la capacidad de determinarse libremente".[25] En concreto no podemos decir que existe capacidad para ser libre cuando no la hay para consentir.

Para Tamarit Sumalla, el bien jurídico en los delitos sexuales con sujeto pasivo menor de edad e incapaz es la libertad sexual negando así la indemnidad e intangibilidad, pues según este autor "adolecen de contenido autónomo respecto de otros intereses, como las que se encierran tras las ideas de moral sexual, libertad sexual o salud psíquica del menor".[26] No compartimos esta posición, puesto que el Derecho penal debe basarse en aspirar a proteger bienes jurídicos en relación con las características objetivas del sujeto pasivo, por lo que en este último apartado seguimos en la línea de Cobo Del Rosal y Quintanar Diez, pues en su acertada visión estas víctimas tienen el derecho de estar exentas y libres de cualquier daño referente a su sexualidad.

Tal y como refieren, estos autores entienden que "se trata de un proceso de formación educativa en el ámbito sexual en el caso de menores de edad, resaltando la importancia del amplio proceso formativo y educativo, desde el niño hasta el joven, de no sufrir lesiones interrupciones o perturbaciones graves que pueden se irreversiblemente traumáticos que se manifiestan en el proceso psicobiológico, lo que supone atentados contra la dignidad y la integridad física y psíquica del menor".[27]

Asimismo, declaran: "En el caso del incapaz, se trata de tutelar el derecho a su integridad psicofísica prohibiendo todo género de agresiones,

25 José Luis Diez Ripolles, *La protección de la libertad sexual* (Barcelona: Bosch, 1985), p. 25.

26 Josep Tamarit Sumalla, *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual* (España: Aranzadi, 2002) pp. 67-68.

27 Cobo del Rosal, *Op.Cit*., p. 1569. en el mismo sentido, Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial* (España: Tirant lo Blanch, 2019), p. 196, menciona que más que la libertad del menor se pretende proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad.

en un plano, como el sexual, en el que el presupuesto de madurez se erige en obstáculo, por su ausencia en el caso de los incapaces, insalvable a los efectos del ejercicio en plenitud de facultades del derecho a la libertad sexual".[28]

Por todo esto cabe hacer la siguiente reflexión: con relación a las personas mayores el bien jurídico que se protege será la libertad sexual, pues la persona mayor tiene la posibilidad de elección —por su madurez y nivel de desarrollo volitivo— de elegir su desarrollo en el plano sexual, mientras que para persona menor e incapaz se trata de proteger el derecho a un adecuado proceso de desarrollo y formación en el plano sexual, es decir, a la indemnidad sexual, para llevarlo a cabo.

Debe reconocerse la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores proclamados desde un sector de la doctrina como algo diverso a la libertad sexual, aunque ello no haya obedecido a un afán de emprender una dirección moralizadora de los delitos relativos a los menores sino a la voluntad de comprender la diferente naturaleza de los delitos.

Estructura Típica

Con la reforma a la codificación penal en México para reconocer la violación equiparada, cabría el supuesto del sujeto activo indistinto para el delito de violación, pues se reconoce al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto al pene, por medio de la violencia física o moral,[29] además de la *felatio in ore*. De esta manera se deja atrás el estimar como único sujeto activo al hombre al incluir conductas sexuales involucrando la penetración no solamente vía vaginal.

No obstante, la Suprema corte hace referencia al pederasta (ya citado supra),[30] es decir, en sentido masculino, lo que deja un vacío legal en relación al

28 Cobo del Rosal, *Op.Cit*. p. 1569. Una vez más, Muñoz Conde señala que en el caso del incapaz sería evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.

29 La violencia física se puede acreditar también con la finalidad de anular o vencer su resistencia, Tesis Jurisprudencial 123/2008, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX en sesión de fecha de inicio de noviembre de 2008, publicada en marzo de 2009, p. 396.

30 Amparo directo 350/2008 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 21 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos con salvedad del Magistrado Enrique Escobar Ángeles quien estima que la violación inversa no se encuentra regulada en la legislación invocada. Ponente: Irma Rivero Ortiz de Alcántara. Secretario: Raúl García Chávez. En el mismo sentido, ver el Amparo

supuesto de la mujer como sujeto activo de una acción que violenta la libertad o indemnidad sexual de la víctima siendo varón o mujer, pues la acción se concreta precisamente al violentar la voluntad del sujeto pasivo: en el caso de hombre, cuando este es incitado a una erección no consentida y se lleva a cabo la cópula por parte del sujeto activo que es mujer; en el caso también de la mujer como sujeto pasivo en el que otra mujer incita o le engaña para mantener relaciones sexuales.

Pensemos en el caso de la mujer que se hace pasar por hombre para mantener relaciones sexuales con un pene postizo; en las dos maneras se está anulando tanto la voluntad sexual como el engaño, a pesar de que el sujeto activo es una mujer. Estos hechos fácticos no han sido considerados ni por la doctrina ni la jurisprudencia ni la legislación.

Elemento subjetivo

El delito es doloso, pues no existe una forma culposa por la naturaleza del mismo. Se demanda el elemento subjetivo especifico consistente en la satisfacción lasciva, el acceso carnal es buscado para el placer sexual del sujeto activo, aun sin llegar al orgasmo. El elemento especifico es fundamental en varios casos de violación sexual inversa, podría presentarse el elemento sujeto de la venganza en el que la intención de la satisfacción sexual lasciva no sería el móvil del crimen.

Clasificación del tipo y particularidades

El delito puede ser común o indiferenciado, y de forma libre por ser cometido por cualquier medio por el sujeto activo. Es un delito material, demandando el resultado natural o consistente en el efectivo daño en el plano sexual de la víctima; no se trata de un delito de actividad sino material en el sentido de acceso carnal con la actitud de dañar o menoscabar el bien jurídico tutelado que deberá generar un efecto negativo a nivel psicológico o físico de la persona ofendida, lo que será suficiente para constituir el resultado evidente y necesario para su reproche.

El delito es comisivo, no de omisión. Es instantáneo con el resultado violación carnal, constituye un delito de daño pues como lo hemos reiterado afecta la libertad e indemnidad en el plano sexual; es uniobjetivo porque se comete por una persona, y puede ser plurisubsistente si se cometen varios ac-

directo en revisión 1260/2006, resuelto en sesión del 28 de septiembre de 2016.

tos. Admite la tentativa y rara configuración, la figura ya consumada es difícil establecer en el campo de la realidad a partir del principio de ofensividad y de mínima intervención.

Me parece que debe incluirse esta figura de la violación sexual inversa en la legislación nacional ya que no se trata de un delito común. La idea de la *ultima ratio* es primordial para el derecho penal; sin embargo, considero que se debería hacer un estudio dogmático, criminológico y penal para su inclusión en la legislación.

Conclusiones

La violación inversa, aunque la reconoce la Suprema Corte de Justicia y los códigos penales de Ciudad de México y Chihuahua, es un delito poco conocido en nuestro país; por lo tanto, se debería tipificar en toda la legislación nacional. Los casos de violación inversa, dentro de nuestra jurisprudencia, son escasos debido a la alta cifra negra y a la falta de regulación, pero sobre todo a la falta dogmática sobre el tipo penal en la doctrina penal mexicana. El bien jurídico protegido en la violación inversa, al igual que en la violación propia o genérica, es la libertad e indemnidad sexual, tal como lo ha establecido la doctrina más avanzada en la fragmentación del derecho penal sexual.

Bibliografía

Abarca Galeas, Luis Humberto. *Delitos Sexuales*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.

Carmona Salgado, Concepción. *Los delitos de abusos deshonestos en el código penal español*. España: Universidad de Granada, 1979.

Cobo del Rosal, Manuel. *Comentarios a la legislación penal*. *Tomo II*. Madrid: 1983.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. "Felación activa en menor de edad: violación a la inversa y principio de legalidad". R.N. 189-2017, 31 de agosto de 2017.

De Souza Nucci, Guilherme. *Crímenes contra la dignidad sexual*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. "Engaño", 2020. versión electrónica.

Diccionario Jurídico 2000. versión electrónica.

Diez Ripolles, José Luis. *La protección de la libertad sexual*. Barcelona: Bosch, 1985.

González Rus, Juan José. *La violacion en el codigo penal español*. Tesis, Universidad de Granada, 1978.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía (INEGI). "Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2019. Principales resultados". 24 de septiembre de 2019. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf

Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal Vol. I*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. España: Tirant lo Blanch, 2019.
Tamarit Sumalla, Josep. *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual*. España: Aranzadi, 2002.
United Nations Statistics Division. *The world's women 2000. Trends and statistics*. Nueva York: Naciones Unidas, 2000.
Vives, Tomás Salvador y Cobo del Rosal, Manuel. *Derecho penal. Parte general*. España, Tirant lo Blanch, 1999.
Zamora Jiménez, Arturo. *Cuerpo del delito y tipo penal*. México: Angel, 2000.
Zugaldía Espinar, José Miguel. *Los delitos de rapto en el código penal español*. España: Universidad de Granada, 1977.

CAPÍTULO XIV

Derechos humanos de los migrantes en México. Aspectos sociales e interseccionalidad

Antonio Fierros Ramírez y Paula Ochoa Báez[1]

México se ha convertido en una nación de paso para muchos migrantes centroamericanos que buscan alcanzar el "sueño americano", mas lo extenso de su territorio y las dificultades que enfrentan han ocasionado que muchos desistan prefiriendo instalarse en México, mientras que otros se han vuelto presa de grupos criminales que toman ventaja de su condición migratoria irregular. Ante ello, el estado mexicano se ha visto en la necesidad de cambiar su legislación y las políticas migratorias para garantizar la protección de sus derechos humanos. Sin embargo, las violaciones a sus prerrogativas siguen en aumento, encontrándonos ante una situación en extremo delicada que debe ser analizada bajo todas las aristas.

Introducción

No convivimos en el mundo de forma aislada ni representamos papeles solitarios en mundos paralelos. La diversidad característica del ser humano, ana-

1 Antonio Fierros Ramírez se desempeña como Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, llevó a cabo estudios de Posgrado en la Universidad de Castilla – La Mancha campus Toledo, así como en la Universidad de Salamanca, y es Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Paula Ochoa Báez también labora para el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, llevó a cabo estudios de Posgrado en la Universidad de Guanajuato, así como en la Universidad de Barcelona y en la Universidad de California campus Davis.

lizada bajo la luz de los derechos humanos, ha traído a la luz la interseccionalidad como base conductual de la autoridad, punto de fuga para la aplicación de normas y plataforma en el estudio de casos.

Debemos entender la finalidad de la interseccionalidad en el estudio de los procesos migratorios como el medio idóneo para generar una sinergia proteccionista de los derechos humanos. Como es sabido, desde finales del siglo XX el tema de la migración es y ha sido uno de los focos de alarma sobre violaciones a derechos humanos, supuesto que se vuelve aún más delicado cuando al estatus de migrante se le suman otras categorías identificadas como vulnerables, tal es el caso de: mujeres, menores de edad, personas con discapacidad, individuos pertenecientes a pueblos indígenas, mujeres embarazas o lactantes, etc.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de interseccionalidad? Este concepto, a pesar de su reciente utilización dentro de la jurisprudencia internacional, tiene sus orígenes en el siglo pasado, atribuyéndosele a Kimberlé Crenshaw,[2] pero su expansión no aconteció sino a partir del 2001 como un paradigma que se enfoca en el análisis de las composiciones de cada comunidad para efectuar una integración de sus miembros que resulte más equitativa ante la complejidad interseccional que representa la discriminación; es decir, se trata de tomar en consideración las diversas características de cada individuo para determinar la variedad de grupos de vulnerabilidad a los que se encuentra ligado el sujeto, ello con la finalidad de acrecentar la comprensión de los casos concretos y darles una solución integral y adecuada.

En palabras de Raquel Guzmán, se trata de una interpretación cognitiva de las diferencias existentes entre los individuos, "una alternativa crítica hacia las demandas aditivas. No sucumbe a la espontaneidad de la opresión y la discriminación como una fórmula aritmética […] pues ello deriva en prácticas totalizadoras y esencializadoras, diluyendo el valor de las diferencias".[3]

En ese entendido, Mahalingam efectúa una clasificación primaria de esta que deviene importante para el tema de la interseccionalidad dentro de la migración: a) los grupos sociales no son considerados como homogéneos; b)

2 *Cfr.* Nira Yuval-Davis, "Intersectionality and Feminist Politics", *European Journal of Women's Studies* 13 (2006): pp.193-209.

3 Raquel Guzmán, *Hacia un análisis interseccional de los procesos migratorios feminizados y la ciudadanía* (España: Universidad de Sevilla, 2009): pp. 571 y 572, consultado el 15 de noviembre del 2020, https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/39425/Pages%20from%20Investigaci%F-3nyG%E9nero_09-4.pdf;jsessionid=880C3BFB4D369A3DCEE4212880D68198?sequence=1

las personas pueden estar localizadas en términos de estructuras sociales que capturan las relaciones de poder implicadas por esas estructuras (patriarcado, racismo, clasismo, heterosexismo); y c) hay efectos únicos, no aditivos, en estas interacciones e intersecciones.[4]

Derechos Humanos de los migrantes en México

Por lo que respecta a México, se puede hablar de un exponencial crecimiento en la adopción de los Derechos Humanos desde las reformas constitucionales del 2011, lo que también implicó un resalte en la problemática social respecto a la capacidad del estado mexicano como garante de dichas prerrogativas a las y los migrantes que eligen este país como destino o tránsito.

Pero hablar de migración no es un tema exclusivo del siglo XXI; por el contrario, los desplazamientos han tenido lugar desde el origen del ser humano, mas no fue hasta los magnos desplazamientos humanos ocasionados por los peligros de los enfrentamientos bélicos que la Organización de las Naciones Unidas se encontró frente a frente con movimientos migratorios masivos que implicaban miles de refugiados y asilados, a quienes resultaba imperioso garantizarles una vida digna con acceso a todos los servicios básicos en el nuevo país de residencia.

Desde el 10 de diciembre de 1948 la Organización de las Naciones Unidas es referente primordial cuando se habla de una garantía internacional de prerrogativas, al establecer en su preámbulo que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".[5] Dicho texto se compone de 30 artículos que se han convertido en la base de todos los tratados y convenciones posteriores, supuesto que ha llevado aparejada la creación de instituciones protectoras y garantes de los Derechos Humanos.

Un claro ejemplo de lo anterior es la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la cual, ante los desplazamientos que ocasionan los conflictos bélicos y el grado de inseguridad al que se enfrentan millones de migrantes, sigue en actividad constante a pesar de haber

4 Ver: Ramaswami Mahalingam, Sundari Balan y Jana Haritatos, "Engendering Immigrant Psychology: An Intersectionality Perspective", *Sex Roles* 59 (2008): pp. 326-336.

5 Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Paris, 1948), consultado el 6 de febrero de 2019 https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

sido creada con una expectativa de vida de tres años. Por lo que, actualmente, cuenta con más de dieciséis mil personas laborando en 138 países, debido al incesante flujo de refugiados que han traído las guerras del siglo XXI y los desastres medioambientales.

Acorde con la base de datos de la Agencia de la ONU para los Refugiados, las cifras son cada vez más alarmantes alcanzando niveles sin precedentes, pues existen 68.5 millones de personas en todo el mundo que se han visto forzadas a desplazarse convirtiéndose en migrantes, de los cuales 25.4 millones son menores de 18 años, cantidades estratosféricas; entre ellos tan solo 102 800 refugiados han podido ser reasentados.[6]

Según la ACNUR, 44 400 personas se ven obligadas a huir de sus hogares cada día debido a los conflictos y las persecuciones. Además, se estima que existen 10 millones de personas apátridas a quienes su situación les ha generado la negativa al acceso de derechos básicos de educación, salud, empleo y libertad de movimiento.[7]

La norma internacional ha sentado no solo las bases de los Derechos Humanos, sino que ha ido más allá al dar vida a normas y sistemas efectivos para garantizar las prerrogativas de los grupos vulnerables, como son los migrantes, refugiados, asilados y apátridas. No obstante, son los Estados —como garantes principales— quienes deben responder ante la comunidad de naciones asegurando el cumplimiento de los derechos fundamentales.

El punto de fuga en la evolución de los Derechos Humanos en México, como se menciona al inicio, tuvo lugar en 2011. Entre los grandes cambios se encontró el principio *pro homine* y la reforma a varios artículos de nuestra Carta Magna; unas de las principales modificaciones fueron las efectuadas al artículo primero, mediante las cuales se enfatizó el respaldo de los derechos fundamentales del hombre por parte del Estado, preponderando la libertad, la igualdad y la no discriminación, y estableciendo la obligación de protección a los derechos humanos de cualquier individuo que se encuentre en territorio mexicano, aplicándole siempre la norma más favorable.

Por tanto, la obligación de protección del Estado Mexicano hacia las personas que se encuentren en territorio mexicano incluye a todos aquellos migrantes independientemente de la situación jurídica o política con que se

6 "Datos básicos", Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), consultado el 11 de febrero de 2019, https://www.acnur.org/datos-basicos.html

7 *Ibídem*.

encuentren en el país. Sin embargo, ello no ha acabado con las violaciones constantes que viven las y los migrantes; agresiones que se ven potenciadas ante la existencia de dos o más categorías vulnerables. Por tanto, la ley de migración y su reglamento prevén supuestos especiales para que los migrantes cuenten con mejores medios de protección en atención a la interseccionalidad de cada caso concreto.

Dada la importancia y gravedad de la problemática, el establecimiento de las políticas migratorias es un tema que se ha vuelto parte de la agenda principal de países que, como México, tienen un gran flujo de migrantes. Por ello se han fijado principios rectores que permiten marcar pautas a la actuación de la autoridad, enlistándose los siguientes de manera enunciativa más no limitativa:

- Respeto irrestricto de sus Derechos Humanos. Lo cual debe garantizarse a todo ser humano que se encuentre en territorio mexicano, sin importar su condición, preferencia u origen, haciendo especial énfasis en que en ningún caso una situación migratoria irregular implicará un delito ni se "prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición no documentada".[8]
- Congruencia. Implica que México garantice a los extranjeros la vigencia de los derechos que reclama para los mexicanos en el exterior, respecto de la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido.
- Enfoque integral. Es decir que, en atención a un análisis interseccional, deben cubrirse todas las aristas causales y estructurales, al igual que sus consecuencias tanto inmediatas como futuras.
- Responsabilidad compartida. Si bien México debe garantizar los derechos de los migrantes dentro de su territorio, ello no implica que no exista una correlación y colaboración con los gobiernos de los diversos países e instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio.
- Hospitalidad y solidaridad internacional. Las políticas deben ir encaminadas a crear un ambiente de acogida y respeto no solo por parte de las autoridades, sino también de los ciudadanos para con las personas que necesitan un nuevo lugar de residencia temporal o permanente.

8 Artículo 2.° de la Ley de Migración, Diario Oficial de la Federación, 2011, consultado el 3 de febrero de 2019 en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf

- Facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad. Significa que debe fortalecerse la contribución de la autoridad migratoria a la seguridad pública en todas las regiones del país, con especial enfoque en el combate contra el crimen organizado, tráfico o secuestro de migrantes y trata de personas en todas sus modalidades.
- Complementariedad de los mercados laborales con los países de la región**.** La búsqueda de esto significa que se debe colaborar con las diversas naciones para reglamentar mejor la migración laboral y que esta sea acorde a las necesidades nacionales.
- Equidad. Tanto nacionales como extranjeros tienen derecho a que las autoridades mantengan la máxima observancia de las garantías individuales previstas por la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.
- Reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes. Mientras el migrante haya satisfecho y actuado conforme a las leyes de cada materia, no podrá verse afectado en sus bienes, trabajo o derechos generados, sin que ello dependa de su situación migratoria.
- Unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente. El gobierno mexicano velará siempre porque en los procesos migratorios las familias no sean separadas y dará especial protección a los menores, en especial cuando viajen solos. Ello en atención a que la unidad familiar es un indispensable para un sano y productivo tejido social.
- Integración social y cultural entre nacionales y extranjeros. México es un país pluricultural, donde la libertad de creencias, pensamientos y opinión es fundamental, por tanto, quienes residen en él deben respetar el multiculturalismo, la libertad de elección y el pleno respeto de las culturas y costumbres, siempre y cuando no vayan en contra de la norma mexicana.

De lo anterior debemos destacar que, si bien la garantía de todos los derechos humanos es vital dada su interrelación, para propósito del presente trabajo se hablará de la imperiosa necesidad del acceso a la procuración de justicia, a los servicios de educación y a la atención médica, sobre todo cuando tenga carácter de urgente; lo anterior con el único requisito de los previstos por la

ley para cualquier mexicano. Igualmente, en todos aquellos procedimientos donde se vean involucrados niñas, niños y adolescentes migrantes, se preponderará el interés superior de los menores, más aún en los casos en que viajen solos, debido a que son un grupo en extremo vulnerable.

Aspectos sociales e interseccionalidad

Como es sabido, México es una frontera vertical para los migrantes centroamericanos que anhelan alcanzar el "sueño americano". Si bien los individuos cuentan con toda la protección legal para la garantía de sus Derechos Humanos en nuestro país, lo cierto es que la irregularidad de su situación migratoria, lejos de beneficiarlos, les genera un perjuicio puesto que le dificulta al Estado mexicano el poder garantizar sus prerrogativas.

No obstante, lo anterior de ninguna manera significa que ingresar al país ilegalmente se vuelva una conducta delictiva; menos aún, no debe considerarse como motivo para ejercer violencia de cualquier índole sobre ellos. Queremos ser claros y contundentes respecto a que la situación migratoria no impedirá ni perjudicará, en forma alguna, el ejercicio de los derechos y libertades contenidos en nuestra Carta Magna, en los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte.

Ello obedece a los principios de igualdad, libertad y no discriminación, lineamientos vectores y universales. Por tanto, independientemente de la calidad jurídica con la que ingresaron al país o con la que permanecen en él, tienen derecho a ser tratados sin discriminación y con el debido respeto a sus derechos humanos, por lo que todas las autoridades, sin importar su nivel, tendrán como prioridad garantizar su seguridad jurídica y personal. Esto sin traspasar los límites jurisdiccionales y las facultades que la ley les confiere, por lo que, tratándose de la presentación de migrantes en situación irregular, solo podrá ser llevado a cabo por el Instituto de Migración, cuyas autoridades les proporcionarán información sobre todos los derechos previstos por la norma aplicable.[9]

En ese sentido, es importante recalcar que, si bien la ley mexicana prevé la presentación ante las autoridades del Instituto de Migración, esto no debe ser considerado ni procesado como si se tratase de una detención que encuadre en el ámbito criminal, sino que se trata de un trámite administrativo por el cual no podrán ser detenidos más de 36 horas, durante las cuales se les

9 Ver: *Ibídem*, artículos 69.°, 70.° y 102.°.

alojará en condiciones dignas. Por tanto, no podrán ser habilitadas como estaciones migratorias los centros de encarcelamiento, de reclusión preventiva o de ejecución de sentencias, o cualquier otro inmueble que no cumpla con las características y servicios que permitan una buena calidad de vida y satisfagan todas las necesidades humanas; razón por la cual no podrán albergar a un número de migrantes que supere su capacidad física.

Estas estipulaciones son previstas por la Ley Migratoria de manera enunciativa mas no limitativas, a las que deben anexárseles las prerrogativas de los presentados al momento de su ingreso en las estaciones o estancias migratorias.[10]

Como puede verse, la legislación mexicana es en extremo garantista, ello debido a que los legisladores buscaron abarcar todos los vértices con la intención de proporcionar un mayor y mejor marco legal que sirva de colchón y freno ante las violaciones de derechos humanos que día a día sufren las y los migrantes que transitan por nuestro país. Sin embargo, haremos una crítica al numeral 145.° de la Ley de Migración, mismo que contiene la hipótesis de la imposición de una multa a todos aquellos extranjeros que soliciten la regularización de su situación migratoria, salvo los supuestos de las fracciones III, IV y V del artículo 133.° de esta Ley no serán acreedores a ninguna multa.

Si bien el artículo en mención contiene excepciones y no versa sobre personas en condiciones de asilados, con protección complementaria, refugiados o visitantes por razones humanitarias, lo cierto es que de igual forma resulta contrario a la calidad humana y al espíritu de hospitalidad, aunado a que contraviene el ánimo de estudio interseccional que la comunidad internacional ha impulsado, resultando evidentemente transgresora la imposición de una multa, dado que dicho concepto implica una sanción económica derivada de la comisión de una falta, lo que no es propio del espíritu de la norma.

Como ya se mencionó, fuera del numeral 145.° antes mencionado la norma mexicana es en extremo garantista; no obstante, lamentablemente, los supuestos hipotéticos de las normas y la realidad no siempre son paralelos. Se han explicado algunas de las prerrogativas y los principios que deben regir la actuación de la autoridad para garantizar los Derechos Humanos de los migrantes. Nuestra Carta Magna, los tratados y convenios internacionales son extensos y proteccionistas, la dignidad humana, la libertad, igualdad, seguridad y no discriminación son los estandartes que ondean en los discursos y asambleas. Sin embargo, las violaciones a los derechos, los asesinados, las

10 *Cfr. Ibídem*, artículo 109.°.

desapariciones, la trata de blancas, la esclavitud, entre otros, siguen siendo el pan de cada día; inclusive, las políticas migratorias mexicanas son contrarias a la supuesta protección que se proclama.

Por su situación geográfica, México es un país de tránsito para los migrantes que van de Centroamérica hacia Estados Unidos de Norteamérica. La inseguridad que se vive en Belice, Nicaragua, Guatemala, Honduras y El Salvador, junto con sus condiciones económicas, son los principales motivos de los nacionales de estos países para abandonar su hogar en busca de una mejor calidad y mejores condiciones para sus familias.

Esto implica un reto para las autoridades mexicanas, quienes han tenido que modificar sus políticas migratorias para dar respuesta a los altos flujos migratorios. Según el INEGI, en 2010, en México habitaban 961 121 migrantes, cifra que aumentó en 2015 a 1 007 063, siendo Tijuana la ciudad con mayor cantidad de extranjeros,[11] supuesto que puede comprenderse en razón de las dificultades que muchos migrantes enfrentan al intentar cruzar la frontera con Estados Unidos.

Lo anterior debe contrastarse con los datos que aportó el Instituto Nacional de Migración en 2012, quienes calcularon que cerca de 140 000 migrantes en situación irregular entraban a México cada año, de los cuales 79 643 eran deportados, dato que es sumamente menor si se compara con los proporcionados por asociaciones civiles del ramo, quienes estimaban que se trataba de casi 400 000 migrantes; ambas estadísticas coinciden únicamente por lo que ve a que el origen de dichos migrantes corresponde a diversos países de Centroamérica.[12]

Las políticas migratorias que el Estado mexicano ha implementado ante el incremento constante de migrantes reflejan que lejos de apegarse a lo previsto por la norma nacional e internacional —en aras de garantizar los Derechos Humanos y proporcionar seguridad a los extranjeros con situación migratorio irregular— se enfocan en las deportaciones y en evitar queestos arriben a la frontera norte; enfocándose primordialmente en los centroamericanos, quienes representan la mayor cantidad de migrantes indocumentados.

11 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Intercensal 2015. Principales resultados,* p. 29, consultado el 11 de febrero de 2019, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf

12 *Cfr.,* Inter-American Commission On Human Rights (IACHR), *Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility in Mexico* (Organization of American States, 2013): pp. 31 y 32.

Desde la década de los noventa, la migración centroamericana en tránsito por México ha sido un fenómeno que, por su volumen, alto predominio de la irregularidad y destacada tendencia a presentar abusos y violencia, ha suscitado el interés de políticos, de académicos y de la sociedad civil. Desde entonces se ha producido un apasionado debate público respecto a cómo el gobierno mexicano debe interactuar con estos flujos migratorios, así como las medidas de contención o protección que deberían, o no, ser implementadas.[13]

En las últimas décadas, el territorio mexicano se ha convertido en un corredor migratorio para miles de centroamericanos, situación que ha generado políticas migratorias de contención para detener y expulsar a los migrantes bajo figuras contempladas en la legislación mexicana, "esta implementación de la política migratoria en el país ha sido denominada por varios autores como «frontera vertical»".[14]

El impacto en los números migratorios comenzó a mediados de los años setenta en América Latina debido a los conflictos políticos, guerrillas, narcotráfico y las dificultades derivadas de las crisis económicas. Fue así como pasamos de la migración interna a la internacional, donde el principal país de destino es Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU). De ahí que, en México, el primer antecedente legislativo que regulaba la migración sea la Ley General de Población de 1974.

Mas esta ley no había sido creada para una sociedad donde la migración hacia el país del norte fuera una constante que alcanzara miles de personas cada año, generando que las autoridades cayeran en actuaciones discrecionales por la Dirección General de Servicios Migratorios dependiente de la Secretaria de Gobernación,[15] por lo que no fue sino hasta la década de 1990 cuando los legisladores vieron la imperante necesidad de modificar el marco normativo mexicano, dando vida al Instituto Nacional de Migración como un órgano desconcentrado del gobierno federal con subordinación a la Secretaría de Gobernación. Sin embargo, la Ley General de Población seguía sin conte-

13 Eduardo Torre-Cantalapiedra, y José Carlos Yee-Quintero, "México ¿una frontera vertical? Políticas de control del tránsito migratorio irregular y sus resultados, 2007-2016", *LiminaR* XVI, n.° 2 (julio-diciembre de 2018): pp. 87-104, consultado el 6 de febrero de 2019, https://www.redalyc.org/jatsRepo/745/74556945007/index.html

14 *Ibídem*.

15 *Cfr.* Francisco Alba y Manuel Ángel Castillo, *New Approaches to Migration Management in Mexico and Central America* (Washington, D.C.: Migration Policy Institute, 2012), p. 6, consultado el 11 de febrero de 2019 en: https://bit.ly/2L8vDnP

ner los supuestos necesarios para el flujo migratorio que se detonaría a inicios del siglo XXI.

Fue durante el sexenio de Vicente Fox Quesada (2000-2006) cuando comenzaron a desarrollarse políticas migratorias que permitieran controlar el flujo de migrantes; el conocido "Plan Sur" iba encaminado a establecer barreras o puntos de revisión migratoria en el país, dividiendo el territorio en círculos que abarcaban desde la frontera sur hasta el Istmo de Tehuantepec.[16] En todo caso, a pesar de lo prometedor e innovador del proyecto no funcionó como se esperaba y fue sustituido en 2003 por el plan de fortalecimiento de las delegaciones regionales de la frontera sur. Lamentablemente se mantuvo el mismo error del Plan Sur, al continuar con una política de control en el Istmo que se basada en el uso de la fuerza y la violación a Derechos Humanos;[17] el resultado fue evidentemente fallido y tuvo que volver a modificarse la estrategia de regulación migratoria del país.

Las modificaciones en la política migratoria y el incremento de extranjero transeúntes en México implicó diversos cambios, entre ellos, la creación de más estaciones migratorias que pudiesen cubrir la alta demanda y que se duplicaron en tan solo 5 años, pasando de 25 a 52 unidades. Igualmente notorio fue el cambio en las políticas cuando las estaciones comenzaron a distribuirse en mayor medida por las zonas centro y norte del país.[18] Las modificaciones políticas y administrativas que se llevaron a cabo a inicios de este siglo fueron evidentes; sin embargo, queda la cuestión de si estas obedecían al ánimo proteccionista y paternalista del Estado o si, contrariamente, se buscaba ser un filtro migratorio para nuestro vecino del norte.

Para nadie es sorpresa que los derechos humanos pertenezcan más a la retórica que al existencialismo, donde los elocuentes argumentos se han visto poco reflejados en el actuar de las autoridades. Este auge del paradigma de las prerrogativas humanas comenzó a finales del sexenio de Felipe Calderón, al entrar en esta ola proteccionista los derechos de los migrantes, quienes ya llevaban varias décadas padeciendo la discriminación, violencia e inseguridad en nuestro territorio. Al respecto se pretendió atacar estos problemas colocando como prioridad en la agenda interior y exterior la seguridad nacional y el

16 Yolanda Silva Quiroz, "Transmigración de centroamericanos por México su vulnerabilidad y sus derechos humanos" (tesis de doctorado, El Colegio de la Frontera Norte, 2014), p. 49.

17 *Cfr.* Eduardo Torre-Cantalapiedra, y José Carlos Yee-Quintero, *Op. Cit.*, p. 90.

18 *Cfr.* Rodolfo Casillas, *Una vida discreta, fugaz y anónima: Los centroamericanos transmigrantes en México* (México: CNDH y OIM, 2007).

combate al crimen organizado; a pesar de ello, la propuesta no iba enfocada a la protección de los migrantes, sino al combate del narcotráfico con el desplazamiento de las fuerzas militares, estrategia que lejos de acabar con los conflictos internos devino en la expansión e incremento de la violencia en todo el país, misma que alcanzó a los extranjeros que cruzaban México rumbo a EE.UU, dado que al colocarse el tema migratorio junto al narcotráfico y delitos de gravedad federal, se generó una percepción negativa por parte de las autoridades y la sociedad hacia los extranjeros, y se reforzó la idea de llevar un control migratorio inflexible.[19]

Curiosamente, a la vez que se colocó a la migración como un asunto de seguridad nacional símil al narcotráfico, se trabajó en el reconocimiento de los derechos de los migrantes mediante el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, en cuyo objetivo diez se señalaba como prioridad "construir una nueva cultura de la migración, garantizar […] la protección de los derechos de los migrantes de otros países en suelo mexicano".[20]

De ahí que la disputa se encuentre en la creación de una política migratoria donde coexistan armónicamente el paradigma de seguridad nacional con control férreo y el paradigma de los derechos humanos de los migrantes. Reto singular debido a los polos tan opuestos que se pretenden conjuntar; sin embargo, con miras a la unión entre la seguridad y la garantía de derechos, en 2008 nuestro poder legislativo le dio vida a una reforma sustancial de la Ley General de Población al despenalizar la inmigración indocumentada. Lo anterior fue el primer paso antes de la promulgación de la Ley de Migración de 2011, textos legales que sin lugar a dudas fueron encaminados por el gobierno mexicano en busca de lograr la congruencia entre las exigencias, por un lado, de EE.UU, y por el otro de la comunidad internacional.

Pero las palabras en papel no generaron nada en el día a día de los migrantes, quienes no han corrido con mejor suerte a pesar de la despenalización de la migración irregular. Claro y lamentable ejemplo fue la masacre de San Fernando, donde las violaciones de sus derechos humanos emergieron de entre las sombras, revelando una aterradora realidad que fue acompañada del reporte del 2009 que la CNDH había realizado con anterioridad, sobre la

19 *Cfr.* Francisco Urbano, "La gestión de Felipe Calderón en materia de migración: sin comienzo y sin final", en *Sexenio en perspectiva. Análisis académico del gobierno de Felipe Calderón* (México: Universidad Iberoamericana, 2012): pp. 77-87.

20 Plan Nacional de Desarrollo 2007- 2012, Presidencia de la República del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, consultado el 10 de febrero de 2019, http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/

situación de los indocumentados en México, en el que se indicada "que el número de migrantes que fueron víctimas de privación de su libertad fue de 9758 personas, es decir, más de 1600 secuestrados por mes".[21]

Es altamente probable, sino es que evidente, que hayan sido estos dos antecedentes, junto con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, lo que llevó a las autoridades mexicanas a la promulgación de la Ley de Migración en 2011 y su Reglamento en 2012. Esta normativa, como ya se vio al inicio de este artículo, versa exclusivamente sobre inmigración y migración en tránsito, con énfasis en los derechos de los extranjeros en territorio mexicano.

Lo anterior nos lleva al Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, presentado por Enrique Peña Nieto, en el cual se siguieron priorizando los derechos de los migrantes, reconociéndose y preponderando su protección dentro del territorio mexicano. Con todo eso, la violencia, discriminación e inseguridad que padecen los migrantes ha permanecido. Los discursos y debates de las autoridades continúan, pero mientras no se concreten acciones la situación seguirá empeorando.

Claro ejemplo de la ineficacia de las medidas que el gobierno mexicano ha tomado es que, a pesar del énfasis en el respeto a los derechos humanos de las y los migrantes en la política migratoria, los resultados continúan arrojando números rojos. México es sujeto de obligación sobre el control de la población en su territorio, lo cual incluye el tránsito de migrantes, supuestos ante los cuales las autoridades deben actuar no solo conforme a lo que el estado y los mexicanos requieren, sino también en aras de una comunidad internacional unida que ofrezca protección de los derechos humanos de los migrantes.

La relación entre el Estado, los abusos y violencia en contra de los migrantes y la vulneración de sus derechos permite compendiar cinco dilemas persistentes: 1) por acción o por omisión del Estado, los migrantes indocumentados en tránsito han sufrido abusos y violencia; 2) las políticas mexicanas de control de los flujos migratorios han incrementado los riesgos que implica el tránsito indocumentado por el territorio nacional; 3) existe un déficit de información cuantitativa con respecto a los abusos y a la violencia que los migrantes indocumentados padecen; 4) falta de transparencia y de rendición

21 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *Informe especial sobre los casos de secuestro en contra de migrantes* (México: CNDH, 2009), p. 12, consultado el 6 de febrero de 2019, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2009_migra.pdf

de cuentas de las actuaciones conducidas por el Estado respecto a la migración en tránsito y limitada capacidad para sancionar los abusos cometidos; y 5) gran dificultad para realizar evaluaciones precisas sobre la implementación de las políticas de contención migratoria en México.[22]

Como ya se mencionó, la mayoría de las y los migrantes que año tras año arriban a México provienen principalmente de Centroamérica, región donde las circunstancias políticas, sociales y económicas han afectado brutalmente a su población, siendo causales del alto número de migrantes.

Honduras es un claro ejemplo, pues tras las destituciones mediante golpes de Estado —como el caso de Manuel Zelaya— se han vuelto usuales las reelecciones presidenciales ilegales e inconstitucionales y la persecución de opositores políticos, es decir, su marco democrático normativo es endeble y violentado continuamente. Esta situación ha llevado a una exclusión social y económica grave debido a las barreras políticas, económicas y culturales. Como siempre, los problemas son polifacéticos y la migración centroamericana y la frontera vertical en que se ha convertido México no es la excepción; atacar las violaciones a derechos humanos y la discriminación que los migrantes viven en nuestro territorio requiere de un plan estratégico internacional.

Entre los más recientes ejemplos de migración centroamericana, tenemos la caravana migrante de 2018 —formada por más de 7000 migrantes— con destino a EE.UU., misma que atrajo los focos de la comunidad internacional contraponiendo un sinfín de opiniones. Sin lugar a dudas fue polémico debido a las manifestaciones de las autoridades mexicanas y estadounidenses, ya que fue Donald Trump quien a través de su cuenta de Twitter amenazó con cortar la ayuda a Centroamérica si los migrantes no desistían de su ingreso a EE.UU.

Estos hechos generaron desconcierto en la sociedad mexicana y dividieron a la población entre quienes apoyaban la ayuda humanitaria a los extranjeros y quienes exigían que las autoridades los expulsaran del país. Por tanto, deben aclararse puntos específicos que ayudarán a entender mejor lo ocurrido. Primeramente, se verán las razones para dejar sus hogares y todas sus posesiones y aventurarse en un territorio desconocido e incierto, a saber:

- Inseguridad. Honduras y El Salvador tienen unas de las mayores tasas de homicidios. Small Arms Survey clasificó a los dos países dentro del top cinco más violentos del mundo, junto con Venezuela, Siria y Afganistán.

22 Eduardo Torre-Cantalapiedra, y José Carlos Yee-Quintero, *Op. Cit.*, p. 96.

- Corrupción. Los políticos de Centroamérica, lejos de luchar contra la inseguridad, se han coludido y protegen a los grupos criminales, contribuyendo a la violencia en las zonas más pobres y fomentando la impunidad ante delitos graves como la extorsión, la violación y el homicidio. La falta de un Estado de Derecho y la nula protección de la autoridad han orillado a los habitantes a huir para proteger su vida y la de su familia, de ahí que se les busque otorgar la calidad de refugiados o de visitantes por razones humanitarias.
- Fenómenos naturales. Las sequías, las inundaciones y otros fenómenos ocasionados por el cambio climático han acabado con la economía agrícola, aumentado el hambre y degradado la salud de los habitantes.
- Violencia doméstica. Los altos niveles de violencia que padecen las mujeres en sus hogares son un factor para abandonar sus hogares e ir en busca de una mejor vida.
- Falta de oportunidades económicas. El desempleo tiene un nivel extremadamente alto debido a que las probabilidades de obtener trabajo son escasas para muchos adultos jóvenes, por lo que las alternativas son emigrar o unirse al crimen.[23]

Como podemos ver, los móviles son la aspiración a una vida mejor en todos los factores. Resulta interesante que lejos de que la migración haya generado inseguridad en EE.UU se ha demostrado que las áreas que tienen las comunidades migrantes más grandes son más seguras y más prósperas. Incluso, los empleadores del sector agrícola —que siguen dependiendo en gran medida de la migración— y los dueños de negocios, incluyendo la Cámara de Comercio de EE.UU, han pedido una reforma migratoria que reconozca que "los inmigrantes pueden llenar los vacíos crecientes en nuestra fuerza laboral".[24]

Como ya se mencionó, son miles los migrantes centroamericanos que ingresan al país cada año, empero, recientemente comenzaron a hacerlo mediante caravanas por una cuestión de seguridad ocasionada por los delitos que en México se cometen en su contra tanto por parte de grupos criminales como

23 *Cfr.,* "Incidencia a favor de los derechos humanos en las Américas" WOLA, 30 de octubre de 2018, consultado el 3 de febrero de 2019, https://www.wola.org/es/analisis/9-preguntas-respuestas-caravana-migrantes/

24 *Cfr. Ibídem*.

de las mismas autoridades; de ahí que los grandes grupos sean vistos como un medio de salvaguarda.

Hablar de las caravanas migrantes y no aludir a las manifestaciones hechas por la administración del vecino país del norte sería como dejar un hueco insubsanable. Entre las amenazas proferidas se encontró el cortar la asistencia a Centroamérica, supuesto que a pesar de haberse mencionado en múltiples ocasiones no ha sido concretado dado que la división de poderes no permite actuaciones unilaterales por parte del ejecutivo. Por el contrario, intentar llevar a cabo una acción de ese nivel implicaría todo un proceso ante el Congreso quien es el encargado de otorgar tales ayudas, según su Ley de Asistencia Extranjera, en la cual las facultades del presidente en la materia son casi nulas.

Aunado a las imposibilidades legales se encuentran las de lógica, ya que, desde cualquier punto de vista, cortar los apoyos económicos a naciones con conflictos monetarios e inseguridad, lejos de disminuir la migración, la aumentaría debido a la gravedad e insostenibilidad de vivir en naciones con estas carencias. Lo anterior queda perfectamente explicado por la base de datos del Monitor Centroamericano de WOLA, según el cual, al cortar la asistencia se eliminaría dos categorías de fondos:

Asistencia dirigida a las prioridades que normalmente son apoyadas por la administración conservadora de los EE.UU: asistencia para las fuerzas policiales y militares, la seguridad fronteriza, las reformas policiales, y las reformas de la justicia penal.

Asistencia a asuntos de prioridad que muestran cierta promesa en mejorar las condiciones en Centroamérica para que menos personas quisieran irse, incluyendo la seguridad alimentaria, el desarrollo rural, reformas a los sectores policiales y de justicia, los esfuerzos anticorrupción e iniciativas por parte de la sociedad civil para prevenir la violencia.[25]

Como es sabido, el enfrentamiento que tuvo lugar en Tijuana atrajo bastantes medios internacionales, sobre todo porque muchos migrantes lograron tramitar la petición de asilo en EE.UU, mientras que otros han solicitado la protección del estado mexicano. Ante estos hechos, el presidente Trump amenazó con cerrar la frontera con México para evitar que se entregasen las solicitudes de asilo, palabras que desde luego vuelven a quedar en expresiones de discriminación sin sustento en su sistema legal.

25 *Cfr. Ibídem*.

Según Peter Andreas, politólogo de la Universidad de Brown, si la frontera entre Estados Unidos y México fuera cerrada podría ocurrir lo siguiente: las ventas minoristas en las ciudades fronterizas de Estados Unidos se desplomaron inmediatamente, ya que los compradores mexicanos se quedaron al sur de la frontera. La ciudad de San Diego declaró estado de emergencia debido a la desaceleración de los negocios después del 11 de septiembre… El comercio transfronterizo, el cual se había mantenido en alrededor de US$670 millones (por día), cayó un promedio de 15 por ciento en las semanas siguientes al ataque. Las industrias más afectadas fueron las de electrónicos, textiles, químicos, y las fábricas mexicanas que suministraban partes a compañías automotrices de Estados Unidos.

Diecisiete años después, las economías de Estados Unidos y México están mucho más integradas; el comercio transfronterizo produjo en total US$ 1.7 mil millones diarios durante el año pasado. Detener ese flujo, aunque sea por pocos días, causaría un sufrimiento económico tan agudo que probablemente se sentiría en los índices de la Bolsa de Valores de Estados Unidos.[26]

Consideraciones finales

En el contexto nacional, México ha buscado fortalecer el Instituto Nacional de Migración en las últimas décadas, sin embargo todavía no se cuenta con un sistema que posea la suficiente fuerza y estructura para atender de tajo a grandes cantidades de personas indocumentadas, por lo que en primer lugar las autoridades mexicanas deben tener especial cuidado en sus actuaciones, las cuales han de apegarse estrictamente a los derechos humanos y analizar los casos bajo la luz de la interseccionalidad para salvaguardar los derechos de todas y todos aquellos que formen parte de dos o más grupos en situación de vulnerabilidad.

Es destacable la petición de asistencia para la recepción de los miembros de la caravana del 2018, que ha efectuado México al ACNUR, ya que, si se llegase a deportar individuos sin el debido proceso, se generaría responsabilidad internacional para el Estado, supuesto que puede derivar en una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, representando un terrible retroceso para el país.

En contraposición, no se puede negar que recibir cantidades masivas de personas resulta en inconvenientes logísticos evidentes a la hora de procesar

26 *Cfr. Ibídem*.

las solicitudes, evaluar peticiones, desahogar audiencias y deportar a quien no cumpla con los requisitos. Mas ello no significa que deba olvidarse el necesario estudio de cada caso, proporcionando un trato digno y respetuoso de los derechos humanos que se les deben garantizar a las y los migrantes en atención al principio de protección humanitaria, y con respeto en todo momento a los procedimientos legales en atención a los compromisos internacionales de los Estados en la materia.

Sin duda alguna, las autoridades del Instituto Nacional de Migración, y en general el Estado mexicano, se encuentran ante un reto sin precedentes, que de llevarse a cabo de manera ordenada y conforme a los estándares universales, generará bases de actuación y resultados positivos ante la comunidad internacional y hacia la conciencia ciudadana nacional, la cual representa otro factor importante en la garantía de un viaje seguro para las y los migrantes.

Las conductas xenofóbicas, la falta de sensibilización y empatía por parte de los ciudadanos genera violencia y pone en peligro a las y los migrantes, quienes no cuentan con apoyo y desconocen los derechos que poseen por el simple hecho de pisar territorio mexicano. La comunidad de naciones ha buscado garantizar en todo momento que los individuos, sin importar su nacionalidad, cuenten con la debida protección. México tiene un largo camino por delate si desea mantener una política migratoria apegada al respeto irrestricto de los Derechos Humanos, sobre todo hoy día cuando se enfrenta al reto de hacer frente a un cruce de desigualdades, pues todas y cada una de ellas merecen la misma atención y trato adecuado.

El constante flujo migratorio y la búsqueda de mejores oportunidades y una vida digna ha llevado a que se modifiquen los patrones de migración que solían predominar en el siglo pasado; hoy nos topamos con un incremento considerable de la cantidad de mujeres migrantes, así como de los menores de edad que viajan, ya sea solos o en compañía de sus familiares.

Estas interacciones territoriales implican dar un giro a las políticas migratorias, México requiere una transformación estructural y trabajar, evidentemente, en la adecuada capacitación de sus autoridades para estar en posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de las y los migrantes. La interseccionalidad en el análisis de los casos concretos debe ser sacada de las letras legislativas y jurisdiccionales para transformarse en una práctica real y constante que dé pie a una

expansión humanitaria del territorio nacional dejando atrás la obsoleta percepción de fronteras delimitadoras.

Bibliografía

Alba, Francisco y Castillo, Manuel Ángel. *New Approaches to Migration Management in Mexico and Central America*. Washington, D.C.: Migration Policy Institute, 2012. Consultado el 11 de febrero de 2019 en: https://bit.ly/2L8vDnP

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). "Datos básicos". Consultado el 11 de febrero de 2019. https://www.acnur.org/datos-basicos.html

Casillas, Rodolfo. *Una vida discreta, fugaz y anónima: Los centroamericanos transmigrantes en México*. México: CNDH y OIM, 2007.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). *Informe especial sobre los casos de secuestro en contra de migrantes*. México: CNDH, 2009. Consultado el 6 de febrero de 2019. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2009_migra.pdf

Gobierno de México. "Plan Nacional de Desarrollo 2007- 2012". Consultado el 10 de febrero de 2019. http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/

Gobierno de México. *Ley de Migración*. Diario Oficial de la Federación, 2011. Consultado el 3 de febrero de 2019. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf

Guzmán, Raquel. *Hacia un análisis interseccional de los procesos migratorios feminizados y la ciudadanía*. España: Universidad de Sevilla, 2009. Consultado el 15 de noviembre del 2020. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/39425/Pages%20from%20Investigaci%-F3nyG%E9nero_09-4.pdf;jsessionid=880C3BFB4D369A3DCEE4212880D68198?sequence=1

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). "Encuesta Intercensal 2015. Principales resultados". Consultado el 11 de febrero de 2019. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf

Inter-American Commission On Human Rights (IACHR). *Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility in Mexico*. Organization of American States, 2013.

Mahalingam, Ramaswami; Balan, Sundari y Haritatos, Jana. "Engendering Immigrant Psychology: An Intersectionality Perspective". *Sex Roles* 59 (2008): pp. 326-336.

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris, 1948. Consultado el 6 de febrero de 2019. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Silva Quiroz, Yolanda. "Transmigración de centroamericanos por México su vulnerabilidad y sus derechos humanos". Ttesis de doctorado, El Colegio de la Frontera Norte, 2014.

Torre-Cantalapiedra, Eduardo y Yee-Quintero, José Carlos. "México ¿una frontera vertical? Políticas de control del tránsito migratorio irregular y sus resultados, 2007-2016". *LiminaR* XVI, n.° 2 (julio-diciembre de 2018): pp. 87-104. Consultado el 6 de febrero de 2019. https://www.redalyc.org/jatsRepo/745/74556945007/index.html

Urbano, Francisco. "La gestión de Felipe Calderón en materia de migración: sin comienzo y sin final". En *Sexenio en perspectiva. Análisis académico del gobierno de Felipe Calderón*. México: Universidad Iberoamericana, 2012.

WOLA. "Incidencia a favor de los derechos humanos en las Américas". 30 de octubre de 2018. Consultado el 3 de febrero de 2019. https://www.wola.org/es/analisis/9-preguntas-respuestas-caravana-migrantes/

Yuval-Davis, Nira. "Intersectionality and Feminist Politics". *European Journal of Women's Studies* 13 (2006): pp.193-209.

CAPÍTULO XV

Apuntes para la transformación de las políticas migratorias en méxico

Christian José Rojas Rojas[1]

En el presente capítulo se desarrollan aspectos relacionados con el diseño de políticas públicas hacia las personas trabajadoras migrantes indocumentadas que tiene como como punto de arranque la aplicación formal y fáctica el principio de igualdad y no discriminación para orientar el actuar de las instituciones públicas y sus operadores. Dicho principio se ha comenzado a incorporar lentamente en México como parte de una nueva cultura de gestión institucional a favor de esa población.

Introducción

En América Latina, como nunca, existen gobiernos surgidos por medio de las urnas que generan en los inicios de la gestión expectativas en la población a gobernar, salvo algunas excepciones.[2] Sin embargo, al poco tiempo esa

1 Especialista en políticas públicas con enfoque de derechos humanos y especialidad en migración, seguridad y género. Posee una larga trayectoria como docente en los ámbitos formales y no formales. Tiene el grado de maestría por la FLACSO-México, además de otros grados académicos obtenidos en Chile y España. Ha publicado libros, artículos académicos y materiales sobre temas relacionados con su trayectoria profesional.

2 Véase el caso de Honduras. El diario El País reporta que "En la última elección la Organización de Estados Americanos (OEA), que recomendó celebrar nuevas elecciones ante las 'serias dudas' que deja el proceso y la 'falta de certeza' respecto a los resultados anunciados, escribió en twit-

esperanza se transforma en una profunda decepción al no ver cambios en el mejoramiento de sus condiciones de vida.

Esa decepción se confirma cuando se mantienen las políticas que fomentan la desigualdad social y económica, el principal motor para la reproducción de la pobreza de buena parte la población que migra[3] por la desterritorialización del capital, imponiendo la transnacionalización de recursos financieros, procesos productivos y servicios, entre otros, que fractura la producción interna, sumado a la instalación de los megaproyectos en territorios indígenas y campesinos[4] que provocan —en el caso de Centroamérica— desplazamientos forzados de personas que, en tránsito principalmente hacia los Estados Unidos de América, ingresan a México uniéndose a otro flujo masivo de mexicanos en movilidad.

Si bien en los primeros meses del sexenio actual el gobierno mexicano mencionó una política distinta hacia los migrantes centroamericanos como parte de las transformaciones antiliberales que establecerían nuevos acuerdos regionales, las sucesivas caravanas de migrantes centroamericanos confirman la facilidad en el cambio de las prioridades de los gobiernos de la región cuando son sometidos a presiones desde los Estados Unidos. Al mismo tiempo, la llegada de familias extensas de Centroamérica a México ha desnudado la fragilidad de las instituciones públicas mexicanas al activarse las complejas tensiones asociadas al crecimiento en el número y densidad de personas que transitan y las que deciden finalmente quedarse a vivir en el país.

Lo anterior indica con claridad que no se trata solamente de celebrar la firma de instrumentos y de discursos de buena vecindad, sino que se debe buscar su incorporación a las políticas públicas, a programas y acciones concretas; en primer lugar, porque que se asegura pasar de la retórica a la práctica en materia de cumplimiento de las obligaciones básicas de derechos humanos —respetar, proteger y garantizar—[5] a las personas, independiente de

---

ter el Secretario general Luis Almagro". Ver: Jacobo García, "La OEA pide nuevas elecciones en Honduras mientras el órgano electoral hace presidente a Juan Orlando", El País, 18 de diciembre de 2017, https://elpais.com/internacional/2017/12/18/america/1513557348_630202.html

3 Organización de los Estados Iberoamericanos, http://www.oei.es/quipu/pobreza_infancia3.pdf

4 Project Counselling Service, "Breve aproximación al contexto sociopolítico en lo que tiene que ver y afecta a la migración internacional", 2011.

5 "Observaciones generales", Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990, https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html

su origen nacional o condición jurídica, cuando se internan en México;[6] una segunda razón es que permite la coherencia entre las acciones promovidas en el concierto internacional y el alineamiento con la voluntad política en el régimen interno,[7] condición básica para fincar una política[8] que trascienda a los gobiernos en turno y consolide una política de Estado para las personas migrantes en tránsito que deciden quedarse o tenían a México como destino.

A la fecha, distintos organismos y mecanismos regionales e internacionales han recomendado al Estado mexicano cerrar la brecha de desvinculación entre el ciclo de políticas con los estándares internacionales comprometidos, particularmente los relacionados con disminuir sensiblemente la vulnerabilidad de las personas frente a las instituciones del estado y sus operadores, como es el caso de las personas trabajadoras indocumentadas y sus familias, lo cual es causa de preocupación nacional puesto que en el diario vivir reciben malos tratos al momento de transitar por el país para buscar un lugar de residencia, y en el caso de alguna violación a sus derechos, se obstaculizan las vías para el acceso a las instancias públicas de protección.

En el caso de migrantes internacionales, particularmente de las y los trabajadores indocumentados que deciden quedarse en México, es un lugar común esperar del marco regulatorio el despliegue de acciones que contemplen y amparen el cumplimiento —sin excepciones— de los derechos humanos que son aplicables por el hecho de estar en el territorio nacional, pero además que se responda a las necesidades específicas por los continuos cambios en la dinámica migratoria, propiciando vías que profundicen más allá de revisar el acceso para enderezar la condición o estatus migratorios.[9]

6 Francisco Alba, *El Papel de los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes: La Convención Internacional de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en Migraciones contemporáneas en la región sur-sureste de México* (México: El Colegio de la Frontera Sur-IISUABJO, 2010), p. 25.

7 Grupo de Trabajo sobre Política Migratoria (GTPM), "Posicionamiento con relación al Anteproyecto del Reglamento de la Ley de Migración y las ausencias de dialogo y participación efectiva de la sociedad civil en el proceso de su elaboración", 2011, http://imprasc.net:29572/otros/migracion/pdfs/posicionamiento12012012.pdf

8 Jesús Rodríguez Zepeda, "Una Idea Teórica de la No Discriminación", en *Derecho a la no discriminación*, coord. por Carlos Torre Martínez (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006): pp. 69 y 70.

9 Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados (PICUM), *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa* (Bélgica: PICUM, 2010), p. 4 y 5.

Sin embargo, según los informes de los mecanismos de derechos humanos, las instancias del Estado no han logrado o no han querido implementar las medidas para integrar una política pública con perspectiva de derechos humanos con el propósito de disminuir los factores que aumentan la vulnerabilidad de las personas trabajadoras migrantes indocumentadas que deciden quedarse a vivir en México. Esto se debe principalmente a la cantidad de riesgos, no solo frente a las acciones del propio Estado sino también de la sociedad[10] que, motivada por prejuicios, supone una especie de autorización para que se comentan abusos, se ejerzan tratos desiguales en el ejercicio de derechos y/o se estereotipe la conducta de las personas dependiendo de su origen nacional, lo que crea un ciclo negativo que tiende, en algunos momentos, a alcanzar a los propios nacionales.[11]

Esa creencia mueve la presente reflexión, con el fin de identificar los obstáculos o impedimentos jurídicos o fácticos para lograr una verdadera instalación de políticas de Estado en el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación[12] como punto de partida para cumplir con las responsabilidades internacionales. También se debe entender que la protección de las personas migrantes no solo tiene que ver con asuntos relacionados con el estatus jurídico,[13] pues tal visión restrictiva no permite el establecimiento de lazos de comunicación e interdependencia con todos los derechos,[14] especialmente cuando se habla de trabajadoras/res migratorios indocumentados. Por ello la insistencia en que la protección con perspectiva de derechos humanos debe encaminarse a empoderar a ese sector de la población para que sea reco-

10 Gilberto Giménez, "Las diferentes formas de discriminación desde la perspectiva de la lucha por el reconocimiento social", *Revista de Investigación Social*, n.° 1 (2005): pp. 31-45, http://ru.iis.sociales.unam.mx/bitstream/IIS/5259/1/03gimenez.pdf

11 Existe evidencia del trato discriminatorio que continuamente reciben los indígenas mexicanos por parte de autoridades migratorias, como el caso de Tobyane Ledesma: "Mientras viajaban en autobús a Tapachula, Chiapas, en 2009, Tobyanne Ledesma y su madre fueron señaladas por agentes migratorios, las bajaron de la unidad y les pidieron sus credenciales de elector, después les exigieron el pasaporte, pero no lo traían con ellas, pues están en su propio país". Ver: "En su propio país, el INM los discrimina por su color de piel", *La Jornada,* 29 de noviembre de 2020, https://www.jornada.com.mx/2020/11/29/politica/011n2pol

12 Juan Miguel Petit, *Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos* (Chile: Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2003) p. 38.

13 Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Apuntes sobre la exigibilidad Judicial de los derechos Sociales. Derechos Sociales, Instrucciones de Uso* (México: Ediciones Fontamara, 2003), p. 55.

14 William Guillermo Jiménez Benítez, "El enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas", *Civilizar. Ciencias Sociales y* Humanas 7, n.° 12 (enero-junio de 2007): pp. 32 y 33.

nocido como sujeto de derechos independientemente de su condición jurídica o calidad migratoria.

Se tienen documentados un conjunto de factores de esa vulnerabilidad, que aunque se presentan en distintas partes de mundo —como se señala en diversos informes de la OIT, OIM, el Consejo de Europa, la CEPAL, etc.—, en México responden a condiciones singulares, principalmente propiciadas por la falta de aplicación del principio de igualdad y no discriminación en las políticas de protección de las personas trabajadoras migrantes indocumentadas y sus familias, que se refleja en la ausencia formal y material de las políticas públicas vinculadas a la migración, la percepción sobre su inaplicabilidad y las consecuencias afecta sustantivamente la integración a la vida nacional.

La dinámica y compleja protección de las personas migrantes y sus familias en México

La migración es un fenómeno profundamente humano y claramente constitutivo de la sociedad latinoamericana; es, al mismo tiempo, una muestra condensada de "las contradicciones y el grado desigual de desarrollo en América Latina",[15] en el cual México es un ejemplo clave, pues dentro del país se pueden distinguir con claridad las múltiples perspectivas que se presentan al tratarse de un país expulsor, de tránsito, de recepción, de retornos, de asilo y refugio para miles de personas que dejan su lugar de origen para buscar mejores condiciones de vida en otro sitio.

En el caso particular de lo que ocurre en Centroamérica, en 2019 se han presentado varios ejercicios de organización entre las personas que han originado caravanas y éxodos masivos como respuesta a las malas condiciones de vida, gobiernos de corte autoritario y políticas restrictivas. Como parte de esas expresiones –mismas que crecen con inusitada rapidez o al menos así se percibe con la llegada de las caravanas–, ocurre el ingreso sin documentación a México para quedarse y comenzar la búsqueda de trabajo en este país.[16] Esta llegada a México corresponde, como se reconoce por parte de autoridades y la ciudadanía, a la movilización de sectores postergados y excluidos por el modelo económico aplicado con cierta uniformidad en todos los países de la re-

15 Juan Miguel Petit, *Op. Cit.*, p. 7.

16 Jessica N. Nájera Aguirre, "Participación familiar y formas de movilidad laboral transfronteriza de las y los guatemaltecos a Chiapas", (ponencia, XI Reunión Nacional de Investigación Demográfica en México, mayo de 2011) pp. 3 y 4.

gión;[17] y es, asimismo, el esquema al cual responden los migrantes mexicanos que intentan cruzar la frontera con los Estados Unidos y sufren las políticas que criminalizan tales movilizaciones en ese país.

También es cierto que, independiente del objetivo de los migrantes para ingresar a México, llaman la atención no solo por el número, sino porque cada vez aparecen con mayor frecuencia niños, niñas y adolescentes que deciden ingresar para transitar[18] o quedarse a vivir en el territorio[19], lo cual "implica una constelación de nuevos problemas sociales, legales y culturales, para los que buena parte de las políticas públicas tradicionales no estaban preparadas: nuevos desafíos de integración social y de tolerancia cultural en un mundo crecientemente competitivo y tenso".[20] No se trata solamente de un asunto de buena vecindad, sino de establecer cambios políticos para transformar la crisis humanitaria que vive México[21], como la han catalogado mecanismos de derechos humanos intergubernamentales en una experiencia de aprendizaje, crecimiento y transformación del país,[22] especialmente en la frontera sur.

Para lo anterior se necesitan distinguir con claridad los flujos migratorios en tránsito de las personas que buscan trabajo en México. En el caso de los trabajadores migrantes indocumentados, necesitan de un diseño de políticas que atiendan a sus necesidades específicas, aplicando una perspectiva que

17 Víctor Abramovich, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo", *Revista de la* CEPAL, n.° 88 (abril de 2006): pp. 36-38.

18 El actual Comisionado del Instituto Nacional de Migración ha informado que "de enero a junio de 2019 se ha incrementado en 132 por ciento la migración de la niñez centroamericana con respecto al mismo periodo de 2018". Por su parte, la COMAR ha informado que "Entre enero y marzo de 2019, siete mil 285 niños y adolescentes migrantes han interpuesto solicitudes de refugio ante la Comisión Mexicana de Ayuda al Refugiado (COMAR). (…) el cual es 316 por ciento mayor respecto al registrado en 2018". Ver: María Cabadas, "Se dispara migración de niños 132% en 6 meses", *Diario Contra-República*, 18 de julio de 2019, https://www.contrareplica.mx/nota-Se-dispara-migracion-de-ninos-132-en-6-meses201918744.

19 Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova *Los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes en la Frontera México-Guatemala*, (México: Ford Foundation, 2012), https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9361.pdf

20 *Ibídem*.

21 Opinión expresada por Felipe González, Relator de Trabajadores Migrantes y sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe preliminar publicado después de su visita a México en 2011.

22 Organización de las Naciones Unidas (ONU), "Migración internacional y desarrollo" (informe del Secretario General, Sexagésimo período de sesiones, Tema 54 c del programa Globalización e interdependencia: migración internacional y desarrollo, Nueva York, 2006), p. 80.

armonice las tareas del Estado de respeto al orden interno con el respeto, protección y garantía de las libertades y derechos fundamentales.

Si bien, el Estado mexicano ha avanzado en la construcción de políticas públicas que sean respetuosas de los derechos humanos al modificar su marco interno, se debe entender que la frontera, especialmente en el sur y sureste, ha tenido transformaciones notables en los últimos 30 años que la complejizan y la dinamizan a partir de los movimiento poblacionales[23], lo que ha dado lugar a prejuicios construido durante años y renovados por la confusión de las manifestaciones conflictivas y negativas de la migración en esa frontera.

En ese sentido, las actitudes discriminatorias desde la perspectiva de derecho humanos son una base que promueve la creencia que establece una relación causal entre el estatus legal de la persona migrante y el reconocimiento de sus derechos humanos[24] –como la igualdad ante la ley e igual protección de la ley– y que inclusive autoriza el hacer tales distinciones entre nacionales y extranjeros, por lo queestos últimos reciben malos tratos de la sociedad y de las autoridades de distinto orden[25] que justifican los actos de discriminación en los procedimientos vinculados a la defensa y protección de los mismos, especialmente en el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales.[26]

Contexto de la discriminación múltiple en las personas migrantes y sus familias.

En México, durante buena parte del siglo pasado, las prácticas discriminatorias se mantuvieron habitualmente ocultas y no fueron reconocidas hasta que académicos y organizaciones civiles hicieron pública la situación que guarda la migración en sus distintas manifestaciones y expresiones particulares, como es el caso del aumento de la feminización migratoria o los niños y niñas no acompañados que ingresan a México.

---

23 Natalia Armijo Canto, *Frontera sur: los retos múltiples de la diversidad. Migración y Seguridad: Nuevo desafío para México* (México: Centro de Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011), p. 35.

24 Miguel Carbonell, *Derecho a Migrar en Instituciones Sociales en el Constitucionalismo Contemporáneo* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011), p. 67.

25 Ernesto Rodríguez Chávez, "Frontera sur y política migratoria en México (circularidad, seguridad y derechos humanos)", *Revista Foreign Affairs en español* 6, n.° 4 (2006): p. 93 y 94.

26 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, "Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (Enadis) Resultados sobre Personas Migrantes", 2010.

La desigualdad y discriminación que viven las personas migrantes, si bien responde a cuestiones multifactoriales,[27] en el caso de la población migrante indocumentada tiene explicaciones que se suman y la hacen particular de ese grupo y distinta de otros, en el sentido que establece Young sobre las formas de reconocimiento de la opresión sistémica que se dan por una cierta identidad,[28] que en los migrantes iría desde el aspecto físico y el perfil étnico o racial hasta el ingreso económico.

En resumen, los derechos humanos se enfrentan a la visión normalizadora de la desigualdad y discriminación de las personas trabajadoras indocumentadas por la falta de reconocimiento, así como de las demandas específicas y diferenciadas de las personas migrantes y sus familias, mismas que tienen que ser contempladas y asumidas por las instituciones del Estado;[29] por ello, las políticas públicas deben considerar en su diseño las dimensiones políticas, económicas, sociales y culturales en que se producen.

La Tabla 1 resume seis características, aunque cabe señalar que en esta lista inacabada solo se pretende destacar aquéllas que tienen mayor relación con el objetivo del presente texto.

Como se aprecia, la discriminación múltiple es acumulativa, afecta a las personas trabajadoras migrantes y sus familias, y merece particular consideración, así como medidas específicas para prevenir, erradicar y, en su caso, combatir los motivos prohibidos de la discriminación, porque arrastrados por sus condiciones de vida, al llegar a México se alejan todavía más de la protección de las instituciones públicas con las trabas y prejuicio de los operadores de esas entidades en México.

Discriminación múltiple y su vinculación con los derechos de las personas migrantes indocumentadas y sus familias en México en tres dimensiones.

La discriminación no se desarrolla solo en un individuo y de manera específica con un motivo aislado y aséptico de la realidad social y política de México. Los motivos prohibidos de la discriminación en personas mi-

27 Gabriela Morales, "La situación de los derechos de los migrantes en la frontera norte" (Informe sobre la Situación General de los Derechos de los Migrantes y sus Familias, 2013), p. 2.

28 Iris Marion Young, "Vida política y deferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal", en *Perspectivas feministas en teoría política*, Carme Castells (Barcelona: Paidós, 1996), p. 75 y 76.

29 *Ibídem*. p. 84.

Tabla 1: Desigualdad y discriminación por razones de origen nacional

Características de la desigualdad y discriminación en personas migrantes y sus familias en México*	
Las políticas públicas no modifican las causas de las discriminaciones o inequidades, sino que buscan hacer distinciones basadas en el origen, el género o la edad, y no atienden la perspectiva de cambio que promueven los derechos humanos.	Es un concepto relacional cotidiano en lo público, siguiendo pautas y expectativas sociales distintas para nacionales y migrantes, cuando son imputados o agraviados en causas penales; el reclamo de severos castigos anula la exigencia de derechos de igualdad ante la ley e igual protección.
Las distinciones estereotipadas de las instituciones públicas a favor o en contra de los migrantes según su nacionalidad, aspecto físico, género, origen étnico, entre otras; incluso pueden motivar actos graves como los tratos crueles, degradantes o atentatorios de la dignidad de las personas que normalicen y ahonden las dificultades para el acceso a los derechos humanos.	La migración es sinónimo de una actividad masculina que se legitima con acciones de diferenciación entre los sujetos discriminados, como la ocupación laboral basada en la contratación negociada solo con el jefe de familia, lo que genera dobles o triples discriminaciones hacia las mujeres, niños y niñas, incluso de los no acompañados, que en la práctica reciben ingresos menores por igual trabajo.
Hay un conjunto de características culturales que legitiman comportamientos para el trato desigual y discriminador de los servidores públicos, lo cual es contrario al marco normativo vigente, genera excepciones de facto y amplía el margen de impunidad, lo que puede en algunos casos conectar con delitos como la trata de personas o trabajo equiparable al forzoso.	Contiene una graduación de valor asociado a las diferencias. El resultado es el acceso estructuralmente asimétrico a los recursos, lo cual genera privilegios y subordinaciones hacia los nacionales.

* Características elaboradas con información de Jorge Bustamante en informes sobre la situación general de los migrantes y sus familias; Luis Daniel Vázquez en Guía de Introducción a la Políticas Públicas; Caroline Mosser Levi en Género, Capacitación y Planificación y Ximena Andión en su análisis caso Átala vs Chile.

grantes y sus familias tienen connotaciones y acentos diferentes según las dimensiones sociales, económicas y políticas que se viven en un momento determinado a nivel mundial —hoy más que nunca, debido a la globaliza-

ción y últimamente la pandemia de salud—, aunados a los que responden a la vida propia del país receptor. Por ejemplo, la discusión entre México y el gobierno de los Estados Unidos para avanzar en el mejoramiento de derechos los migrantes mexicanos indocumentados no fue igual antes que después del atentado del 11 de septiembre de 2001, pues ese hecho incluso afectó posteriormente las discusiones de México con los gobiernos de la región de Centroamérica. A continuación, se revisan tres factores con una alta incidencia en el cumplimiento o violación de los derechos humanos asociados a la migración internacional:

a) La dimensión económica desde el principio de igualdad y no discriminación

Las distintas investigaciones académicas documentan que la ausencia de empleo o la diferencia de salarios son las principales razones para el crecimiento de la migración económica, especialmente la que tiene un carácter internacional,[30] y estos migrantes son tolerados en los países de tránsito o destino por ser mano de obra barata que da sustento a la evolución positiva de las economías nacionales; por ejemplo, en el caso de México, la mayoría de las y los trabajadores migrantes indocumentados se concentran en Chiapas, son de origen guatemalteco y realizan tareas agrícolas,[31] pero cada vez crece el número de trabajadores que ocupan espacios en la construcción, servicios y otras áreas en toda la península maya.[32]

Es verdad que contribuyen a la economía mundial, tanto en su país como en el de destino; por ejemplo, en el 2018 los migrantes de todo el mundo enviaron 529 billones de dólares mediante remesas a sus países de origen.[33] Sin embargo, en los momentos de crisis, como se vive actualmente por motivo del COVID-19, suelen aumentar los actos de discriminación como una forma de descargar las frustraciones sociales contra los migrantes, particularmente trabajadores indocumentados, considerándolos como causantes de problemas

30 Aldo Mario Tobar Gramajo, "Causas estructurales y dimensiones de la migración en Guatemala", *Revista Ecofronteras*, n.° 19 (agosto de 2003): p. 27.

31 Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), "Informativo Oportuno: Conociendo… nos Todos. Conteo de Población y Vivienda 2010", mayo de 2011, p. 2.

32 María Eugenia Anguiano Téllez, "Inmigración, emigración y tránsito migratorio en Chiapas: un bosquejo general Liminar", *Estudios Sociales y Humanísticos* VI, n.° 2 (julio-diciembre de 2008): pp. 142-154.

33 Banco Mundial, "Cifra sin precedente de remesas a nivel mundial en 2018" (comunicado, Washington, 8 de abril de 2019), https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/04/08/record-high-remittances-sent-globally-in-2018

puntuales aunque no tengan una conexión directa con el mal manejo de la causa que provocó la crisis, como la sanitaria.

Los informes sobre las migraciones en el mundo, elaborados año con año por la OIM, afirman que aun con los adelantos en la prohibición para discriminar a las personas migrantes y sus familias, se siguen favoreciendo tratos diferenciados que se relacionan con la implementación de políticas económicas que impactan de forma estructural en los puestos de trabajo que ocupa esa población.[34]

Uno de los prejuicios se relaciona con las crisis económicas y la afectación que provoca la llegada de los migrantes indocumentados en forma de competencias con los nacionales por puestos de trabajo; no obstante, los primeros sacan la peor parte, ya que, según fuentes oficiales, esa población perdió su empleo o no pudo obtener la renovación de su permiso de trabajo debido al cierre de más de 7 millones de puestos de trabajo en los mercados laborales de los países de destino. Pero, en el mismo periodo, se mantuvo la tasa de empleo o su variación fue menor para los nacionales de esos países,[35] en parte porque los migrantes estaban concentrados en los sectores de la economía más vulnerables a las crisis económicas, como el de la construcción, agrícola o manufacturas, y también a que los migrantes suelen ser más jóvenes y tener condiciones de seguridad laboral casi inexistentes que facilitan la negación de acceso a mecanismos institucionales para reclamar el despido injustificado o acceder a seguros de desempleo.[36]

En México, desde el 2000 a la fecha, el gobierno federal ha incorporado de forma consistente diversas líneas de acción para mejorar las condiciones laborales de las y los trabajadores migrantes. En una de ellas de sus legislaciones, el país ha dado un paso importante al incluir en el modelo de regulación laboral como estatuto específico de tutela a una categoría determinada de trabajadores especialmente vulnerable.[37]

34 Organización Internacional sobre las Migraciones, "Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020", 2020, p. 222.

35 Organización Internacional para las Migraciones-OIM. "Hechos y Cifras", http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/facts--figures-1.html

36 ONU. "Migrantes de Guatemala sufren violación a DD. HH. en México". Disponible en: https://www.dw.com/es/onu-migrantes-de-guatemala-sufren-violación-a-dd-hh-en-méxico/a-54562550

37 Octavio Cantón Jaramillo, "Derechos laborales de los inmigrantes en México: La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el modelo de regulación laboral mexicano en Derechos humanos y flujos migratorios en las fronteras de México", en *Derechos laborales y sociales de los migrante*s (México: Secretaría de Relaciones

Sin embargo, el modelo económico en gran medida favorece las contradicciones y tensiones en los discursos oficiales de México; una de las alternativas sería la flexibilización para los requisitos de estancia legal y permisos de trabajo, pero las recomendaciones de los mecanismos de derechos humanos nacionales e internacionales, las políticas selectivas de ingreso, regularización y permisos de trabajo estimulan a la comunidad a evitar los controles y mecanismos burocráticos o de alto costo. Ello, a fin de cuentas, no asegura que dicho cambio legal repercuta en los ingresos o mejore las condiciones de vida, con lo que se cerraría el ciclo de abusos que impiden que tengan algunas garantías de defensa frente a los abusos que, asociados a las condiciones laborales, crean un bloque que obstruye sustantivamente el acceso a los derechos básicos, que en salud tradicionalmente son asociados a cargas impositivas,[38] por lo que sin contrato no hay seguridad social ni accesos a las instituciones de salud y las familias.

La organización Sin Fronteras menciona en sus informes que los migrantes indocumentados que se establecen en México se enfrentan a continuos rechazos (46.5 por ciento) por falta de cumplimiento de requisitos (38 por ciento), contratación exclusiva de mexicanos (30 por ciento), contratación de alguien mejor calificado (20 por ciento) o la simple negación del empleo (22 por ciento), pero los rechazos tienen una raíz común que se relaciona con problemáticas de índole racial o nacionalista.

A lo anterior se suma la creencia interiorizada, además muy extendida en la comunidad migrante indocumentada, de que las malas condiciones laborales y malos tratos de los empleadores son parte del intercambio por vivir sin documentos; además, la desprotección en los hechos por la falta de un rol tutelar según las atribuciones de cada nivel de gobierno para obligarse a intervenir, legislar, fiscalizar y administrar servicios que orienten las relaciones laborales para que sean lo más justas posibles para ambas partes,[39] sin olvidarse de la casi inexistente aplicación de sanciones, refuerza en el imaginario co-

Exteriores, Universidad Autónoma de México, Universidad Iberoamericana, A. C., Oficina de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2003): pp. 233 y 234, http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/cap4.pdf

38 Jorge Bustamante, *Informe sobre la Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el derecho al Desarrollo (Adición). Misión a México* (México: Organización de las Naciones Unidas, 2009): pp. 5 y 12.

39 Rodolfo Corona, y Miguel Ángel Reyes, *Identificación, caracterización y cuantificación en Flujos Migratorios en la Frontera Guatemala-México* (México: Instituto Nacional de Migración, El Colegio de la Frontera Norte, 2009): pp. 371-373.

lectivo de nacionales y migrantes que hay tratos diferenciados, aunque como se ha señalado, la propia Constitución se ha modificado para proteger a toda persona que vive o transita por el país.

Una variación negativa y perversa de esa atmósfera la sufren las mujeres, puesto que a las malas condiciones de trabajo se suman abusos consistentes en acoso sexual del empleador y de los compañeros de trabajo, vividos como un destino inevitable ante la falta de documentación de estancia legal en el país.

b) La dimensión social y cultural desde el principio de igualdad y no discriminación

La preocupación internacional por el avance de las expresiones de discriminación es cada vez mayor. En Naciones Unidas, desde inicios del 2000, con los trabajos de medio camino y posteriores a la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia, se desplegaron esfuerzos por relacionar las categorías de discriminación con las dimensiones en que se producen, identificándose que los efectos no son vividos solamente por la víctima directa, sino también por las familias.

En el "Estudio de los efectos de la discriminación racial en las esferas de la educación, la capacitación y el empleo, en cuanto afecta a los hijos de personas pertenecientes a grupos minoritarios, en particular de trabajadores migratorios" de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se menciona que si bien "no es posible establecer una relación definitiva entre la discriminación racial en la educación y el rendimiento escolar de los niños de las minorías —léase migrantes—, las estadísticas indican una disparidad entre los niveles generales de escolarización y rendimiento de los hijos de grupos minoritarios con los de la población en general".[40]

Lo anterior también se registra en los estudios realizados para el documento "Comprender las actitudes hacia los migrantes: Una perspectiva más amplia", realizado en más de 54 países en el 2009, donde se establece que la gran parte de los encuestados apoyaba las restricciones a la migración pro-

40 Alto Comisionado de Derechos Humanos para las Naciones Unidas, "Estudio de los efectos de la discriminación racial en las esferas de la educación, la capacitación y el empleo, en cuanto afecta a los hijos de personas pertenecientes a grupos minoritarios, en particular de trabajadores migratorios", (A/42/492). http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f151bec72dedcffd802568db003f1515?Opendocument

movidas por los gobiernos en diversas partes del mundo; muchos vinculaban esas restricciones a la disponibilidad de puestos de trabajo. Sin embargo, varios países de desarrollo humano mediano a alto (de conformidad con la clasificación del Índice de Desarrollo Humano), en el que se encontraría México, favorecen la aplicación de mayores restricciones a la migración, independientemente del número de puestos de trabajo vacantes,[41] a partir de la construcción de una serie de mitos estigmatizadores en torno a las personas migrantes y sus familias.

En el caso de la región de América Latina, se reporta en el estudio "Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos" de la CEPAL y el BID que, ante el incremento de los fenómenos de discriminación y xenofobia en los países receptores, urge que se hable con mayor precisión sobre la situación del migrante, su carácter ciudadano y la obligación del país de destino de reconocerle plenamente sus derechos.

La discriminación perjudica el desarrollo de las posibilidades de las personas al cancelar los mecanismos de igualdad de oportunidades y el acceso a una mejora sustancial de las condiciones sociales en que viven los migrantes y sus familias. La OIT, apoyada en estudios de diversas entidades financieras como el Banco Mundial, recuerda que, en una encuesta realizada en la Unión Europea, el 64 % de los entrevistados pensaba que la crisis económica conllevaría un aumento de la discriminación, cuestión que no es ajena en México.

Sin desconocer los avances en materia legal y la operación de instituciones federales y locales para promover la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, incluso del reconocimiento explícito del poder legislativo federal sobre los aportes de la población migrante en México, diversos reportes señalan que los trabajadores migrantes con o sin documentación enfrentan actos de discriminación cuando tratan de acceder a un empleo. Incluso, aunque sean contratados, en muchos casos persiste la exclusión de los programas de seguridad social y son las mujeres las que la soportan en mayor medida al persistir las diferencias de retribución entre hombres y mujeres.[42]

41 Marieke Kleemans y Jeni Klugman, "Understanding Attitudes towards Migrants: A Broader Perspective", *Human Development Reports Research Paper* 53 (2009): p. 53.

42 Sin Fronteras, "Diagnóstico sobre la integración local de la población migrante y refugiada en México en los ámbitos educativo, laboral y social. México: Documento interno", 2007.

Las mujeres ganan en promedio entre 40 y 70 por ciento menos de lo que ganan los hombres; y aunque se han introducido en México modalidades de trabajo más flexibles en materia de horarios, la discriminación relacionada con el embarazo y la maternidad sin distinción alguna todavía es un problema común debido a que aún se mantienen medidas administrativas que impiden a las personas indocumentadas el acceso a programas de protección del empleo o la entrada a programas sociales básicos, es decir, persiste como requisito indispensable para la ejercicio de derechos el estatus jurídico en el país.

Una entrevista con la especialista en infancia migrante Lourdes Rosas, actual funcionaria de UNICEF-México, muestra que en el caso de Chiapas, si bien las leyes federales y locales se armonizaron en torno a los derechos humanos especialmente para los trabajadores migrantes agrícolas de Guatemala y Belice, las prácticas discriminatorias continúan, los frenos se encuentran en prácticas dilatorias o en torno a requerimientos burocráticos encaminados a obstruir el acceso a programas básicos solicitando documentos de identidad u otros que impiden cumplir con los requisitos de participación en programas de apoyo, además de la limitación de los programas fronterizos a ciertas actividades y nacionalidades.

Según el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, en el último tiempo la discriminación alcanza incluso a los migrantes documentados para estancia temporal o con residencia permanente; en muchos casos, la persistencia y gravedad de los actos, así como la falta de sanciones, provocan que las arbitrariedades se extiendan al grado de que hoy no es difícil demostrar por qué estas personas se encuentran en desventaja frente a las nacionales.

c) La dimensión política del enfoque selectivo de la migración y seguridad

Después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas, se ha construido y justificado una línea de políticas que tiene como referencia específica la seguridad de la frontera de Estados Unidos. Dicha política de seguridad propuesta por el país norteamericano para la región se caracteriza por ser regresiva y agresiva con el respeto a los derechos Humanos.[43]

Debido a lo anterior se observa un aumento en la toma de medidas específicas *ad hoc* —corto, mediano y largo plazo— que acompañan a las políticas

43 Bimal Ghosh, "El Acceso de los Migrantes a los Derechos Humanos: Un Camino Lleno de Piedras", Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos (CIEDH), VI Asamblea Anual, Guadalajara, 17-18 de enero de 2003, p. 15.

públicas para hacerlas operativas y contrarias al principio de igualdad y la no discriminación de las personas migrantes y sus familias, particularmente a personas que se encuentran indocumentadas, pues se supone que con su entrada al territorio sin el consentimiento de las autoridades de México se promueven actos de terrorismo y crimen organizado.

Partiendo de este último aspecto, las políticas de seguridad han cobrado especial importancia cuando se habla de migración en la región. A la fecha, es imposible dejar de considerar alguna acción en la materia si no se considera su posible colisión con los programas públicos y acciones de gobierno que se implementan con el ánimo de aumentar la eficiencia en las acciones del Estado para eliminar, en primer lugar, los riesgos —entendidos y expresados casi siempre como *la ilegalidad* y que sirven como detonantes del ataque a lo que se denomina ambiguamente como *expresiones hostiles a la democracia*, por ejemplo: la migración internacional— y las amenazas que ese tránsito conlleva.

El caso de la migración que tiene como propósito llegar a México para trabajar, especialmente en la frontera sur, las políticas de seguridad impactan de forma diferente que para el grueso de las personas que se internan en el país para tratar de llegar a los Estados Unidos; para estos últimos, las políticas de control y vigilancia se dirigen hacia migrantes indocumentados, mientras que al mismo tiempo se configuran nuevos entramados jurídicos que ponen en duda el respeto a los derechos humanos y se emiten lineamientos ambiguos para el cumplimiento de los mismos. Esto lleva a interpretaciones arbitrarias de la autoridad, provocando tensiones en los gobiernos de la región, como es el caso de lo sucedido entre México y Centroamérica después de la matanza de San Fernando, Tamaulipas.

Dicha política confunde el mayor control de las fronteras con las políticas restrictivas y represivas a los migrantes indocumentados, y por ello tenemos hoy una confusión entre proteger la seguridad de las fronteras y cometer actos de violación de los derechos a la vida, juicio justo, respeto a los derechos laborales y negación de servicios básicos a migrantes indocumentados, incluso con estancia legal en el país. En palabras del investigador Rodolfo Casillas:

> Por sí misma, la transmigración centroamericana nunca ha sido, ni es, problema para México. Lo empezó a ser cuando EU modificó su política migratoria hacia Centroamérica. Por un lado, empezó un nuevo ciclo de deportaciones estadounidenses hacia el sur (que afecta más y directamente, por el volumen de personas

> involucradas, a México) y, por otro, demandó a la parte mexicana mayor control de su bordo sureño México llegó a fin de siglo XX con una parte importante de su estructura administrativa y personal de Migración orientada a procurar contener la transmigración centroamericana, y toda aquella indocumentada que viniera por la frontera sur mexicana, lo más cerca posible de esa frontera.[44]

Según Maggie Ibrahim, la aplicación del enfoque de seguridad a la migración es, en cierta manera, una expresión de discriminación, pues promueve un sentimiento de que el migrante indocumentado no es bienvenido por lo que se desarrollan tratos para migrantes con documentación y otros para los de estatus irregular, en general poco incluyentes con base en criterios de seguridad y nacionalidad que dotan o privan derechos.[45]

La aplicación del enfoque de seguridad provoca de forma directa e indirecta actos de desigualdad y discriminación hacia las personas indocumentadas y sus familias, específicamente en lo referido a tres obligaciones relacionadas con la protección de derechos humanos:

> 1) el tratarse de una desigualdad de tratamiento, consistente en una distinción, exclusión o preferencia; 2) el que esa desigualdad de tratamiento se base precisamente en una de las causas o criterios que las propias normas jurídicas señalan como prohibidos; y 3) que tenga por efecto anular ya sea la igualdad de trato o bien la igualdad de oportunidades.[46]

Lamentablemente, el enfoque de seguridad es la respuesta del gobierno de Estados Unidos y ha decido insistir en la implementación de políticas de contención en los países de Centroamérica y México en lugar de dar solución multilateral concertada a las causas estructurales que la provocan.

En este tenor, cabe señalar que el tema de migración y refugio tiene un tinte político con un discurso racista antiinmigrante por parte del gobierno de EE.UU. reforzado o cruzado con temas geopolíticos; como ejemplo, imposiciones económicas desleales, tales como la aplicación de aranceles a productos mexicanos que se traducen en un condicionante a México para detener la

44 Rodolfo Casillas, "La Migración Internacional y los Derechos Humanos en Guía de Especialidad de Grupos en Situación de Vulnerabilidad" (tesis, Facultad Latinoamericana de Derechos Humanos, 2010), p. 39

45 Maggie Ibrahim, "The Securitization of Migration: a Racial Discourse", *International Migration* 43, n.° 5 (2005): pp. 163-187.

46 Carol L. Girón Solórzano, *Lineamientos Regionales para la Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes en Memoria del seminario Internacional "Derechos humanos de los migrantes". Programa de cooperación sobre Derechos Humanos, México - Comisión Europea* (México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005), p. 111.

migración, y las amenazas de recortes de fondos de asistencia a las naciones centroamericanas.

A propósito, el gobierno federal actual se caracteriza por una reedición y/o profundización de las medidas de contención y el cierre de fronteras con alta presencia militar, además de difundir en las comunidades de tránsito información falsa, como el inminente aumento de delitos o el desabasto de los servicios básicos a los que se hace insistentemente referencia con el fin de causar miedo e incentivar actos de violencia, rechazo y hostilidad en su paso.

Al mismo tiempo, se ha visto obligado a la aceptación de facto o de *jure* para convertirse en tercer país seguro, léase México y Guatemala, respectivamente, y en respuesta se reciba ayuda económica y asistencia para la implementación de los planes de militarización, lo que significa que las personas migrantes se convierten en moneda de cambio que sostiene el sistema económico en la región.

Esto conecta con los reportes de algunos medios de comunicación masiva que provocan un clima adverso sobre las personas en movilidad, al hacer eco de mensajes que criminalizan la migración como parte de una visión de seguridad nacional y que terminan por reforzar la necesidad de ceder a la presión que ejerce el gobierno de los Estados Unidos. Un ejemplo de ello lo constituyen las justificaciones de detenciones arbitrarias de migrantes o la ampliación de las facultades de control migratorio a corporaciones de seguridad pública y/o militar que violentan normas legales establecidas, y se presentan como acciones positivas para la seguridad de los países.

Como consecuencia de este modelo orquestado desde Estados Unidos, en México se han (re)establecido políticas de mano dura en contra de las personas en procesos de movilidad, se han roto las posibilidades de cambio que prometía la nueva administración gubernamental federal, por lo menos, en lo que respecta a tratar de marcar una línea o ruta de flujo para que las personas migrantes puedan llevar los procesos de una forma segura.

Actualmente, la frontera sur de México sufre la mayor presión migratoria de toda el área de Centroamérica. En ella se une el flujo de distintas partes del mundo al flujo migratorio centroamericano de larga data, identificado como transfronterizo local, transmigrante y de migración temporal y permanente, asentado en Chiapas.

La aplicación del enfoque de seguridad también provoca nuevos fenómenos vinculados con la discriminación para los migrantes indocumentados

que llegan a instalarse en México, pues por el temor de ser deportados en condiciones inseguras cae en manos de grupos delictivos que ofrecen "protección", lo que impulsa el crecimiento de una nueva categoría de violación a los derechos de los migrantes vinculada con la trata de personas, en donde las ganancias provienen de la explotación de la migración irregular.[47]

Por ello, se vuelve asunto principal la lucha por el reconocimiento de las condiciones en las que viven los migrantes indocumentados que pretenden quedarse en México, pues ellos serían el grupo con mayores afectaciones a sus derechos humanos —derivadas de la invisibilización debida a su lejanía con el centro del país que concentra el poder político y económico—, especialmente los relacionados con la seguridad social o salud:

> La discriminación y exclusión en contra de las personas migrantes suele plasmarse en (…) obstáculos que les impiden acceder a los servicios de salud. Si bien, en líneas generales, siempre existe una distancia importante entre los estándares internacionales en materia de derecho a la salud y la práctica, en el caso de las personas migrantes esta distancia se acentúa. En algunos Estados, incluso, ellas temen acudir a un hospital por temor a ser denunciadas a las autoridades migratorias.[48]

Apuntes para una estrategia de políticas con enfoque de derechos en la migración: el caso de los migrantes indocumentados y sus familias y el derecho a la salud

De acuerdo a las directrices de Maastricht,[49] el sentido de los derechos humanos en las políticas públicas es que el Estado asuma en plenitud y de manera proactiva el carácter integral de las desigualdades como parte de las que se reproducen en el conjunto de la sociedad, reconociendo que los diferentes orga-

47 El Protocolo de Palermo define a la trata como "La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza y otras formas de coacción, al rapto, el fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos".

48 Helena Olea Rodríguez, "Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno", en *Anuario de Derechos Humanos* 2007 (Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007), p. 207.

49 "Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales", *COHDEM,* n.° 72 (2005): pp. 120-125, http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/directrices-de-maastricht-sobre-violaciones-a-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf

nismos que lo componen tienen la capacidad y la responsabilidad de aportar a la construcción de la igualdad de oportunidades y derechos en una sociedad diversa, plural y multiétnica como la mexicana.

Se diferencia de las herramientas específicas en que esta estrategia no supone necesariamente la generación de políticas, sino que se propone propiciar cambios en ellas y en programas existentes con la perspectiva de derechos humanos de forma que se asegure que estas políticas no tengan efectos desiguales y discriminatorios. La integración transversal del enfoque de derechos humanos se logra cuando se han hecho cambios en las políticas y programas desde sus objetivos hasta las actividades y distribución presupuestaria. Esta fase implica un cambio profundo y radical desde el momento de su diseño hasta su evaluación. Para el logro de este cambio se requiere una serie de condiciones necesarias, tales como que:

- Los objetivos se propongan avanzar hacia la igualdad y no discriminación de la población migrante en el país;
- Se haya hecho un diagnóstico participativo con enfoque de derechos humanos;
- Existan estadísticas desagregadas de los migrantes;
- Se reconozcan los intereses y necesidades específicas de las y los migrantes, considerando sus diversas expresiones;
- Las medidas y acciones propuestas consideren los obstáculos que afectan a la población migrante, especialmente a los trabajadores indocumentados.

Se pueda evidenciar una igualdad en los resultados obtenidos por esas políticas y programas equitativos con las diferenciaciones para mujeres y hombres que trabajan de forma indocumentada. Lo anterior impulsará que se elimine la discriminación no solo de forma retórica como hasta hoy, sino efectiva en los planos de la vida política y pública; en la igualdad en el acceso a la educación; en el acceso a servicios de salud incluyendo los de planificación familiar; en la vida económica y social, incluyendo el empleo; y finalmente, en reconocer los aportes que hacen de forma silenciosa los hombres y mujeres migrantes que forzados o voluntariamente hacen su vida en México, sin otro compromiso que mejorar su calidad de vida y la de su comunidad de llegada. A continuación, se proponen algunas medidas que abonen en este sentido:

Aplicación del bloque de instrumentos internacionales en el ámbito interno

Uno de los primeros aspectos es demostrar la validez de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno, aunque por la concentración de migrantes centroamericanos se vuelve de relevancia y una tarea no solo para México, sino para la región, que expulsa miles de migrantes cada año.

El piso mínimo es la aplicación del bloque de instrumentos internacionales desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, entre los que se encuentran: Generales de Derechos Humanos aplicables a la protección de las personas migrantes indocumentadas y sus familias: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), (DUDH); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), (Pacto) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), (PIDESC).

Entre los instrumentos específicos temáticos para la protección de personas migrantes indocumentadas y sus familias se destacan: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), (ICERD); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), (CEDAW); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), (CAT); Convención sobre los Derechos del Niño (1989), (CDN); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRDP) y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (1990), (ICRMW). Por lo anterior, se vuelve estratégica la interpretación en conjunto de los nueve instrumentos internacionales y bajo el principio de *pro personae* que incorporó la Constitución en la reforma de derechos humanos del 2011 y que sería una de las vías para subsanar la interpretación tan estrecha entre legales e ilegales que impiden el acceso a derechos básicos.[50]

Derecho a la salud es el punto de partida para la transversalidad el principio de igualdad y no discriminación de las y los trabajadores migrantes indocumentados

Avanzar en el acceso, goce y disfrute en el derecho a la salud permite materializar la implementación del principio de igualdad y no discriminación.

50 Ariadna Estévez López, *Derechos humanos, Migración y Conflicto Social. Hacia una Justicia Global Descolonizada* (México: CISAN-UNAM, 2012), p. 49

Dos razones atienden a ello: por ser un derecho bisagra para acceder a otros derechos y porque impacta en el bienestar social en la familias migrantes y comunidad de llegada.

El Comité DESC, en su Observación General No. 14, ha establecido una serie de obligaciones que configura como básicas las descritas en el párrafo 43 sobre la garantía de los niveles esenciales del derecho a la salud: garantizar el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria; asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como suministro de agua potable; facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas de la OMS en su Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

Acciones positivas o afirmativas a favor de los trabajadores migrantes indocumentados

Las medidas de acción positiva están dirigidas a eliminar los obstáculos que se oponen a que hombres o mujeres migrantes disfruten de una ciudadanía social en condiciones de igualdad;[51] lo que se persigue con las acciones positivas es el establecimiento de medidas temporales que permiten corregir aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios y están dirigidas a compensar situaciones de desventaja. Dichas acciones afirmativas a favor de las y los trabajadores migrantes indocumentados tienen entre sus objetivos identificar y eliminar discriminaciones reales en el ámbito laboral, incorporar al mercado de trabajo a los migrantes en condiciones de igualdad ante la ley y eliminar los obstáculos que les impidan organizarse para reclamar derechos como un grupo específico presente en la comunidad, como el derecho a recibir prestaciones sociales por realizar tareas como empleadas(os) domésticas(os) o igual salario que los nacionales en los trabajos de servicios.

51 Organización Internacional del Trabajo, "Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: 'La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse'" (informe del Director General, Ginebra, 2011) pp. 40 y 41.

Las acciones pueden variar según las condiciones, de hecho, en el derecho a la salud se necesita que las acciones vayan desde lo individual a lo colectivo, de lo universal a lo focalizado, de la acción puntual a las acciones sistemáticas, pero todas con el propósito de eliminar obstáculos para el igual ejercicio de los derechos.[52] Para lo anterior es necesario implementar los siguientes tipos de acciones:[53]

- El establecimiento de trato preferencial a las mujeres que acrediten que por razones de violencia de género o ser jefas de familia necesiten de medidas especiales para lograr permisos de trabajos.
- Flexibilización de requisitos a fin de facilitar a las mujeres que sean beneficiarias de un determinado programa relacionados con su condición de género.
- Asignación de metas y plazos para la inclusión en los sistemas de salud de trabajadores migrantes indocumentados en reconocimiento del aporte al desarrollo económico local y nacional.
- Capacitación para la inclusión de la población migrante indocumentada que coadyuve a su regularización definitiva en el país.
- Desarrollar campañas de sensibilización para transformar estereotipos o estigmas del migrante que busca como destino México, tal como lo señalan diversos instrumentos internacionales.

Cambios en el eje institucional/ organizacional

La incorporación de la perspectiva de los derechos humanos al interior de las dependencias, específicamente en el sistema de salud, involucra cambios institucionales que, entre otras cosas, significan revisar las capacidades de las dependencias de salud para determinar con precisión las estrategias políticas y programas de acceso a los servicios, así como las acciones de salud relacionadas con las necesidades de los trabajadores migrantes indocumentados. Estos cambios obligarían a otras dependencias e instituciones públicas a realizarlas.

52 Óscar Parra Vera, *El Derecho a la Salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales* (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003), p. 72.

53 Alejandra Faúndez y Marisa Weinstein, *Ampliando la Mirada: La Integración de los Enfoques de Género, Interculturalidad y Derechos Humanos* (Chile: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y otros, 2013), p. 41.

Factibilidad de la transversalidad del principio de igualdad y no discriminación en las políticas de protección a las y los trabajadores migrantes indocumentados y sus familias en México

Para la instalación efectiva de cualquier proceso innovador y crítico en las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos, los componentes fundamentales son al menos: la voluntad política de las autoridades, las definiciones estratégicas en torno al principio de igualdad y no discriminación, el plano operativo de la implementación de acciones y la gestión externa hacia la sociedad en su conjunto para sensibilizarla respecto de los cambios.

Conclusión

Una política pública acorde con los derechos humanos permite construir una política de Estado que considera intrínseca la perspectiva de derechos a las dimensiones económicas, sociales, políticas y culturales que protegen a las personas trabajadoras migrantes y sus familias. Asimismo, resulta relevante destacar que la inserción de una política pública de transversalización del principio de igualdad y no discriminación no se encuentra exenta de críticas y tensiones, su tratamiento impone desafíos en el diseño de la agenda para una migración "ordenada, segura y protectora de derechos de las personas. Con todo, cada una de estas dimensiones implica también importantes dificultades".[54]

Ante tal situación, la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos ofrece elementos valiosos para no establecer escenarios de polaridad en su solución, sino de rutas adaptables y consensuadas entre múltiples actores, las cuales tienen como punto de partida las nociones de igualdad y no discriminación.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad Judicial de los derechos Sociales. Derechos Sociales, Instrucciones de Uso*. México: Ediciones Fontamara, 2003.

Abramovich, Víctor. "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo". *Revista de la CEPAL*, n.° 88 (abril de 2006).

54 Jorge Martínez Pizarro, "Migración internacional, derechos humanos y desarrollo" (Documento presentado en la Reunión del Comité Especial sobre Población y Desarrollo del XXXI periodo de sesiones de la CEPAL. Centro Latinoamericano de y Caribeño de Demografía (CELADE), Santiago de Chile, 2006), p. 18.

Alba, Francisco. *El Papel de los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes: La Convención Internacional de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en Migraciones contemporáneas en la región sur-sureste de México*. México: El Colegio de la Frontera Sur-IISUABJO, 2010.

Alto Comisionado de Derechos Humanos para las Naciones Unidas. "Estudio de los efectos de la discriminación racial en las esferas de la educación, la capacitación y el empleo, en cuanto afecta a los hijos de personas pertenecientes a grupos minoritarios, en particular de trabajadores migratorios". http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f151bec72dedcffd802568db003f1515?Opendocument

Anguiano Téllez, María Eugenia. "Inmigración, emigración y tránsito migratorio en Chiapas: un bosquejo general Liminar". *Estudios Sociales y Humanísticos* VI, n.° 2 (julio-diciembre de 2008): pp. 142-154.

Armijo Canto, Natalia. Frontera sur: los retos múltiples de la diversidad. Migración y Seguridad: *Nuevo desafío para México*. México: Centro de Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011.

Banco Mundial. "Cifra sin precedente de remesas a nivel mundial en 2018". Comunicado, Washington, 8 de abril de 2019. https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/04/08/record-high-remittances-sent-globally-in-2018

Bustamante, Jorge. *Informe sobre la Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el derecho al Desarrollo (Adición). Misión a México*. México: Organización de las Naciones Unidas, 2009).

Cabadas, María. "Se dispara migración de niños 132% en 6 meses". *Diario ContraRepública*, 18 de julio de 2019. https://www.contrareplica.mx/nota-Se-dispara-migracion-de-ninos-132-en-6-meses201918744.

Cantón Jaramillo, Octavio. "Derechos laborales de los inmigrantes en México: La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el modelo de regulación laboral mexicano en Derechos humanos y flujos migratorios en las fronteras de México". En *Derechos laborales y sociales de los migrante*s. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, Universidad Autónoma de México, Universidad Iberoamericana, A. C., Oficina de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2003). http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/cap4.pdf

Carbonell, Miguel. *Derecho a Migrar en Instituciones Sociales en el Constitucionalismo Contemporáneo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

Casillas, Rodolfo. "La Migración Internacional y los Derechos Humanos en Guía de Especialidad de Grupos en Situación de Vulnerabilidad". Tesis, Facultad Latinoamericana de Derechos Humanos, 2010.

Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova. *Los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes en la Frontera México-Guatemala*. México: Ford Foundation, 2012. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9361.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Observaciones generales". 1990. https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. "Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (Enadis) Resultados sobre Personas Migrantes". 2010.

Corona, Rodolfo y Reyes, Miguel Ángel. *Identificación, caracterización y cuantificación en Flujos Migratorios en la Frontera Guatemala-México*. México: Instituto Nacional de Migración, El Colegio de la Frontera Norte, 2009.

Estévez López, Ariadna. *Derechos humanos, Migración y Conflicto Social. Hacia una Justicia Global Descolonizada*. México: CISAN-UNAM, 2012.

Faúndez, Alejandra y Weinstein, Marisa. *Ampliando la Mirada: La Integración de los Enfoques de Género, Interculturalidad y Derechos Humanos*. Chile: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y otros, 2013.

García, Jacobo. "La OEA pide nuevas elecciones en Honduras mientras el órgano electoral hace presidente a Juan Orlando". *El País*, 18 de diciembre de 2017. https://elpais.com/internacional/2017/12/18/america/1513557348_630202.html

Ghosh, Bimal. "El Acceso de los Migrantes a los Derechos Humanos: Un Camino Lleno de Piedras". Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos (CIEDH), VI Asamblea Anual, Guadalajara, 17-18 de enero de 2003.

Giménez, Gilberto. "Las diferentes formas de discriminación desde la perspectiva de la lucha por el reconocimiento social". *Revista de Investigación Social*, n.° 1 (2005): pp. 31-45. http://ru.iis.sociales.unam.mx/bitstream/IIS/5259/1/03gimenez.pdf

Girón Solórzano, Carol L. *Lineamientos Regionales para la Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes en Memoria del seminario Internacional* "Derechos humanos de los migrantes". Programa de cooperación sobre Derechos Humanos, México - Comisión Europea. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

Grupo de Trabajo sobre Política Migratoria (GTPM). "Posicionamiento con relación al Anteproyecto del Reglamento de la Ley de Migración y las ausencias de dialogo y participación efectiva de la sociedad civil en el proceso de su elaboración". 2011. http://imprasc.net:29572/otros/migracion/pdfs/posicionamiento12012012.pdf

Ibrahim, Maggie. "The Securitization of Migration: a Racial Discourse". *International Migration* 43, n.° 5 (2005): pp. 163-187.

Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI). "Informativo Oportuno: Conociendo… nos Todos. Conteo de Población y Vivienda 2010", mayo de 2011.

Jiménez Benítez, William Guillermo. "El enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas". *Civilizar. Ciencias Sociales y* Humanas 7, n.° 12 (enero-junio de 2007).

Kleemans, Marieke y Klugman, Jeni. "Understanding Attitudes towards Migrants: A Broader Perspective", *Human Development Reports Research Paper* 53 (2009).

La Jornada. "En su propio país, el INM los discrimina por su color de piel". 29 de noviembre de 2020. https://www.jornada.com.mx/2020/11/29/politica/011n2pol

Marion Young, Iris. "Vida política y deferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal". En *Perspectivas feministas en teoría política*, Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1996.

Morales, Gabriela. "La situación de los derechos de los migrantes en la frontera norte". Informe sobre la Situación General de los Derechos de los Migrantes y sus Familias, 2013.

Nájera Aguirre, Jessica N. "Participación familiar y formas de movilidad laboral transfronteriza de las y los guatemaltecos a Chiapas". Ponencia, XI Reunión Nacional de Investigación Demográfica en México, mayo de 2011.

Olea Rodríguez, Helena. "Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno", en *Anuario de Derechos Humanos 2007*. Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). "Migración internacional y desarrollo". Informe del Secretario General, Sexagésimo período de sesiones, Tema 54 c del programa Globalización e interdependencia: migración internacional y desarrollo, Nueva York, 2006.

Organización de las Naciones Unidas. "Migrantes de Guatemala sufren violación a DD. HH. En México". Disponible en: https://www.dw.com/es/onu-migrantes-de-guatemala-sufren-violación-a-dd-hh-en-méxico/a-54562550

Organización de los Estados Iberoamericanos. http://www.oei.es/quipu/pobreza_infancia3.pdf

Organización Internacional del Trabajo. "Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: 'La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse'". Informe del Director General, Ginebra, 2011.

Organización Internacional para las Migraciones-OIM. "Hechos y Cifras". http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/facts--figures-1.html

Organización Internacional sobre las Migraciones. "Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020", 2020.

Parra Vera, Óscar. El Derecho a la Salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá: *Defensoría del Pueblo*, 2003.

Petit, Juan Miguel. *Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos*. Chile: Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2003.

Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados (PICUM). *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa*. Bélgica: PICUM, 2010.

Project Counselling Service. "Breve aproximación al contexto sociopolítico en lo que tiene que ver y afecta a la migración internacional". 2011.

Rodríguez Chávez, Ernesto. "Frontera sur y política migratoria en México (circularidad, seguridad y derechos humanos)". *Revista Foreign Affairs en español* 6, n.° 4 (2006).

Rodríguez Zepeda, Jesús. "Una Idea Teórica de la No Discriminación". En *Derecho a la no discriminación*. Coordinado por Carlos Torre Martínez. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

S. A. "Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales". COHDEM, n.° 72 (2005): pp. 120-125. http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/directrices-de-maastricht-sobre-violaciones-a-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf

Sin Fronteras. “Diagnóstico sobre la integración local de la población migrante y refugiada en México en los ámbitos educativo, laboral y social. México: Documento interno”. 2007.

Tobar Gramajo, Aldo Mario. “Causas estructurales y dimensiones de la migración en Guatemala”. *Revista Ecofronteras*, n.° 19 (agosto de 2003).

Tercera parte

Derechos Humanos de segunda y tercera generación

CAPÍTULO XVI

Los usuarios como víctimas de mecanismos multicausales en el sistema de salud. Modelo para interpretar la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Linda Dayán Castro Calvo[1]

El presente documento pretende explicar los diversos mecanismos que hacen a los usuarios del sistema de salud víctimas del mismo, revisando principalmente las condiciones normativas, sociales y culturales que inciden en este resultado. Se usa a modo de leitmotiv el problema que ha reaparecido recientemente dentro del sistema de salud de los "paseos de la muerte", intentando exponer cómo se conectan con la presión por la baja de costos en el sistema, la corrupción y la inactividad por momentos de diversos organismos de control. Finalmente se concluye la responsabilidad internacional del Estado en estos casos reiterados de mala calidad de acuerdo a la legislación internacional aplicable.

Introducción

El objetivo de este documento es observar el modo en que la violencia patente en el sistema de salud en Colombia afecta a los ciudadanos. Se trata de orien-

1 Magíster en Protección Internacional de los Derechos Humanos, Políticas Públicas y Sostenibilidad de la UAX España, Magíster en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ Argentina, Especialista en Derecho Procesal Constitucional y Justicia Militar, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en Legislación Educativa y Procedimientos. Profesora universitaria de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de FUNDES, Colombia. Miembro activo y Asesora de la Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Guadalajara – México.

tar la atención hacia la manera en que el conjunto de mecanismos sociales hace de los usuarios potenciales víctimas de las instituciones dedicadas a la atención de la salud y otros derechos económicos sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCA). Tal probabilidad no deja de aplicarse en el caso de algunos pacientes que, no obstante, no ocupan la atención de los medios de masa que hacen una cobertura parcial, superficial y, en algunos casos, simplemente mendaz de los eventos en el sistema de salud.

Para alcanzar el objetivo planteado se pretende agotar tres pasos. En primer lugar, se intenta exponer de manera sucinta el modelo de seguridad social y de atención a los DESCA en Colombia. En segundo lugar, relacionar la información con el desempeño de la política pública del sector, así como señalar los resultados negativos que siguen presentándose en el sistema de salud y otros derechos. En un tercer momento, se busca interpretar los datos aportados buscando las causas que los explican y desplegar un análisis cultural y jurídico de los derechos de la población.

Características básicas del sistema de seguridad social en Colombia

En 1939, una de las más memorables cantantes del Jazz, Billie Holiday, decide grabar una canción de nombre "Strange Fruit", escrita por un maestro de escuela llamado Abel Meeropol, inspirada en el linchamiento y muerte de dos jóvenes negros el 7 de agosto de 1930 como resultado de una acusación de violación que a la postre resultaría demostrarse falsa. Según se afirma, la decisión que tomó Billie Holiday y que entrañaba ciertos riesgos fue motivada en parte por el recuerdo del padre de la artista que murió en su momento por falta de atención médica, como resultado del racismo.[2] El evento recién referido generó un conjunto de represalias contra la intérprete. Los problemas raciales que en Estados Unidos tenían efectos en determinados derechos son cotidianos en Colombia sin conflictos de ese tipo a la vista,[3] pues las muertes

2 Como se cita en Soledad Pérez, *'Strange Fruit', ícono de identidad y memoria. 3ras Jornadas Internacionales de cultura y literatura en lengua inglesa* (Argentina: Memoria Académica, 2008), p. 6-7, http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.6531/ev.6531.pdf

3 "Otra víctima fatal de paseo de la muerte en la capital", *Semana*, 25 de septiembre de 2015, https://www.semana.com/nacion/articulo/otra-victima-fatal-del-paseo-de-la-muerte-en-la-capital/443733-3; "Niño de 11 años, nueva víctima del 'paseo de la muerte'", *El Tiempo,* 4 de marzo de 2006, https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1936675; "El 'paseo de la muerte' ya deja 89 víctimas durante el 2018", *Caracol Radio*, 3 de noviembre de 2018, https://caracol.com.co/radio/2018/10/03/nacional/1538571677_077170.html; "Paseo de la muerte a turista embarazada luego de un accidente de tránsito", *El Univer-*

ocurridas dentro de su sistema de salud ni siquiera no responden a ningún tipo de discriminación.

La salud de Colombia se gestiona mediante aseguradoras que intermedian entre el usuario y las prestaciones en salud. Sus obligaciones llegan en principio hasta lo ordenado en un plan de beneficios. Lo que no esté en el plan puede ser una prestación que otorgue un comité técnico o puede ser ordenado vía judicial por acciones de tutela. El sistema se financia por aportes de trabajadores y empleadores cuando hay contrato de trabajo o por traslados de las entidades públicas cuando no deriva de tal contrato, lo que distingue entre los afiliados en el contributivo y el subsidiado. Múltiples problemas se han presentado, lo que justificó que la Corte Constitucional definiera hace unos años que había un Estado de Cosas Inconstitucionales y ordenó la realización de un conjunto de acciones para garantizar la correcta prestación de los servicios de salud,[4] que dieron como resultado la Ley Estatutaria de la Salud 1751/2015 donde se reconoce la salud como derecho fundamental otrora servicio público en la Constitución de 1991.

Las acciones que han derivado en el sistema han ocupado diversos pronunciamientos que transparentan la subsistencia de determinados problemas, que serán expuestos más adelante. El monto que les corresponde a las Empresas Promotoras de Servicios de salud (EPS) es una parte de los aportes que recibe la denominación de unidad de pago por capitación. La administración de los recursos originalmente se contrataba con una fiduciaria[5] que subcontrataba a los servicios de auditoría del sistema para atender las peticiones de pago de gastos de las distintas cuentas del sistema; son de especial interés los

sal, 24 de marzo de 2015, https://www.eluniversal.com.co/sucesos/paseo-de-la-muerte-turista-embarazada-luego-de-un-accidente-de-transito-188543-LBEU287378; "Nuevo caso de paseo de la muerte, investigan autoridades de salud en Cali", *Caracol Radio*, 20 de mayo de 2019, https://www.msn.com/es-co/noticias/colombia/nuevo-caso-de-paseo-de-la-muerte-investigan-autoridades-de-salud-de-cali/vp-AABDEc2; Jair Hernán Lenis, "Denuncian 'paseo de la muerte' a un joven venezolano en Cali", *RCN Radio*,26 de septiembre de 2018, https://www.rcnradio.com/colombia/pacifico/denuncian-paseo-de-la-muerte-un-joven-venezolano-en-cali; "23 personas han muerto por 'paseo de la muerte' del sistema de salud", *El Tiempo*, 3 de octubre de 2018, https://www.eltiempo.com/bogota/muertos-por-paseo-de-la-muere-en-el-sistema-de-salud-276918; "Ciclista que fue atropellado en Soacha pudo ser víctima de paseo de la muerte en ambulancia", *El Espectador*, 29 de abril de 2019, https://www.elespectador.com/noticias/bogota/ciclista-que-fue-atropellado-en-soacha-pudo-ser-victima-de-paseo-de-la-muerte-en-ambulancia-articulo-852842

4 Sentencia SU-760/08 de la Corte Constitucional.

5 Ley 100/93, artículo 218.° del Congreso de la República de Colombia.

recobros que empezaron a surgir por las tutelas a las que eran condenadas las EPS. En la Ley 1753/15 la entidad que pasa a administrar los recursos de la salud pasa a ser la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que después se conoció como la ADRES.[6] Esa entidad recibe dineros de distintas vías y entrega el mismo siempre distinguiendo la fuente y la razón que justifica el desembolso. Si hay un contrato de trabajo o un subsidio hay traslados automáticos y fijos que cubren las prestaciones del plan de beneficios; si no, se requiere una sentencia judicial de tutela o los soportes de la orden de un Comité de médicos para tal prestación, con un pago extra al del plan de beneficios.

Otra transformación del sistema tuvo que ver con que las negaciones de aquellos asegurados produjeron un gran número de tutelas que con la Ley 1122/07 supuso la creación de Comités Técnico Científicos (CTC), que en parte ordenaran aquellos tratamientos por fuera del POS —hoy PBS— con algunos límites, con el fin de descongestionar al sistema judicial y que hoy se enmarcan en los denominados techos o presupuestos máximos para dichas coberturas, los cuales fueron calculados equivocadamente al contemplar información incompleta así como las omisiones de la asistencia en salud de las patologías de alto costo.

El destino de la administración del sistema de salud y los derechos económicos sociales, culturales y ambientales

El principal problema que surgió en el desarrollo del sistema de salud fue la indefinición asegurada por el sistema de salud (POS, siglas para el plan de beneficios al comienzo del sistema). En efecto, la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (en adelante ACEMI) respondía a la Corte Constitucional el 15 de julio de 2014 que determinadas prestaciones ordenadas por los jueces de tutela afectaban la reputación y señalaban la ambigüedad de la norma con respecto a prestaciones asociadas, por ejemplo los pañales en los hospitalizados.[7] La interpretación restrictiva de la ACEMI la condujo a recobrar a los fondos estatales todo lo que estrictamente no está ordenado.

La situación ha sido definida como restricciones al "flujo de recursos". Las consecuencias han sido los constantes autos de seguimiento de la Sentencia SU-760/08; el Auto 071/19 señala que redujeron las divergencias sobre el

6 Ley 1753/15, artículo 66.° del Congreso de la República de Colombia.

7 Respuesta a la pregunta 7.1 en el Auto 071 del 16 de febrero de 2019.

alcance del Plan de Beneficios[8] y se han producido otras condiciones para que el Estado entregue los restantes recursos no cubiertos por el mismo. No obstante, hay problemas en la vigilancia, entregas de recursos a las aseguradoras, lagunas en la regulatorias generales y del proceso para entregar los recursos estatales, y falta de unificación de procesos de entrega de recursos.[9] El resultado general de la evaluación en este punto es declarado bajo con respecto a la orden No. 27 de la Sentencia SU-760/08. La Corte ordena dar traslado al Presidente y a los organismos de control para el cumplimiento de las exigencias expuestas en la propia Sentencia SU-760/08.

Además de la situación del flujo de recursos, la Corte Constitucional ha establecido parámetros de cumplimiento de sus sentencias a partir de revisar si las medidas son adecuadas, acreditadas, con avances significativos, progresivos, sostenibles y suficientes. Es decir, a partir de criterios de adecuación, acreditación y calidad de los avances, el Auto 549/18 estableció la existencia de un estado de cumplimiento general de la Sentencia SU-760/08. El cumplimiento general da por sentado que la situación ha sido superada y la institución está en condiciones de conducirse correctamente incluso frente a situaciones nuevas o similares a las que dieron origen a un control constitucional.[10] Un punto que es controvertible del Auto tiene que ver con el cumplimiento de la orden 20 de la Sentencia SU-760/08, en palabras de la Corte:

> ...Así mismo, respecto a las IPS se encontró que el MSPS no ha expedido normas conducentes respecto al ranking, advirtiendo la inexistencia de criterios para poder diferenciar el funcionamiento y nivel de eficacia entre estas. Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de que el Ministerio de Salud cumplió con la obligación de incluir el ranking en la normatividad aplicable a las cartas de desempeño, debe asegurarse que dicho componente se incluya de forma precisa en ellas, tal como lo describe el último auto de valoración de la orden vigésima, de modo que la información contenida sea transparente y clara para los usuarios a los que se les pretende garantizar la libre escogencia.
>
> [….]
>
> Situación que será nuevamente valorada en el marco de la orden vigésima de la Sentencia T-760 de 2008, en la que se verificará el cumplimiento de los criterios que debía tener en cuenta el MSPS para la elaboración del ranking de las EPS, con el fin de garantizar el goce efectivo del derecho.

8 Apartado 4.2.2.1.
9 Apartados 4.2.3.1, 4.2.3.2.1, 4.2.3.3, 4.2.3.4 y 4.2.4.1, respectivamente.
10 Apartado 3.15.5.

La pregunta que se impone es ¿qué hace que la jurisprudencia constitucional se concentre de una manera tan preponderante en los mecanismos de la burocracia dentro del sistema de salud mientras que sigue siendo evidente la falta de protección directa de determinados derechos de los usuarios del sistema?

Dicho de otra manera, se puede hacer un análisis orden a orden dentro de la Sentencia SU-760/08 para observar el contenido de las mismas en busca de medidas que de manera inequívoca impongan condiciones de servicio a los usuarios y no se refieran a condiciones administrativas. En principio, esto exigiría dejar de lado las órdenes orientadas a los casos concretos tocados en la sentencia SU-760/08 (órdenes de 1 a 15) y concentrarse en las decisiones que tratan de las variables sistémicas del modelo de salud. Posteriormente, revisar las decisiones para descartar aquellas que tratan del sistema, pero en zonas que no se traducen necesarias en la calidad de la atención, con el fin de valorar los elementos que tienen que ver de manera estricta con los usuarios y sus derechos. Es decir, identificar y excluir cosas como las condiciones del plan de beneficios,[11] la actualización del plan de beneficios,[12] los avisos a los organismos de control[13] y las condiciones de esas informaciones,[14] informar los casos de negación de servicios y la discriminación de su información,[15] la unificación de los planes de beneficios[16] y su cronograma,[17] así como la presentación de un programa para las cotizaciones con una explicación de las causales para negar servicios.[18] De esta manera deben excluirse también las medidas para acelerar el proceso de recobro,[19] entre ellas evitar las constancias de tutelas con ejecutoria[20] al definir que se pague solo la diferencia entre la prestación dentro del plan de beneficios y lo que está fuera del mismo, la configuración de un plan de contingencia para estos problemas en las solicitudes atrasadas con cronogramas y todas las restantes condiciones,[21] al igual

11 Sentencia SU- 760/08, orden 16 de la Corte Constitucional.
12 Sentencia SU- 760/08, orden 17 de la Corte Constitucional.
13 Sentencia SU- 760/08, orden 18 de la Corte Constitucional.
14 Sentencia SU- 760/08, orden 19 de la Corte Constitucional.
15 Sentencia SU- 760/08, orden 20 de la Corte Constitucional.
16 Sentencia SU- 760/08, orden 21 de la Corte Constitucional.
17 Sentencia SU- 760/08, orden 22 de la Corte Constitucional.
18 Sentencia SU- 760/08, orden 23 de la Corte Constitucional.
19 Sentencia SU- 760/08, orden 24 de la Corte Constitucional.
20 Sentencia SU- 760/08, orden 25 de la Corte Constitucional.
21 Sentencia SU- 760/08, orden 26 de la Corte Constitucional.

que las previsiones para garantizar un sistema de recobros eficiente y acorde a las necesidades y prioridades del sistema.[22]

Este recuento de exclusiones en la Sentencia SU-760/08 que no afectan directa ni inequívocamente a los usuarios continúa con las decisiones sobre informes de las acciones judiciales que repitan problemas doctrinarios, que la sentencia pretende resolver con algunos organismos de control e instancias de la propia Corte Constitucional,[23] la notificación de la sentencia a la Procuraduría General y la Contraloría General de la Nación,[24] el Consejo Superior de la Judicatura para la notificación de los jueces,[25] los Ministerios y otras instancias dependientes del ejecutivo (Ministerio de Protección Social, Hacienda, Superintendencia de Salud, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud), Jefes de los organismos de control, asociaciones de usuarios,[26] y finalmente, las decisiones de disgregar y notificar a las restantes partes dentro de proceso.[27] El resumen de esta enumeración es que en el fondo solo dos disposiciones están en directa relación con los derechos de los usuarios: ordenar la entrega de una carta de derechos a los usuarios del sistema junto con unos conteos y cifras de desempeño de las aseguradoras; y la exigencia al Ministerio de Seguridad Social, que fue modificado posteriormente, de asegurar el avance de la universalidad del sistema.[28]

Lo más llamativo del proceso, si se lo ve en retrospectiva, es que la operación de la Corte Constitucional fue en buena medida lineal en el sentido de que una vez tomada la decisión los escándalos que estallaron al poco tiempo de su decisión y que suponían casos patentes de corrupción, así como la posibilidad de que hubieran otras prácticas corruptas en relación con el sistema, no fueron objeto de la consideración de la Corte, como si los casos de corrupción no pudieran poner en cuestión la pertinencia de las decisiones tomadas, que en muchos casos eran favorables a las aseguradoras del sistema de salud colombiano.

El caso más relevante por corrupción fue el sucedido en Saludcoop, que pocos años después despediría a uno de sus ejecutivos más reconocidos en el

22 Sentencia SU- 760/08, orden 27 de la Corte Constitucional.
23 Sentencia SU- 760/08, orden 30 de la Corte Constitucional.
24 Sentencia SU- 760/08, orden 31 de la Corte Constitucional.
25 Sentencia SU- 760/08, orden 32 de la Corte Constitucional.
26 Sentencia SU- 760/08, orden 33 de la Corte Constitucional.
27 Sentencia SU- 760/08, órdenes 34 y 35 de la Corte Constitucional.
28 Sentencia SU- 760/08, órdenes 28 y 29 de la Corte Constitucional.

sector. Una publicación en un medio periodístico de prestigio afirmó que se trataba de una empresa que había llegado a "ser considerada por el Boston Consulting como una de las cinco multinacionales colombianas que hacían parte de las cien empresas más grandes de Latinoamérica".[29] Para la EPS no hubo problema de flujo de recursos, se hizo dueña de Cruz Blanca y de CafeSalud[30] —que antes de la Sentencia SU-760/08 había sido condenada por evasión de impuestos—, y con posterioridad, otros problemas condujeron a que aumentara los recobros al entonces Fosyga. El proceso fue descubierto por un estudio de la Universidad Nacional y condujo en 2010 a la declaratoria de la emergencia social por parte del Gobierno Uribe.

Un conjunto de medios registró también la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio contra 14 EPS de la ACEMI. Las aseguradoras en esa época fueron multadas por conformar un cartel en el que establecían diversos modos de interpretaciones legales favorables.[31] Es decir, más o menos a tres años de producida la Sentencia SU-760/08 la cantidad de datos y actuaciones de la justicia que se estaban produciendo dejaban sin piso el diagnóstico sobre el que se alzaba el conjunto de decisiones que habían sido tomadas por la Corte Constitucional. En realidad, no solo es que hubiera problemas para el flujo de recursos de parte del Fosyga, sino que en realidad en muchos casos los recursos no correspondían a la realidad de la atención de las necesidades de los pacientes y los métodos de control comunes no necesariamente eran los más idóneos para tratar con el problema.

Las afirmaciones de ACEMI en los procesos de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), dentro del proceso por cartelización que se surtió en 2011 contra varias empresas de la asociación, son sintomáticas de una reorientación de algunos principios del sistema de salud. De un lado la ACEMI negaba la existencia de un sistema de competencia por precios en el sistema (lo que es cierto), en tanto que tanto las prestaciones de salud a las que están obligadas (POS hoy PBS) como la retribución por sus servicios (UPC) están definidas por normas uniformes.[32] Por otro lado, las EPS de la ACEMI se concen-

29 "Carlos Palacino, un gigante que terminó en el suelo", *Semana*, 3 de septiembre de 2018, https://www.semana.com/nacion/articulo/perfil-de-carlos-palacino-expresidente-de-saludcoop/559535/

30 *Ibídem.*

31 Yudi Alejandra Muñoz Osorio, Diana Marcela Osorio Moreno, Elena Patricia Robles Díaz, Yadira Esmirna Romero Ferreira, "Síndrome de Burnout en el personal de enfermería de un hospital de referencia en Ibagué 2014" (tesis, Universidad del Tolima, Colombia, 2016), p. 229-231.

32 Apartado 5.6.3.1 de la Resolución 46111 de 2011.

traron en afirmar que determinadas conductas son justificables de acuerdo con las prácticas y finalidades del sistema de salud; en consecuencia, la asociación de aseguradoras juzga irrazonable recibir una sanción por parte de la SIC. La ACEMI afirma que nunca hubo una entrega "de información desagregada de los precios o costos unitarios en que incurren las EPS para la prestación de los servicios",[33] agregando que "no puede haber un acuerdo anticompetitivo sobre un producto unificado".[34] El problema de la argumentación de la ACEMI es que si no puede haber un acuerdo anticompetitivo no tendría importancia ninguna entrega de precios desagregados.

Más adelante intenta justificar cada uno de los correos que hicieron parte del acervo probatorio del proceso en su contra. La SIC cita el objeto de las reuniones en los correos y su orientación a imponer interpretaciones con fuerza legal.[35] Precisamente el proceso de la Superintendencia de Industria y Comercio sanciona el hecho de que hubiera acuerdos sobre el modo de valorar las prestaciones fuera del plan de beneficios,[36] sobre todo en temas como los costos que significaba para cada entidad la inclusión de determinadas prestaciones en la atención de sus usuarios.

Las reconstrucciones del monto de los recobros que generaron el escándalo de la salud afirman que en 2001 llegaron[37] a 5 311 000; y en 2002 a 56 741 000 000, con lo que en ese momento se habrían multiplicaron por más de 10. En 2003, la cifra es de 113 708 999 000;[38] y al año siguiente, en parte por influencia de un documento del XII Foro Farmacéutico de la Asociación Nacional de Empresarios, el monto recobrado al Fosyga sería de 291 606 000 000, lo que supone una multiplicación por más de 40 veces frente al año 2001.[39] En 2007 los recobros llegaron a 628 254 000 000; en 2008 saltaron a 1 018 762 000 000. En el año siguiente el recobro habría subido —aunque poco— y pasó a 1 150 114 000 000; y en 2010 los recobros habrían llegado aproximadamente hasta el billón y medio de pesos. Según quien se consulte

33 Apartado 5.6.3.6 – ii. de la Resolución 46111 de 2011.
34 Resolución 46111 de 2011. ref. 31. apartado 5.6.3.6 – iii.
35 Apartado 6.2.1 – ii. de la Resolución 46111 de 2011.
36 Apartado 6.2.2.3 v – ii. de la Resolución 46111 de 2011.
37 Omaira Zamora, "Investigación proceso histórico de recobro al Fosyga, tecnologías de salud no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud", (tesis, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2018), p. 15. Se corrige la cifra para hacerla coherente con el propio texto de la autora.
38 Omaira Zamora, *Op. Cit.*, p. 15.
39 Omaira Zamora, *Op. Cit.*, p. 16.

se pueden dar diferencias en los precios, pero en todo caso las fuentes coinciden en que se trata de un ascenso descomunal de los precios.

Si se unen las argumentaciones de la ACEMI y sus prácticas comprobadas, el resultado necesario es que, contra la doctrina de los promotores desde las ciencias económicas del sistema de salud y sus defensores en las entidades del Estado, no hay mercado ni competencia ni las mejoras prometidas en calidad y precio de las prestaciones en salud con las que se abrió espacio para su instalación; por el contrario, se dio paso a asociaciones para imponer interpretaciones legales y para negar, siempre que sea posible, el acceso a la atención a los usuarios que financian el sistema por vía aportes parafiscales o impuestos. Por supuesto que estas evidencias son escrupulosamente borradas de cualquier análisis económico y nunca son traducidas a las fórmulas econométricas de los especialistas, ni son por lo tanto tenidas en cuenta a la hora de proponer alternativas desde la élite administrativa, de planeación y control económico del sistema social. La imagen general del sistema es la de una enorme maquinaria que no corresponde con la relación de los usuarios y los especialistas del sistema de salud. La relación médico–paciente se encuentra de esta manera prisionera de la lógica de "tiempos y movimientos" que hace de la auscultación una práctica burocrática ineficiente y del paciente un elemento en la cinta de montaje de facturación de prestaciones de salud. Dado que se trata del funcionamiento de un sistema social, la responsabilidad personal termina disuelta en el cuerpo administrativo, pero de esto no puede concluirse que no existan consecuencias para la población.

Dicho de otro modo, diversas determinantes dentro del sistema incumplen el principio de no-maleficencia entendido como un mandato a no causar daño a otro más que como una búsqueda del bienestar del otro.[40] Principio aplicable en el terreno de las prestaciones de salud, sobre todo para evitar el daño físico ajeno.[41] Se evita aquí abundar en datos de los montos perdidos, en las causas detrás de las prácticas como el "paseo de la muerte" y una negación de la atención justificada en la reducción de los costos de las aseguradoras en salud, solo para anotar el modo en que el sistema de salud estableció un nexo con la corrupción política.

40 Marsiglia Morales y Elével Ezequiel, "Falla en el servicio médico asistencial de urgencias en los hospitales y clínicas de Colombia: un quebrantamiento permanente al principio bioético de la no maleficencia" (Tesis, Universidad Javeriana de Colombia, 2015), p. 9.

41 Como se cita en Marsiglia Morales y Elével Ezequiel, *Op. Cit.,* pp. 9-10.

En un recuento de casos, hecho por el diario El Tiempo,[42] en los que se presenta corrupción dentro del sistema, desfilan cobros por cirugías y accidentes automovilísticos inexistentes, así como carteles de prestaciones para casos falsos de hemofilia, de síndrome de Down, sida, de las gafas y de los tratamientos odontológicos, etc. Lo que es profundamente coherente: si las personas se hacen papeles, las realidades pasan a ser expedientes con los que se factura y se cobra. Por eso en algunos Departamentos escalan de súbito las estadísticas de enfermos de hemofilia o de sida, lo que desnuda el nexo que ha surgido entre los entramados burocráticos y la corrupción política. Por ejemplo, por el cartel de la hemofilia está procesado en Colombia el exgobernador de Córdoba Alejandro Lyons y al parecer hay nexos con congresistas. Pero incluso la lucha contra la corrupción se alimenta de los mismos insumos, pues por confrontar papeles (códigos de barras en los exámenes diagnósticos) los organismos de control llegaron a descubrir el cartel de la hemofilia.[43]

Pero hay problemas adicionales a los ya revisados. Es decir, pasan otras cosas además de que el sistema se convierta en un conjunto de procedimientos burocráticos, los pacientes en expedientes y los expedientes falsos en maneras de obtener dineros estatales para la corrupción administrativa. Ocurren otros eventos en la realidad además de que el sistema de salud produzca paseos de la muerte y que un sistema orientado al mercado no tenga ni mercado ni competencia y que tales cosas desaparezcan de los ojos de los economistas, defensores científicos de la modelación matemática de la "realidad".

Uno de estos otros eventos es que el propio mecanismo usado para que funcione esta maquinaria burocrática, y que subordina las consideraciones médicas, sufre. Un estudio de la Universidad Sergio Arboleda sostiene que "actualmente los profesionales de la salud, especialmente los médicos especializados, generan y mantienen obligaciones contractuales prestando sus servicios con más de una empresa simultáneamente".[44] En efecto, los procesos de contratación que pueden vulnerar garantías laborales se han hecho tan tradicionales que las advertencias sobre la prohibición de la intermediación

42 "Por 18 vías se roban la plata de la salud de los colombianos", *El Tiempo,* 27 de enero de 2018, https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/formas-en-que-se-roban-la-plata-de-la-salud-en-colombia-175982

43 Contraloría General de la República De Colombia, *Grandes Hallazgos* (Colombia: Imprenta Nacional, 2018), p. 23.

44 Ricardo Gómez, Ingrid Marcela González, Jenny Patricia Grisales, Richard Mejía, Michael Andrés Pulido, "Síndrome de Burnout, amenaza oculta" (tesis, Universidad Sergio Arboleda, 2012), p. 34.

laboral con las cooperativas de trabajo asociado devienen fútiles.[45] Aun si se cumple una norma, aparecen nuevos modos de saltar garantías laborales, por ejemplo, contratos a término fijo de seis meses prorrogables por una vez.[46]

Los diversos modos de presión sobre la mano de obra —salario, inestabilidad, presión— generan cierto tipo de efectos que se han denominado en la literatura especializada como síndrome de Burnout, en general: agotamiento mental, el estrés laboral y emocional y el desgaste profesional.[47] También el síndrome ha sido caracterizado como la triada referida al agotamiento emocional, despersonalización y baja realización personal, [48]sobre la que se encuesta en el método de diagnóstico del "Burnout (MBI Maslach Burnout Inventory).[49]

Pero hay otros síntomas asociados al Burnout: pérdida gradual de preocupación y de sentimiento emocional hacia los colegas, el aislamiento y a la deshumanización.[50] Esto último explica la vinculación con la noción de despersonalización. También se manifiestan fenómenos como la depresión, la irritabilidad, la evitación de las relaciones profesionales, la baja de la productividad, la incapacidad de soportar la tensión, la pérdida de motivación y autoestima y la poca realización personal. Además, se ha interpretado como un sistema de adaptación que evita que los sujetos sucumban a respuestas emocionales, como la fuga y la huida que por vía de un perfeccionamiento ha llegado a ser disfuncional.[51]

En estudios con ayuda de resonancia magnética, se encuentra que frente a los grupos de control, las personas diagnosticadas con despersonalización presentan una activación de la corteza prefrontal ventrolateral, zona asociada a la regulación de la experiencia y de las emociones.[52] En tanto que las fases

45 Ley 1438/11, artículo 103.° del Congreso de la República de Colombia.

46 Ricardo Gómez *et. al.*, *Op. Cit.,* p. 33.

47 Julio César Gutiérrez Segura, John Jairo Peña Saravia, Johanna Zueth Montenegro Muñoz, Diana Marcela Osorio Vélez, Claudia María Caicedo González y Yuri Karine Gallego Hincapié, "Prevalencia y factores asociados a «Burnout» en médicos especialistas docentes de la Universidad Tecnológica de Pereira", *Revista Médica de Risaralda* 14, n.° 1 (mayo de 2008): p. 16.

48 María Elizabeth Vivanco Vivanco, Carmen Delia Sánchez León, Ruth Patricia Maldonado Rivera y Elsa Rosa Nora Erique Ortega, "Síndrome de Burnout en profesionales de la salud de en instituciones públicas y privadas: un análisis en la provincia de Loja-Ecuador", *Revista boletín REDIPE* 7, n.° 11 (noviembre de 2018): pp. 177-192.

49 Ricardo Gómez *et. al.*, *Op. Cit.,* p. 24.

50 Julio César Gutiérrez Segura *et. al.*, p. 16.

51 Mauricio Sierra-Siegert, "La despersonalización: aspectos clínicos y neurobiológicos", *Revista Colombiana de Psiquiatría* 37, n.° 1 (2008): p. 47.

52 *Ibídem*, p. 50.

finales del síndrome, al pasar por fenómenos como la aparición de adicciones o la pérdida de interés y atención, son peligrosas para los pacientes.[53]

La presencia del síndrome en Colombia está respaldada por numerosos a los que no se aluden con el fin de ahorrar espacio, aunque vale la pena enfatizar que las mujeres tienen un lugar particularmente desventurado en este proceso; por ejemplo, hay estudios en los que se analiza el terror psicológico en los estudiantes de posgrados médicos, cuyos resultados arrojan que tanto los hombres como las mujeres sufren de este tipo de eventos, pero en el caso de las mujeres se da un mayor grado de despersonalización, siguiendo los parámetros de Medición de Maslach VBG ya citada.[54]

En un estudio realizado en la Universidad de Caldas entre los estudiantes de V a XII semestre de posgrado de medicina —con un instrumento diagnóstico derivado de la metodología VBG por la Federación Internacional de Planificación Familiar— se analizó la violencia basada en género, en orientación sexual, en creencias religiosas o en raza. La conclusión es que los estudiantes percibieron que los actos de violencia ocurren por razones de sexo en el 94 % de los casos; en un 8.5 % por razones de orientación sexual; un 5.1 % por razones conectadas con las opciones religiosas; y en un 3.4 % por razones de raza.[55] La violencia consistía en comentarios sobre el futuro profesional de los médicos (42 por ciento) y actividades adicionales por fuera del reglamento (21 por ciento). Del otro lado, entre el 17 y el 20 por ciento de los alumnos se les negó realizar algún procedimiento o se sugirió realizar a las mujeres otra especialización por su sexo, mientras que el 39 por ciento de los estudiantes percibió un cambio de roles la misma causa.[56] Al 35 por ciento de las mujeres recibido comentarios con alusiones sexuales, al 5.5 % se les ha mostrado material con contenido sexual y al 4.5 por ciento se les ha sugerido subir notas a cambio de favores sexuales. En la Universidad Militar, el 94 por ciento de las personas admitieron haber recibido un tipo de violencia fundada en el género.[57]

---

53 Ricardo Gómez *et. al.*, *Op. Cit,* p. 16.

54 Sandra Patricia Moreno Realphe, Pablo Alfonso Sanabria Ferrand, Luis Artemo González y Quevedo Claudia Lucía Valencia Cedeño, "*¿«Sutilezas» de la discriminación y la violencia basada en género? Situación de los estudiantes y las estudiantes de pregrado y posgrado de una Facultad de Medicina de Bogotá D. C"*, *Revista Med* 23, n.° 1 (enero-junio de 2015): pp. 27-37.

55 Sandra Patricia Moreno Realphe, *Op. Cit.*, p. 31 y 32.

56 Sandra Patricia Moreno Realphe, *Op. Cit.*, p. 33.

57 Sandra Patricia Moreno Realphe, *Op. Cit.*, p. 34.

Se puede admitir que se trata de un comportamiento que se ve reflejado en distintos tipos de instituciones. Estudios similares se han hecho en universidades de Canadá y Japón, aunque es cierto que ciertos contextos en Colombia con respecto a los estudiantes de medicina son inusuales si se compara con Chile, donde entre el 25 y el 50 % de los estudiantes reportaron estos eventos de violencia, que en algunos casos universitarios han implicado violencia física.[58]

Resumiendo, los pacientes están sometidos a diversos mecanismos que configuran en conjunto una violencia estructural en su contra. Los pacientes deben pagar un sistema de salud para tener una atención deficiente, que en algunos casos llega hasta dejarlos morir en un juego macabro de paseos por instituciones que agotan el tiempo para ser atendidos. Es necesario detenerse en dos cuestiones previas en este momento; la primera ha de ser el uso de la expresión "pagar" de la oración anterior y, en segundo lugar, una clasificación de los elementos no estrictamente administrativos que generan el riesgo sobre el paciente.

En primer lugar, si el sistema de salud es subsidiado los pacientes pagan por una doble vía, tomando en cuenta que el rango de aportes a la sustentación del Estado es cada vez menor de parte de las grandes compañías y patrimonios que existen en el país. No hace falta demasiado esfuerzo para darse cuenta de que las constantes rebajas de impuestos a las grandes compañías y patrimonios, bajo el argumento de su bienestar, es el bienestar de una economía cada vez más enferma; es una moneda de cambio común de varios proyectos políticos a lo largo de por lo menos tres décadas. La relación entre baja de impuestos y creación de empleos es cada vez más dogmática y menos verificable con el paso de los años, algún sentido tendría estas rebajas si se dieran sobre inversiones demostrablemente nuevas. De modo que, los que aportan cada vez más recursos del Estado son la clase media y baja mediante impuestos indirectos que crecen también de modo ritual con cada reforma tributaria como el IVA.

Por otro lado, el empleado paga la totalidad de los aportes de salud, porque ningún empresario contrata para perder dinero en el proceso de explotar recurso alguno. Si los aportes que hace el empleado para el sistema contable fueran en realidad un gasto que disminuyera lo que aporta el uso del empleo contratado, nadie resultaría empleado. Todo esto dejando de lado los diversos

58 Sandra Patricia Moreno Realphe, *Op. Cit.*, p. 35.

métodos que la propia legislación faculta y que se prestan para bajar garantías laborales, al igual que los también tradicionales cambios de aportes a los sistemas de previsión social.

Por si fuera poco, a la burocratización, la corrupción política en el sistema y la tensión por bajar costos se suman el estrés y la desprotección laboral de los funcionarios de la salud. De modo que la regulación laboral, la falta de sistemas efectivos de control y la relativa desatención de la opinión pública completa el cuadro de violencia estructural en Colombia contra los usuarios del sistema de salud. Así, se convierten en víctimas de un engaño institucionalizado y de un riesgo indeterminado en cada escalón del sistema de asistencia; es decir riesgo a no ser diagnosticado a tiempo, riesgo a no recibir la atención requerida en su momento, a ser descuidados o a recibir una mala atención, y finalmente, a ser perjudicados por una conjura que no haga posible ni siquiera una atención de urgencia mediante el "paseo de la muerte".

Esta red causal puede recibir la denominación de "violencia estructural". El término deriva de la tradición sociológica sobre el conflicto y la paz; su explicación, así como el modo como se conecta con un evento cultural de mayor entidad, será tema del siguiente apartado, pero en todo caso es claro que aun si se admite como un término meramente metafórico no deja de tener la capacidad de expresar una buena parte del diagnóstico que quedó pendiente dentro de la Sentencia SU-760/08 y en la aplicación lineal de sus Autos. Dos son los temas mayores que al poco tiempo de producida la sentencia se desarrollaron con notable deficiencia: los sistemas de control y de auditoría sobre el sistema de salud —por encima de la auditoría sobre los recobros al Fosyga—, y la situación laboral de los empleados de la salud.

Sin embargo, hay que admitir que la Sentencia SU-760/08 al ratificar al derecho humano a la salud como un derecho fundamental abre un nuevo capítulo en la dialéctica que instauró la Constitución de 1991 de una manera muy particular. Mientras se reconocía la eficacia de nuevos derechos económicos sociales, culturales y ambientales, se abría la puerta para que su atención se pudiera producir mediante la intervención de actores privados. El resultado con el sistema de salud ha sido un pacto cubierto por varias capas de lenguaje tecnocrático entre los actores políticos y privados para beneficiarse de los diversos sistemas de protección social, procurando hacer pasar el proceso como un esfuerzo para contener la vulnerabilidad económica y social. La in-

termediación de recursos con muy cuestionables resultados está en la consecución de acueductos y de sistemas de energía. La educación y los sistemas de pensiones tienen cada vez más actores privados. La dinámica está llegando incluso hasta la prestación de los antiguos derechos de primera generación, cada tanto tiende a privatizarse la seguridad, la justicia (el caso paradigmático son los tribunales de arbitramento para contratos estatales) o determinadas partes del sistema electoral.

El sistema de salud se ofrece como ejemplo en Colombia de los peligros de admitir acríticamente que los actores privados necesariamente garantizan, por los mágicos mecanismos del mercado que parecen un atributo connatural de la gestión privada, que la corrupción es un fenómeno que solo aparece cuando el estado interviene en la prestación de servicios a la población. La mera mención de noticias como los "bonos de agua" o los "seguros" de electrificación debieran bastar para ver los puntos fundamentales de la dinámica que hace de las prestaciones orientadas a mejorar el bienestar de la población un lugar en donde la corrupción se hace sistema.

Pero además de esto no sobra señalar la cada vez más visible conexión entre sectores de los medios, determinados representantes de la academia y sectores con intereses políticos que insisten en introducir una y otra vez soluciones con una eficacia que se ha demostrado inexistente. Flexibilización de los salarios, reformas impositivas y pensionales se repiten cada tanto con los mismos argumentos y resultados mientras los márgenes para definir a alguien como pobre no dejan de bajar: en las pantallas solo una voz se escucha. Un signo del nuevo momento es que los economistas prometen con un discurso casi religioso que la tierra prometida será visible después de una prueba, pero los instrumentos matemáticos de las ciencias económicas son menos trasparentes que las misas en latín. Cada dato se presenta en el formato más incómodo, siempre con menos contexto; encontrar cualquier escrito que compare el crecimiento económico con la distribución del ingreso o el salario con el costo de vida es tan difícil como explicarse el motivo por el que un Director del DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística) afirma que puede haber crecimiento sin generar empleos y sin que ello derive en un escándalo entre los especialistas en Economía.[59] El Director resolvió adjudicar

59 Únicamente algunos sectores de la prensa en su momento reaccionaron a esta afirmación: "Si el país sigue creciendo ¿por qué el empleo no reacciona?" *Semana*, 16 de noviembre de 2019, https://www.semana.com/economia/articulo/si-la-economia-del-pais-crece-por-que-el-empleo-no-reac-

a las nuevas tecnologías el fenómeno al fundamentarse en una argumentación que aunque probable y tratada en la literatura —como veremos—, es desechada sistemáticamente por los economistas en Colombia al valerse de un argumento meramente probable, es decir, sin el sustento empírico que se esperaría del Director de un Departamento de Estadística. Similar resultan las conclusiones de los noticieros sobre el efecto de la pandemia en el empleo mientras se olvida que desde hace décadas la mitad de las personas viven de actividades informales.

Si retomamos el hilo de la muerte del padre de Billie Holiday con el que comenzó este análisis, producto del racismo como matriz cultural, es evidente que detrás de un evento que tenía diferentes apariciones como una separación por razas de los servicios públicos y privados, la negación de prestaciones y la violencia contra determinadas personas, se escondía un sistema social orientado a configurar diversos tipos de mecanismos que perpetuaban una distribución desigual de la riqueza y el poder en la sociedad. Del mismo modo, ante el reconocimiento de derechos por parte de los jueces hay toda una cadena de mecanismos que obstruyen la realización de los derechos y que tienden a incidir en todos los DESCA. En este sentido, la pandemia demostró la incapacidad de los sistemas de salud en muchos lugares del mundo, pero no por motivos médicos o técnicos, sino por la imposición de determinados intereses dentro de los propios sistemas de salud como los respiradores tradicionales del mercado en contra de los esfuerzos de los centros de educación en todo el mundo. Aunque el evento más demostrativo de la incapacidad de la gestión del sistema fue la demora para entregar elementos de seguridad a los propios empleados del sistema de salud, una condición elemental para la atención de cualquier enfermedad contagiosa y que casi hace superflua cualquier discusión posterior sobre los peligros que acechan a los derechos económicos sociales, culturales y ambientales en Colombia.

La Sentencia SU-760/08 en última instancia parece que mientras comete determinados errores en lo concreto, acierta en lo general. En el corto plazo corre en la misma dirección que los sectores políticos que hicieron del Estado un lugar para hacer negocios, legitimados por las normas y, cuando fue necesario, contra ellas; pero en el contexto global prepara la posibilidad de que bajo criterios anteriores se excluya el control judicial. Estos argumentos en el futuro pueden servir para consolidar modelos sociales que puedan originar

ciona/640368/

decisiones importantes fundamentadas en la noción de justicia. Cada vez en mayor medida, los resultados en los contextos económicos de las decisiones de los jueces se admiten como una consecuencia directa del reconocimiento del sistema jurídico de determinados derechos, como lo afirmaría Pisarello.[60]

Esto no implica que el fantasma de la caída de las necesidades de empleo —fundamento de buena parte de los DESCA con una dinámica sostenida al margen de las crisis coyunturales, como ha sido argumentado desde hace algunos años—[61] empiece a ser usufructuado por entramados de corrupción; pero tampoco sugiere que las luchas contra la corrupción puedan conducir a un equilibrio distinto en favor de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Dicho de otra manera, lo que cabe esperar en el corto plazo es que se produzcan nuevos escándalos derivados del manejo de la pandemia, como ha venido produciéndose sobre todo en torno a aquellos sectores que merecen la protección del Estado en estas circunstancias, pero en temas más orientados a una corrupción más o menos predecible. Con posterioridad las expresiones de las tensiones políticas, dependiendo de la habilidad de los actores, puede derivar o no en una cuestión de los mecanismos con que los paradigmas económicos han dotado a determinados sectores políticos para justificar su modelo social. En el apartado que sigue se estudia la noción de violencia estructural para tener algunos elementos que permitan interpretar el nexo entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y el orden social que puede o no dotarlos de eficacia.

Explicación del fenómeno principal y el contexto de la salud en Colombia: a modo de conclusiones

La violencia estructural se entiende como una diferencia entre el bienestar real y el potencial que puede otorgar una sociedad de acuerdo a unas capacidades dadas a un sector de la población.[62] En buena medida, ciertos tratamientos del concepto se han concentrado en el problema en sus versiones más formalizadas y más susceptibles de ser tratadas matemáticamente, analizando cosas como la esperanza de vida y el tamaño de la población frente a la esperanza

60 Gerardo Pisarello Prados, *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid: Trotta, 2007), p. 95.

61 Por ejemplo, en los reiterados datos de Jeremy Rifkin, *El fin del trabajo-Nuevas tecnologías contra los puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era* (Barcelona: Paidós, 1996).

62 Como se cita en Aarón Villarruel Mora, "Violencia estructural: una reflexión conceptual", *Vínculos. Sociología, Análisis y Opinión*, n.° 11 (julio-diciembre de 2017): pp. 11-36. ISSN 2007-7688.

de vida *potencial* dentro de cierto sector de una nación,[63] lo cual ha derivado en críticas en torno a que se trata de un concepto valorativo y no meramente empírico.

No obstante, el que un concepto sea valorativo no es nada extraño en la sociedad, y pretender una ciencia de la sociedad que evite la valoración puede tener mucho de ilusorio y poco de científico, en tanto que sería eliminar un componente del objeto de investigación. Tampoco es un intento estéril intentar establecer un criterio, así sea matemático, para intentar expresar un modo de valoración que en todo caso es entendido de algún modo colectivamente; por el contrario, es muy propio de la academia. Dicho de otro modo, cuando se habla de injusticia (o de justicia) puede haber diferencias sobre el modo de definir el concepto y su aplicación a un caso concreto (una valoración), pero los que sostienen la discusión al tiempo dan por sentado que el "fenómeno existe", es decir hay un modo correcto para valorar la realidad a la que llamamos "justicia".

En otras palabras, la discusión estaría vaciada de contenido y sería lo mismo hablar de injusticia que de extraterrestres dedicados al pastoreo. Si se quiere, la justicia es el pináculo de un conjunto de conceptos regulativos seguidos siempre de manera subordinada por conceptos más o menos delimitados como propiedad, interés, deuda, culpa, dolo, etc. Por eso el que niega la noción de justicia en el fondo se lanza de cabeza contra el muro de la necesidad que tiene toda sociedad humana para regular sus relaciones internas, regulación que no pocas veces dependen de conceptos con límites difusos.

También se puede sostener que el tratamiento de los usuarios de acuerdo al sistema es injusto por los riesgos que crea y por la oscuridad y corrupción que genera. Pero es un evento que salta los límites del propio sistema de salud; si se revisa el tratamiento de determinados casos puntuales, tiene que ver también con la cultura compartida. El caso de la muerte de Mauricio Orjuela, un periodista que recientemente perdió la vida por un tratamiento de apendicitis mal llevado y que derivó en peritonitis, demuestra cómo hay un tratamiento social diverso de acuerdo a los sujetos implicados y, por tanto, que el problema también es cultural. El caso de Orjuela fue tratado por varios medios que resaltaron la intervención en el caso de los entes de investigación como la Fiscalía y la Procuraduría,[64] y las afirmaciones del médico tratante

63 *Ibídem*.

64 "Fiscalía abre investigación por la muerte del periodista Mauricio Orjuela", *La W Radio*, 19 de agos-

en la imputación de cargos,[65] a la vez que definieron las irregularidades en la atención médica[66] y la extensión de la posible responsabilidad penal a tres médicos que atendieron al periodista.[67] Del mismo modo hay valoraciones del caso frente al sistema de salud en general.[68]

Si se mira en conjunto, es claro que la gran atención de los medios a este caso contrasta con la revisión meramente testimonial con los variados casos de "paseo de la muerte" que se refirieron al comienzo del documento; es un modo de comunicar que pareciera otorgar más importancia a ciertos sujetos por encima de otros. También es visible que los organismos de control reaccionaron a pesar de no existir un tipo penal que en otras comunicaciones de prensa se admite como la solución al "paseo de la muerte" y como un avance de la Ley 1751/15.[69]

Tal afirmación no es correcta en tanto que los efectos de las decisiones que afectan los derechos de las personas relacionadas con la prestación del servicio de salud según la mencionada Ley "solo podrán ser determinados por el legislador".[70] Es decir, la norma requiere reglamentación, lo que implica que o no se penalizan todos los casos por falta de un tipo penal —lo que justificaría la reiterada promesa de un tipo penal especial en medios de comunicación— o se pueden penalizar con el Derecho Penal anterior, pero no se ha realizado esa acción, aun cuando la intervención en el caso Orjuela dejaría claro que se trata de un tipo de casos que obligaría a la investigación de oficio.

to de 2018, https://www.wradio.com.co/noticias/judicial/fiscalia-abre-investigacion-por-la-muerte-del-periodista-mauricio-orjuela/20180819/nota/3788435.aspx

65 "La Fiscalía le imputó homicidio culposo y lo acusa de negligencia. El comunicador falleció por una infección por peritonitis", *RCN Radio*, 31 de diciembre de 2018, https://www.rcnradio.com/judicial/medico-que-atendio-al-fallecido-periodista-mauricio-orjuela-no-acepto-cargos

66 "Caso Mauricio Orjuela, una cadena de errores médicos que le llevaron a la muerte", *La FM*, 29 de agosto de 2018, https://www.lafm.com.co/judicial/caso-mauricio-orjuela-una-cadena-de-errores-medicos-que-le-llevaron-la-muerte

67 "Tres médicos a imputación de cargos por muerte de periodista Mauricio Orjuela", *Radio FM*, 31 de diciembre de 2018, https://www.lafm.com.co/judicial/tres-medicos-imputacion-de-cargos-por-muerte-de-periodista-mauricio-orjuela

68 "'Vivimos la deficiencia de la salud en Colombia': mamá de Mauricio Orjuela", *El Espectador*, 18 de agosto de 2018, https://www.elespectador.com/noticias/judicial/vivimos-la-deficiencia-de-la-salud-en-colombia-mama-de-mauricio-orjuela-articulo-806973

69 "10 cosas que debes saber sobre la Ley Estatutaria de Salud", *El Espectador*, 17 de febrero de 2015, https://www.elespectador.com/noticias/salud/10-cosas-debe-saber-sobre-ley-estatutaria-de-salud-articulo-544697

70 Ley 1751/15, artículo 10.°, Pár. 1. del Congreso de la República de Colombia.

Se trata, pues, de que existen diferencias en la aplicación del derecho penal según la víctima y el victimario[71] que está también en relación con la violencia estructural, pero en una escala diferenciada de las categorías que aporta el propio Galtug de violencia directa, estructural y cultural. Mientras la violencia cultural tiene que ver con las justificaciones de los tipos de violencia en el terreno ideológico, la estructural tiene que ver con la distribución de recursos y por lo mismo con la regulación de la sociedad y con el desempeño de tal regulación en la que se deberían integrar los honores.[72] Finalmente, la violencia directa aborda el uso de la fuerza para la obtención de objetivos.

El estudio del sistema de salud en Colombia muestra que faltan en el terreno cultural límites que permitan comprender los básicos a los que cualquier sujeto puede ser sometido, una noción que debiera implicar los máximos admisibles para la obtención de beneficios en la sociedad. El problema fundamental es que el sistema de salud no opera solo en el contexto de falta de reconocimiento de sus funcionarios con las necesidades de salud de los pacientes, sino que se encuentra apoyado por otros dispositivos culturales de diverso origen y funcionamiento que anteceden al propio sistema de salud. No obstante, el sistema concentra un conjunto de defectos que lo hacen problemático desde el punto de vista penal, de transparencia, de ética administrativa, laboral y propiamente de salud, que en otros ámbitos sociales están dispersos.

Los usuarios son víctimas que, según la doctrina actual, no tendrían la posibilidad de aspirar a tener derecho a la verdad, la reparación o la no repetición —como las víctimas de acciones contra el Derecho Internacional Humanitario o el Derecho de Guerra— a pesar de que se trata de un sistema que funciona con la premisa práctica de que puede arrojar efectos negativos como producto paralelo de su propio desempeño y de que hay responsables de la administración dentro del mismo. Es decir, administradores del propio sistema de salud administran una ruleta rusa contra los pacientes.

Pero, ¿esa doctrina está estrictamente en lo correcto? En la mayoría de los instrumentos sobre las víctimas sería correcta, pero frente a los "Principios Fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del

71 Alessandro Baratta, "Derechos Humanos: entre violencia estructural y violencia penal", *Nuevo Foro Penal*, n.° 46 (diciembre de 1989): p. 448.

72 Johan Galtug, "La violencia: cultural, estructural y directa", *Cuadernos de estrategia*, n.° 183 (2016): pp. 147-168.ISSN 1697-6924.

poder",[73] no los es. El instrumento afirma que se entienden como víctimas a aquellos que hayan recibido daños por "acciones u omisiones que violen la legislación penal".[74] Las indemnizaciones en este caso proceden a la familia cuando las "víctimas hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas".[75] Aun cuando no haya una vulneración del Derecho Penal, pero sí de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, procede la condición de víctima por "abuso de poder".[76] Por otro lado, los estados deben mantener actualizados los instrumentos legales para prohibir actos que constituyan "graves abusos de poder político y económico", estableciendo métodos de prevención y recursos "adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio".[77] De modo que el Estado es además internacionalmente responsable de la inactividad penal en los casos de la salud, considerando los grandes recursos que alimentan al sistema.

En ese sentido, solo en aquellos casos en los que los usuarios puedan hacer de su situación singular una acción colectiva es probable que presenten transformaciones, así sea de los eslabones medios o bajos de la estructura administrativa y de prácticas consolidadas dentro del sistema de salud. Y esto pasa porque en conformidad con los indicios que aportan los números globales al sistema de recobros, en realidad el sistema sigue siendo un buen negocio para actores sociales con mucha influencia.

La transparencia sobre la calidad de las empresas promotoras, así como un sistema que incentive la calidad del servicio, son las medidas que a corto plazo podrían mejorar el sistema y hacer viable un cambio en la dinámica de competencia por la baja de costos, con lo que tanto salarios como condiciones laborales podrían mejorar. No obstante, estas mejoras deben estar acompañadas de métodos de vigilancia que garanticen la veracidad de la información sobre la calidad del servicio y que cuiden la tendencia ya instalada en el sistema de salud por la apropiación indebida de los recursos públicos.

---

73 "*Principios Fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*" (Resolución. 40/34 de la Asamblea General de la ONU, 29 de noviembre de 1985).

74 *Ibídem,* Lit. A-1.

75 *Ibídem,* A-12, b.

76 *Ibídem,* lit. B -18.

77 *Ibídem,* lit. B-20.

Bibliografía

Baratta, Alessandro. "Derechos Humanos: entre violencia estructural y violencia penal". *Nuevo Foro Penal*, n.° 46 (diciembre de 1989).

Caracol Radio. "El 'paseo de la muerte' ya deja 89 víctimas durante el 2018". 3 de noviembre de 2018. https://caracol.com.co/radio/2018/10/03/nacional/1538571677_077170.html

Caracol Radio. "Nuevo caso de paseo de la muerte, investigan autoridades de salud en Cali". 20 de mayo de 2019. https://www.msn.com/es-co/noticias/colombia/nuevo-caso-de-paseo-de-la-muerte-investigan-autoridades-de-salud-de-cali/vp-AABDEc2

Contraloría General de la República De Colombia. *Grandes Hallazgos*. Colombia: Imprenta Nacional, 2018.

El Espectador. "'Vivimos la deficiencia de la salud en Colombia': mamá de Mauricio Orjuela". 18 de agosto de 2018. https://www.elespectador.com/noticias/judicial/vivimos-la-deficiencia-de-la-salud-en-colombia-mama-de-mauricio-orjuela-articulo-806973

El Espectador. "10 cosas que debes saber sobre la Ley Estatutaria de Salud". 17 de febrero de 2015. https://www.elespectador.com/noticias/salud/10-cosas-debe-saber-sobre-ley-estatutaria-de-salud-articulo-544697

El Espectador. "Ciclista que fue atropellado en Soacha pudo ser víctima de paseo de la muerte en ambulancia". 29 de abril de 2019. https://www.elespectador.com/noticias/bogota/ciclista-que-fue-atropellado-en-soacha-pudo-ser-victima-de-paseo-de-la-muerte-en-ambulancia-articulo-852842

El Tiempo. "23 personas han muerto por 'paseo de la muerte' del sistema de salud". 3 de octubre de 2018. https://www.eltiempo.com/bogota/muertos-por-paseo-de-la-muere-en-el-sistema-de-salud-276918

El Tiempo. "Niño de 11 años, nueva víctima del 'paseo de la muerte'". 4 de marzo de 2006. https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1936675

El Tiempo. "Por 18 vías se roban la plata de la salud de los colombianos". 27 de enero de 2018. https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/formas-en-que-se-roban-la-plata-de-la-salud-en-colombia-175982

El Universal. "Paseo de la muerte a turista embarazada luego de un accidente de tránsito". 24 de marzo de 2015. https://www.eluniversal.com.co/sucesos/paseo-de-la-muerte-turista-embarazada-luego-de-un-accidente-de-transito-188543-LBEU287378

Galtug, Johan. "La violencia: cultural, estructural y directa". *Cuadernos de estrategia*, n.° 183 (2016): pp. 147-168. ISSN 1697-6924.

Gómez, Ricardo; González, Ingrid Marcela; Grisales, Jenny Patricia; Mejía, Richard y Pulido, Michael Andrés. "Síndrome de Burnout, amenaza oculta". Tesis, Universidad Sergio Arboleda, 2012.

Gutiérrez Segura, Julio César; Peña Saravia, John Jairo; Montenegro Muñoz, Johanna Zueth; Osorio Vélez, Diana Marcela; Caicedo González, Claudia María y Gallego Hincapié, Yuri Karine. "Prevalencia y factores asociados a «Burnout» en médicos especialistas docentes de la Universidad Tecnológica de Pereira". *Revista Médica de Risaralda* 14, n.° 1 (mayo de 2008).

La FM. "Caso Mauricio Orjuela, una cadena de errores médicos que le llevaron a la muerte". 29 de agosto de 2018. https://www.lafm.com.co/judicial/caso-mauricio-orjuela-una-cadena-de-errores-medicos-que-le-llevaron-la-muerte

La W Radio. "Fiscalía abre investigación por la muerte del periodista Mauricio Orjuela". 19 de agosto de 2018. https://www.wradio.com.co/noticias/judicial/fiscalia-abre-investigacion-por-la-muerte-del-periodista-mauricio-orjuela/20180819/nota/3788435.aspx

Lenis, Jair Hernán. "Denuncian 'paseo de la muerte' a un joven venezolano en Cali". *RCN Radio*, 26 de septiembre de 2018. https://www.rcnradio.com/colombia/pacifico/denuncian-paseo-de-la-muerte-un-joven-venezolano-en-cali

Morales, Marsiglia y Ezequiel, Elével. "Falla en el servicio médico asistencial de urgencias en los hospitales y clínicas de Colombia: un quebrantamiento permanente al principio bioético de la no maleficencia". Tesis, Universidad Javeriana de Colombia, 2015.

Moreno Realphe, Sandra Patricia; Sanabria Ferrand, Pablo Alfonso; González Artemo y Quevedo, Luis; Valencia Cedeño, Claudia Lucía. "*¿«Sutilezas» de la discriminación y la violencia basada en género? Situación de los estudiantes y las estudiantes de pregrado y posgrado de una Facultad de Medicina de Bogotá D. C"*. *Revista Med* 23, n.° 1 (enero-junio de 2015): pp. 27-37.

Muñoz Osorio, Yudi Alejandra; Osorio Moreno, Diana Marcela; Robles Díaz, Elena Patricia y Romero Ferreira Yadira Esmirna. "Síndrome de Burnout en el personal de enfermería de un hospital de referencia en Ibagué 2014". Tesis, Universidad del Tolima, Colombia, 2016.

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. "Principios Fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder". Resolución. 40/34, 29 de noviembre de 1985.

Pérez, Soledad. *'Strange Fruit', ícono de identidad y memoria*. *3ras Jornadas Internacionales de cultura y literatura en lengua inglesa*. Argentina: Memoria Académica, 2008). http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.6531/ev.6531.pdf

Pisarello Prados, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

Radio FM. "Tres médicos a imputación de cargos por muerte de periodista Mauricio Orjuela". 31 de diciembre de 2018. https://www.lafm.com.co/judicial/tres-medicos-imputacion-de-cargos-por-muerte-de-periodista-mauricio-orjuela

RCN Radio. "La Fiscalía le imputó homicidio culposo y lo acusa de negligencia. El comunicador falleció por una infección por peritonitis". 31 de diciembre de 2018. https://www.rcnradio.com/judicial/medico-que-atendio-al-fallecido-periodista-mauricio-orjuela-no-acepto-cargos

Rifkin, Jeremy. *El fin del trabajo-Nuevas tecnologías contra los puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Barcelona: Paidós, 1996.

Semana. "Carlos Palacino, un gigante que terminó en el suelo". 3 de septiembre de 2018. https://www.semana.com/nacion/articulo/perfil-de-carlos-palacino-expresidente-de-saludcoop/559535/

Semana. "Otra víctima fatal de paseo de la muerte en la capital". 25 de septiembre de 2015. https://www.semana.com/nacion/articulo/otra-victima-fatal-del-paseo-de-la-muerte-en-la-capital/443733-3

Semana. "Si el país sigue creciendo ¿por qué el empleo no reacciona?". 16 de noviembre de 2019. https://www.semana.com/economia/articulo/si-la-economia-del-pais-crece-por-que-el-empleo-no-reacciona/640368/

Sierra-Siegert, Mauricio. "La despersonalización: aspectos clínicos y neurobiológicos". *Revista Colombiana de Psiquiatría* 37, n.° 1 (2008).

Villarruel Mora, Aarón. "Violencia estructural: una reflexión conceptual". *Vínculos. Sociología, Análisis y Opinión*, n.° 11 (julio-diciembre de 2017): pp. 11-36. ISSN 2007-7688.

Vivanco Vivanco, María Elizabeth; Sánchez León, Carmen Delia; Maldonado Rivera, Ruth Patricia y Erique Ortega Elsa Rosa Nora. "Síndrome de Burnout en profesionales de la salud de en instituciones públicas y privadas: un análisis en la provincia de Loja-Ecuador". *Revista boletín REDIPE* 7, n.° 11 (noviembre de 2018): pp. 177-192.

Zamora, Omaira. "Investigación proceso histórico de recobro al Fosyga, tecnologías de salud no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud". Tesis, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2018.

CAPÍTULO XVII

la actividad judicial en la interpertación y valoración del dictamen en el que consta la manifestación de impacto ambiental

Eduardo Moel Modiano[1]

El documento que emana del procedimiento de evaluación de impacto ambiental es una prueba de compleja valoración en un proceso contencioso, ya sea administrativo o judicial. La actividad judicial en particular está en etapa incipiente y desafortunadamente el tiempo corre en contra de la protección al derecho humano a un medio ambiente sano. El presente trabajo busca expandir el conocimiento en el tema y encontrar soluciones a los problemas que aquí se plantean.

Introducción

Uno de los derechos humanos más complejos de entender y de llevar a la práctica es el de la protección a un medio ambiente sano. Este derecho humano está previsto en la Constitución[2] en el artículo 4.°, así como en una serie de

1 Abogado Postulante. Consejero de la Red de Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario. Profesor de las materias Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Panamericana en Guadalajara. Presidente de la Academia de Derecho Administrativo de la Universidad Panamericana.

2 Artículo 4.°: "….Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley".

tratados[3] firmados por México que lo comprometen a que el desarrollo de las personas no altere el medio ambiente. La protección al medio ambiente sano muchas veces incide en la restricción al libre ejercicio del comercio y con ello el desarrollo económico y social de las personas. Esta constante batalla entre el derecho a la libertad de comercio y que este solo sea ejercido evitando en lo posible el deterioro del medio ambiente tiene su principal tensión en el hecho de se encuentran en planos distintos; mientras el ejercicio del comercio se refiere a un momento especifico en el presente, la protección del medio ambiente alude a las consecuencias futuras de los actos de hoy. Para muchas personas les es complicado que se vean restringidos sus derechos al ejercer libremente el comercio, por lo que pueda pasar en el futuro.

El medio ambiente tiene una doble característica: es un derecho humano para el presente y un derecho humano que debe garantizarse para las generaciones futuras, ya que el deterioro del mismo puede ser irreparable. Esta dualidad hace que las decisiones que se toman respecto al medio ambiente sean fundadas sobre teorías o presunciones no demostradas que pueden ser probables, pero no cuentan con certeza de que lo ejecutado vaya a suceder. La defensa del medio ambiente vive en la dificultad de resolver el futuro. Para efectos de las garantías de seguridad jurídica, la protección del medio ambiente asume un reto muy interesante: establecer que las restricciones que se le imponen a las personas por la protección al derecho humano están fundadas en la certeza científica; la ciencia es su fundamento, no los principios generales del derecho. Inclusive, en muchos casos las normas ambientales son tan amplias y abiertas que tampoco pueden incluirse como un elemento de seguridad jurídica.

En un estado de derecho como en el que se pretende vivir es importante que las limitaciones a las libertades de las personas, entre las que se encuentra la del comercio, sean necesarias, adecuadas y lo menos restrictivas posibles.

3 México tiene celebrado varios tratados en materia ambiental. Ver: "Reformas constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen Derechos Humanos)", Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes, 2015, https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/reformas_amparo_dh/tratados.html#MEDIO%20AMBIENTE. "Compilación de Tratados Internacionales Medio Ambiente", Secretaría de Gobernación, sin fecha, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/402771/IX-MEDIO-AMBIENTE.pdf. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, "Contexto internacional", *Medio ambiente* (28 de agosto de 2006), http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Eje_tematico/9_mambiente.htm

Cuando la restricción es apoyada en lo incierto del futuro, pero a la vez como algo reconocido constitucionalmente como derecho humano, el estado de derecho parece que no encuentra una fácil respuesta.

Este ensayo tiene como propósito comprender la manera en que el Estado mexicano ha enfrentado este tema, aunque está muy lejos de agotar las diversas variables que impone una controversia judicial en materia ambiental. Gran parte de estas dudas y consideraciones que se establecen y se desprenden del presente provienen de experiencias personales en distintos tribunales e instancias administrativas a nivel municipal, estatal y federal, en las que, en distintas proporciones, ha sido necesario confrontar los problemas que aquí se plantean.

En una resolución administrativa, las autoridades pueden ponderar la protección al medio ambiente como el eje rector de la actividad humana; en otro similar, el interés público en general, y aún en un tercero similar, la motivación es la protección al libre ejercicio de comercio, como puede ser la ejecución de un desarrollo inmobiliario. En el otro lado de la hoja, en años de litigios, se visualiza la misma variedad de resoluciones en las distintas instancias contenciosas. La reflexión de esos años me llevó a una conclusión de la que aún no hay una respuesta que satisfaga las necesidades de la sociedad. El costo de no encontrar una pronta decisión al tema aquí propuesto seguirá dejando en la incertidumbre a todos los interesados, que en este caso en particular somos todos.

La Evaluación Ambiental de Proyectos de Desarrollo

Se define la evaluación ambiental como un instrumento de política ambiental cuyo objetivo es prevenir, mitigar y restaurar los daños al ambiente, así como la regulación de obras o actividades para evitar o reducir sus efectos negativos en el ambiente. La evaluación ambiental incluye un informe preventivo y la manifestación del impacto ambiental correspondiente. La Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente define la evaluación de impacto ambiental, no como un documento, sino como un procedimiento administrativo.[4] Los procedimientos de esta categoría concluyen con la emi-

4 Artículo 28.°: La evaluación del impacto ambiental es el procedimiento a través del cual la Secretaría establece las condiciones a que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones aplicables para proteger el ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente. Para ello, en los casos en que determine el

sión de un acto administrativo, en este caso el dictamen o resolución de la aprobación o negativa de la autorización del acto que se evalúa. Como todo procedimiento administrativo se tienen dos partes: 1) las formalidades del procedimiento, tales como derecho de audiencia, defensa, aportar pruebas, debida notificaciones entre otras; y 2) que es el análisis del fondo del asunto, es decir, sustentar de manera científica la resolución. En el presente trabajo no se profundiza en el tema de la forma, pues existe ya cantidad de doctrina, precedentes judiciales y legislación que señalan los límites de las violaciones formales y no tiene caso detenerse en las mismas.

El acto administrativo que se emite derivado de la evaluación de impacto ambiental es la manifestación de impacto ambiental, entendida como el reconocimiento de que toda actividad humana modifica el medio ambiente, y eso es inevitable. La conclusión del procedimiento de evaluación ambiental es determinar si los cambios en el medio ambiente que van a suceder por la actividad humana se deben ponderar con los beneficios sociales, los derechos de los solicitantes y el uso eficiente de los recursos, con el único fin de llegar a una conclusión que autorice o no la actividad humana solicitada.

La Evaluación Ambiental se refiere a los daños ambientales que pueden resultar de la actividad humana, no a la valoración de hechos pasados sino a la valoración y posible resultado de hechos futuros. Este criterio ya fue sustentado (Cuadro 1) por la Suprema Corte de Justicia al comentar sobre el artículo 60.° de la Ley General de Vida Salvaje, que establece que la norma de referencia opera hacia el futuro, no sobre hechos pasados que pueden ser valorados. Esta interpretación la hizo la Suprema Corte mientras analizaba el tema de la irretroactividad de las leyes ambientales, concluyendo que estas —en temas de evaluaciones ambientales— resuelven sobre hechos futuros y que, por lo tanto, hasta que la actividad humana no haya concluido o sea inminente su conclusión, no existe la irretroactividad de las normas ambientales.

La evaluación ambiental busca, con evidencias actuales, las consecuencias futuras de la actividad humana y poder resolver si es conveniente autorizar o no dicha actividad en particular. Predecir el futuro, mientras no sea inminente, es una actividad que jurídicamente esta fuera de la concepción tradicional del pensamiento procesal jurídico; sin embargo, en la materia am-

Reglamento que al efecto se expida, quienes pretendan llevar a cabo alguna de las siguientes obras o actividades, requerirán previamente la autorización en materia de impacto ambiental de la Secretaría…

Cuadro 1

Época: Décima Época.
Registro: 2005819.
Instancia: Primera Sala.
Tipo de Tesis: Aislada.
Tesis: 1a. LXXVI/2014 (10a.)
Materia(s): Constitucional, Administrativa
Fuente: "Ley General de Vida Salvaje", Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, Tomo I (marzo de 2014): p. 563.
VIDA SILVESTRE. EL ARTÍCULO 60.° TER DE LA LEY GENERAL RELATIVA Y LA NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-022-SEMARNAT-2003, QUE ESTABLECE LAS ESPECIFICACIONES PARA LA PRESERVACIÓN, CONSERVACIÓN, APROVECHAMIENTO SUSTENTABLE Y RESTAURACIÓN DE LOS HUMEDALES COSTEROS EN ZONAS DE MANGLAR, NO VULNERAN EL DERECHO A LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. El legislador, al adicionar el artículo 60.° Ter a la Ley General de Vida Silvestre, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1.° de febrero de 2007, el cual prohíbe la remoción, relleno, trasplante, poda o cualquier otra actividad que pueda afectar la integralidad del flujo hidrológico del manglar y del ecosistema y su zona de influencia, reconoció el valor "hidrológico, biológico, químico, ecológico, económico, cultural y social" de los humedales costeros —entendidos como la unidad hidrológica que contenga vegetales de manglar, cuya integridad está vinculada íntimamente con la dinámica hidrológica del humedal costero y asociado al ecosistema del cuerpo de agua donde se encuentre—. Similares consideraciones se tomaron en cuenta en el proceso de creación de la Norma Oficial Mexicana NOM-022-SEMARNAT-2003, publicada en el citado medio de difusión el 10 de abril de 2003, que establece las especificaciones para la preservación, la conservación, el aprovechamiento sustentable y la restauración de los humedales costeros en zonas de manglar. Ahora bien, el hecho de que la entrada en vigor de dichas normas generó la obligación de su aplicación por la autoridad competente al evaluar las manifestaciones de impacto ambiental que se sometan a su consideración, no implica que dichas normas operen hacia el pasado o tengan efecto retroactivo alguno, pues las prohibiciones y especificaciones contenidas en las normas referidas tienen como propósito, a partir de su entrada en vigor, proteger el medio ambiente y deben acatarlas los particulares y la autoridad competente para aquellos casos en los cuales una obra o actividad pueda poner en peligro un humedal costero en zonas de manglar. Por tanto, el artículo 60.° Ter de la ley general relativa, y la Norma Oficial Mexicana NOM-022-SEMARNAT-2003, no vulneran el derecho a la irretroactividad de la ley, reconocido en el artículo 14.°, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues de su formulación gramatical no se advierte un ámbito temporal de validez en el que se afecten derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, sino que son aplicables y de observancia general para situaciones posteriores a su vigencia.
Amparo en revisión 410/2013. Elda Beatriz Villamil Solís. 23 de octubre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Dolores Rueda Aguilar y Raúl Manuel Mejía Garza. Esta tesis se publicó el viernes 7 de marzo de 2014 a las 10:18 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

biental es la única forma de asegurar que se respete el derecho humano a un medio ambiente sano, averiguar, de la mejor manera posible y con las pruebas científicas de hoy, que pasará en el futuro.

En materia ambiental, la actividad humana está sujeta a un escrutinio de lo que puede pasar en el futuro. Este escrutinio de incertidumbre es una limitante al ejercicio de las libertades humanas que está en manos de las autoridades administrativas, en específico de las ambientales. Dichas autoridades tienen en su criterio decisiones tan importantes que de ellas depende ponderar en algunos casos el futuro ecológico de una región, del país o aun fuera de él, junto con las limitaciones a las libertades humanas del comercio y de la propiedad, ya que, como se ve más adelante, se dificulta al garante del Estado de derecho (el Poder Judicial) tomar una decisión en la que se encuentra la valoración de hechos presentes con hechos futuros.

Al ser la naturaleza de dicha decisión de índole científica, pone al Poder Judicial en la difícil situación de asumirla como verdad. La única manera que tendrá la autoridad judicial para desestimar la información científica es con otra evidencia científica que señale lo contrario, y en esa decisión, el juzgador tendrá que definir, no sobre los hechos sobre los que se elaboró el estudio científico sino sobre las consecuencias futuras del mismo. Esa difícil tarea no se encuentra en las actividades que un juez tradicional debe resolver, las resoluciones de los juzgadores no deciden lo que no ha pasado, juzgan los hechos que ya sucedieron.

Las autoridades administrativo-ambientales tienen en su actividad esa carga económica y social respecto a las resoluciones de las evaluaciones ambientales, se convierten en un ente con muy pocas restricciones y sujetas a un escrutinio formal y no de contenido por parte de terceros, tales como el Poder Judicial o los tribunales administrativos. Con esas facultades de poder, es importante preguntarse si la autoridad ambiental no debería ser una autoridad autónoma, que no esté bajo la subordinación de la presidencia o de los gobernadores estatales. Entre los ejemplos de subordinación ambiental se encuentran los proyectos como Santa Lucia, Dos Bocas[5] y el Tren Maya,[6]

5 "… Es obvio que el gobierno federal es juez y parte, y la ASEA le está facilitando las cosas a Pemex en vez de velar por el patrimonio natural de los mexicanos…". Ver: "Aprueban Dos Bocas en tiempo récord", *Greenpeace México*,13 de agosto de 2019, https://www.greenpeace.org/mexico/noticia/3049/aprueban-dos-bocas-en-tiempo-record/

6 "…Las dependencias a cargo del proyecto del Tren Maya han declarado que no habrá daños ambientales, pues se construirá sobre vías férreas ya construidas; sin embargo, se niegan a realizar estudios

en los cuales no existe una verdadera evaluación ambiental, pero al decir de las autoridades federales, estos proyectos cuentan con las autorizaciones en materia ambiental para que se lleven a cabo. Tal subordinación produce innecesarias suspicacias que se hubieran superado si no existiera un conflicto de intereses entre la autoridad ambiental y el promotor de estos proyectos, ya que el segundo es el jefe directo del primero.

La actividad judicial en los conflictos en materia ambiental

La actividad central del poder judicial es dirimir conflictos que se dan entre dos o más partes con la prioridad de buscar la verdad de los hechos. Uno de estos conflictos se puede dar entre los particulares y el Estado en el ejercicio de sus facultades. Los procedimientos ambientales son una actividad del Estado a que puede estar sujeta a un procedimiento contencioso administrativo o judicial. Podemos ubicar o clasificar estos procedimientos contenciosos ambientales en dos categorías: 1) aquellos que se refieren a hechos pasados y en el que el procedimiento contencioso tendrá como objetivo determinar la responsabilidad de alguna de las partes por los daños ocasionados; y 2) aquellos procedimientos en los que la autoridad hace una ponderación o interpretación de las evidencias presentes y resuelve sobre una situación futura en la mejor de sus habilidades, capacidades, conocimiento y en aras del mejor interés de todos los posibles involucrados.

El presente trabajo versa solo sobre el segundo de los supuestos señalados, ya que el primero tiene todos los elementos de un procedimiento tradicional en el que las partes aportan elementos de prueba sobre hechos pasados y quien resuelve la controversia solo se apoya en dichas pruebas. En cambio, el segundo de los supuestos trastoca los procedimientos judiciales tradicionales en los que se busca conocer la verdad, porque el futuro siempre será incierto y la verdad de lo que vaya a pasar depende de una serie de factores que, de manera ordinaria, los jueces no pueden valorar o llegar a la certeza de los mismos. Haciendo alusión a la dificultad de la prueba en los procesos actuales y complejos, como son los ambientales, el maestro Michelle Taruffo en su libro *La Prueba de los Hechos* señala lo siguiente:

técnicos e informar a la sociedad con más detalles y datos sobre este punto". Ver: Jocelyn Soto, "Tren maya, ¿cómo afectará el medio ambiente y los derechos de las comunidades?", *Greenpeace México*, 27 de abril de 2020, https://www.greenpeace.org/mexico/blog/4419/tren-maya-como-afectara-el-medio-ambiente-y-los-derechos-de-las-comunidades/

> …Naturalmente, siguen siendo posibles y legítimos los análisis jurídicos del derecho de las pruebas: sin embargo, estas son definiciones *parciales,* ya que están referidos a una sola dimensión, aunque importante, del fenómeno de la prueba. Esto supone que hay que recurrir necesariamente, *también,* a métodos provenientes de otros campos del pensamiento, en la medida en que remite necesariamente a problemas de orden general, que precisamente por ello no pueden ser sensatamente capturados por un conjunto de reglas jurídicas ni comprendidas mediante el recurso exclusivo a las nociones y técnicas de la interpretación jurídica El tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho, a quien quiera tener una visión del mismo no reducida a unos pocos y no muy significativos fragmentos. No se quiere decir con esto que el análisis jurídico de la prueba carezca de sentido, sino que este puede tener un significado no marginal solo en la medida en que sea integrado en un análisis adecuado de los aspectos extra-jurídicos del problema de la determinación del hecho.[7]

Lo que nos indica el mencionado autor es justamente la dificultad que se tiene en la valoración de la prueba desde solo un aspecto (el jurídico). Esta aseveración es por demás cierta en materia ambiental, en la que una evidencia central es el dictamen de impacto ambiental obtenido mediante el proceso de evaluación, documento que no se puede solo leer, se debe entender y conocer desde la óptica científica y metodológica en la que se realizó. Esta encrucijada en la que se encuentran los juzgadores en materia ambiental es novedosa y no existe aún una forma exacta para enfrentarla. En México existe ya una cantidad de precedentes en materia ambiental que han ido dando forma a la importancia de la defensa de dicho derecho humano.

Entre los temas interesantes sobre los que el Poder Judicial federal se ha pronunciado y que buscan la protección del derecho humano a un ambiente sano se encuentran: 1) la legitimación de los actores —desde niños a grupos de interés— superan el concepto tradicional del interés jurídico (Cuadro 2); 2) la posibilidad de lograr suspensiones sin tener que garantizar los daños y perjuicios (Cuadro 3); 3) la corresponsabilidad de los particulares en la protección del medio ambiente (Cuadro 4); y 4) reparaciones de daños en materia ambiental.

Los avances son significativos; sin embargo, en el tema de la evaluación ambiental los tribunales se encuentran en una posición complicada. Prueba de ello es el precedente respecto a la precaución ambiental (Cuadro 5) que, en síntesis, señala que la prevención del daño ambiental libera del análisis pro-

7 Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos* (Madrid: Trotta, 2009), p. 23.

Cuadro 2

Época: Décima Época.
Registro: 2022208.
Instancia: Plenos de Circuito.
Tipo de Tesis: Jurisprudencia.
Materia(s): (Común).
Tesis: PC.II.A. J/18 A (10a.).
Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación (viernes 9 de octubre de 2020 10:19 h):
LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. EN LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA DE AQUÉLLA, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INICIATIVA PÚBLICA. A la luz del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para ese efecto, por lo que los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental, pues la justiciabilidad del derecho ambiental no puede desarrollarse a partir de los modelos "clásicos" o "tradicionales" de impartición de justicia, por lo que el rol del operador jurídico en juicios que involucren el derecho humano al medio ambiente, debe evolucionar, con el objeto de encontrar una respuesta más ágil, adecuada y eficaz para protegerlo, sin que esto signifique abandonar las reglas que rigen el juicio de amparo, sino únicamente dotarlas de funcionalidad, razón por la que incluso debe requerir y allegarse de los medios de prueba necesarios para estar en condiciones de resolver el asunto.
PLENO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Contradicción de Tesis 3/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Administrativa del Segundo Circuito, así como el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, con residencia en Saltillo, Coahuila de Zaragoza. 5 de noviembre de 2019. Unanimidad de cinco votos de los Magistrados Tito Contreras Pastrana (presidente), Julia María del Carmen García González, David Cortés Martínez, Bernardino Carmona León y José Manuel Torres Ángel. Ponente: Julia María del Carmen García González. Secretario: Édgar Salgado Peláez.

batorio ordinario que el juzgador utiliza generalmente, y lo obliga a tomar una postura que, en caso de duda en las pruebas, las asuma en favor del ambiente, lo que se conoce como el principio *in dubio pro natura*, que los tribunales mexicanos deben observar.

Entre las ventajas que tiene este principio en materia de protección al ambiente se incluye que una evaluación ambiental, aun cuando analiza y resuelve cuestiones futuras e inciertas, tiene una presunción de validez superior a la de cualquier acto administrativo en general. Los tribunales, al fijar la postura en la que se reconoce la validez de la evaluación de impacto ambiental, aunque

Cuadro 3

Época: Décima Época.
Registro: 2013959.
Instancia: Segunda Sala.
Tipo de Tesis: Jurisprudencia.
Materia(s): Común, Administrativa.
Tesis: 2a./J. 19/2017 (10a.).
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 40, Tomo II (marzo de 2017): p. 1199:
MEDIO AMBIENTE SANO. PARÁMETRO QUE DEBERÁN ATENDER LOS JUZGADORES DE AMPARO, PARA DETERMINAR SI ES DABLE EXIMIR AL QUEJOSO DE OTORGAR GARANTÍA PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DE ACTOS QUE INVOLUCREN VIOLACIÓN A AQUEL DERECHO HUMANO. El acceso a un recurso efectivo en materia ambiental, tutelado por el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo —en conjunción con la directriz 20 de las Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Directrices de Bali—, implica que deban tomarse todas las medidas necesarias para eliminar o reducir los obstáculos financieros relacionados con la justiciabilidad del derecho a un medio ambiente sano. En ese sentido, la suspensión de los actos que lesionen ese derecho no debe encontrarse, generalmente, a expensas de la exhibición de una garantía, ya que ésta no solo podría resultar gravosa para el particular —constituyéndose en un obstáculo financiero para su justiciabilidad—, sino que, de no otorgarse, permitiría la ejecución de actos susceptibles de acarrear un daño irreversible o indebido a la biodiversidad, afectándose con ello a la colectividad, en su conjunto. Ahora, para determinar si debe eximirse al quejoso de otorgar la caución, los juzgadores de amparo deberán atender a lo siguiente: (I) la violación a dicho derecho debe constituir un aspecto medular del juicio de amparo; (II) el planteamiento deberá encontrarse dirigido a combatir una verdadera afectación al medio ambiente; (III) la afectación aducida deberá ser actual o inminente, y no meramente hipotética o posible; (IV) la vulneración al medio ambiente debe ser una consecuencia directa e inmediata del acto reclamado; y (V) no deberá eximirse del otorgamiento de la garantía cuando el acto reclamado genere un beneficio de carácter social, como en el caso de obra de infraestructura pública, o cuando responda a un esquema de aprovechamiento sustentable; cuestión que corresponderá acreditar a la autoridad responsable al rendir su informe previo.
Contradicción de Tesis 270/2016. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero en Materia Administrativa del Tercer Circuito y Tercero del Vigésimo Séptimo Circuito. 11 de enero de 2017. Mayoría de tres votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas y Eduardo Medina Mora I. Disidentes: Javier Laynez Potisek y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo.

no se especifique el daño que se cause o al reconocer la incertidumbre científica (que abarca una infinidad de premisas y por ende la posibilidad de una cantidad importante de conclusiones) como una forma de justificar la evalua-

Cuadro 4

Época: Décima Época.
Registro: 2016009.
Instancia: Segunda Sala.
Tipo de Tesis: Aislada.
Materia(s): Constitucional.
Tesis: 2a. III/2018 (10a.)
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 50, Tomo I (enero de 2018): p. 532.
DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN DE TOMAR LAS MEDIDAS POSITIVAS TENDIENTES A PROTEGERLO CONTRA ACTOS DE AGENTES NO ESTATALES. El derecho humano referido no se agota con el simple mandato de que las autoridades estatales se abstengan de afectar indebidamente el ambiente —deber de "respetar"—, sino que conlleva también la diversa obligación de tomar todas las medidas positivas tendientes a protegerlo contra los actos de agentes no estatales que lo pongan en peligro —deber de "proteger"—. En efecto, el deber del Estado de ofrecer protección contra los abusos cometidos por agentes no estatales, forma parte del fundamento mismo del régimen internacional de derechos humanos, y dicho deber exige que el Estado asuma una función esencial de regulación y arbitraje de las conductas de los particulares que afecten indebidamente el medio ambiente, por ejemplo, adoptando medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Sobre esa base, se concluye que el Estado mexicano tiene el deber de proteger a las personas no solo mediante una legislación ambiental adecuada y aplicada de manera efectiva, sino también ofreciendo protección contra posibles actuaciones nocivas de agentes privados, pues permitir que terceros puedan incidir de manera desmedida en el medio ambiente, no se encuentra a la altura de la conducta mínima esperada de un gobierno.
Amparo en revisión 641/2017. Abel Núñez Ramírez y otros. 18 de octubre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y Margarita Beatriz Luna Ramos; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidente: Eduardo Medina Mora I. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo.

ción ambiental, dejan al solicitante de una evaluación ambiental un pequeño margen para demostrar la viabilidad de la actividad económica que se pretende realizar. La controversia sobre lo que puede suceder corre a favor de la no realización de la perturbación (aunque el daño sea medible) del medio ambiente. El razonamiento para esta postura es que un daño ambiental muchas veces es irreversible, mientras que los proyectos comerciales —de la índole que sean— son actividades humanas que siempre pueden mejorarse o proponerse de una forma que procure la menor vulneración al medio ambiente.

Cuadro 5

Época: Décima Época.
Registro: 2022038.
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Tipo de Tesis: Aislada.
Materia(s): Administrativa.
Tesis: III.6o.A.25 A (10a.).
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 77, Tomo VI (agosto de 2020) p. 6206.
PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL. SU NATURALEZA JURÍDICA Y ASPECTOS A CONSIDERAR EN SU APLICACIÓN.
El principio de precaución es un concepto jurídico indeterminado, pues involucra la elección de realizar una conducta o evitar un acto, con la finalidad de prevenir afectaciones al ambiente, sin definir cómo deberá procederse; de ahí la razón por la cual serán el contexto y las circunstancias del caso los factores a determinar para ser proactivo y definir la forma de conducirse, pues al no constituir una previsión rígida, como si se tratare de una regla, permite su adaptación a cualquier caso y, a su vez, facilita la medición de su peso específico mediante el balance entre los argumentos en pro o en contra. Por tanto, en su aplicación debe considerarse lo siguiente: I) no debe exigirse especificidad sobre el daño a prevenir, ni la anotación de los elementos probatorios en los cuales se sustenta; II) basta la identificación de un hecho y la posibilidad de que constituya una causa generadora de afectación al ambiente; III) debe prevenirse antes de considerar medidas de remedio; IV) si la situación implica asumir un riesgo grave, entonces, el estándar de aplicación es más riguroso y viceversa; V) la incertidumbre científica constituye un elemento para justificar la aplicación del principio mencionado, esto es, en materia ambiental se concibe que la falsa afirmación sobre la negativa o señalar que no se causará daño puede ser más perjudicial, en comparación con la predicción relativa a que una actividad causará ese daño; es decir, es preferible equivocarse en la previsión tendente a evitar afectaciones al ambiente, con la finalidad de conservar un valor de mayor entidad, sin perjuicio de que quien tenga una pretensión opuesta acredite lo contrario, bajo una base sólida, objetiva e idónea; VI) la falta de certeza está circunscrita a un momento determinado que justifica la aplicación del principio, lo cual implica la posibilidad de que aquélla desaparezca en el futuro, en función de rangos o grados, según se trate; y, VII) la ausencia de medios probatorios inequívocos sobre la afectación al ambiente no constituye justificación alguna para aplazar las medidas precautorias.
SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO. Queja 459/2019. Roberto Germán Cañedo Anaya. 28 de octubre de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Alberto Domínguez Trejo. Secretario: Miguel Mora Pérez. Esta tesis se publicó el viernes 21 de agosto de 2020 a las 10:29 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

En lo que respecta a la controversia de evaluación de impacto ambiental, los tribunales han ido construyendo el tema procesal desde varios frentes, y como ya se ha visto, incluyen a quiénes pueden demandar y qué pueden

demandar, pero los precedentes han ido hasta el punto de determinar las cargas procesales de las pruebas. En una resolución por contradicción de tesis (Cuadro 6), los tribunales federales determinaron que, en materia ambiental, la carga de la prueba se revierte contra quien afirma que no hay posible daño ambiental, es decir, obliga a la parte que niega que acredite la negación. Esta carga de la prueba es en extremo difícil de superar, ya que no solo se trata de probar un hecho negativo, sino que además se trata de un hecho futuro. Al tratarse de una prueba técnica (pericial), de inicio está sujeta a que el juzgador la valore a su prudente arbitrio,[8] pero esta prueba pericial en particular está limitada a su valoración tomando en cuenta el principio *pro natura* y los precedentes que ya se han comentado.

Toda esta construcción por parte del poder judicial federal se vino abajo cuando al evaluar distintos proyectos de inversión de gran envergadura, tales como el Aeropuerto de Santa Lucia[9] y la Refinería de Dos Bocas, y utilizando razonamientos de interés público y seguridad nacional, puso de lado los principios *pro natura* y precautorio en materia ambiental para permitir su ejecución. Con ello se crearon las excepciones a la aplicación de los principios rectores y protectores de un medio ambiente sano, lo que a su vez permite que al usar las palabras "seguridad nacional" —sin tener la obligación de asumir la carga de la prueba— todo el andamiaje jurídico y científico para la protección de un derecho de cuarta generación[10] se desplome y quede a

8 Artículo 211.° del Código Federal de Procedimientos Civiles: "El valor de la prueba pericial quedará a la prudente apreciación del tribunal".

9 "…Este miércoles, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa ordenó revocar la última suspensión que detenía la construcción del nuevo aeropuerto para la Ciudad de México en la base militar de Santa Lucía (…) En su conferencia matutina, López Obrador dijo que se toma la 'decisión de hacer el aeropuerto de Santa Lucía con el argumento de que se trata de un asunto de seguridad nacional, porque hay un sabotaje legal evidente'". Ver: Octavio Ortega y Brenda Yáñez, "Revocan última suspensión que frenaba Santa Lucía; AMLO alista banderazo", Expansión Política, 16 octubre de 2019, https://politica.expansion.mx/mexico/2019/10/16/revocan-ultima-suspension-que-frenaba-santa-lucia-amlo-alista-banderazo.

10 Gonzalo Altamirano Dimas, *Los Derechos Humanos de Cuarta Generación. Un Acercamiento* (México: Cámara de Diputados, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Publica, 2007).

" …Todos estos movimientos, de manera sucinta, contribuyeron para la consagración de los derechos humanos en las constituciones internas de las diferentes naciones, tanto como en los instrumentos internacionales, dando pie a la conformación de los Derechos civiles y políticos (o de Primera generación); Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o de Segunda generación); Derechos Colectivos (o de Tercera generación), tanto como a los derechos de Cuarta generación, que son aquellos que aún no san sido incorporados del todo

Cuadro 6

Época: Décima Época.
Registro: 2022207.
Instancia: Plenos de Circuito.
Tipo de Tesis: Jurisprudencia.
Materia(s): (Común).
Tesis: PC.II.A. J/17 A (10a.).
Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación (viernes 9 de octubre de 2020 10:19 h):
JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. ANTE LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA O TÉCNICA DE LOS RIESGOS O DAÑOS AMBIENTALES QUE PUDIERAN CAUSARSE, Y ACORDE AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, EL JUZGADOR ESTÁ FACULTADO PARA REVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA AL AGENTE POTENCIALMENTE RESPONSABLE. La valoración de riesgos y daños ambientales que presupone el derecho ambiental, por regla general, está condicionada por la incertidumbre científica y/o técnica, por tanto, también la información sobre los riesgos o daños ambientales puede ser incierta por diversos motivos (el contexto, la elección de los indicadores, los parámetros utilizados, errores estadísticos, la contradicción entre teorías, entre otros), lo que exige un replanteamiento de las reglas de valoración probatoria. De ahí que, a la luz del principio de precaución, se reconoce la posibilidad de revertir la carga de la prueba al agente potencialmente responsable, esto es, a quien afirma que no se causa daño o riesgo alguno al medio ambiente y, de esta manera, el juzgador está en posibilidad de allegarse de todos los elementos probatorios necesarios para identificar el riesgo o daño ambiental.
PLENO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Contradicción de Tesis 3/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Administrativa del Segundo Circuito, así como el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, con residencia en Saltillo, Coahuila de Zaragoza. 5 de noviembre de 2019. Unanimidad de cinco votos de los Magistrados Tito Contreras Pastrana (presidente), Julia María del Carmen García González, David Cortés Martínez, Bernardino Carmona León y José Manuel Torres Ángel. Ponente: Julia María del Carmen García González. Secretario: Édgar Salgado Peláez. Criterios contendientes: El sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, al resolver el amparo en revisión 29/2019, el sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, al resolver los amparos en revisión 110/2018 y 320/2018, y el diverso sustentado por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, con residencia en Saltillo, Coahuila de Zaragoza, al resolver el amparo en revisión 310/2018. Nota: En términos del artículo 44.°, último párrafo, del Acuerdo General 52/2015, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que reforma, adiciona y deroga disposiciones del similar 8/2015, relativo a la integración y funcionamiento de los Plenos de Circuito, esta tesis forma parte del engrose relativo a la contradicción de tesis 3/2019, resuelta por el Pleno en Materia Administrativa del Segundo Circuito. Esta tesis se publicó el viernes 09 de octubre de 2020 a las 10:19 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 13 de octubre de 2020, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 16/2019.

la buena suerte de las futuras generaciones que el proyecto o desarrollo en cuestión no cause daños irreversibles al medio ambiente. Los argumentos en contra y a favor de permitir esta postura tan laxa por parte de los tribunales, y en especial en quien propone el proyecto a realizar, son parte de lo complejo que resulta la realización de una correcta interpretación de las evaluaciones de impacto ambiental.

La justificación de ejecutar un proyecto bajo la premisa de considerarlo un tema de "seguridad nacional" no puede utilizarse sobre el impacto en los hechos futuros, pues sin esta seguridad ponemos en riesgo la nación. Un tribunal no puede anteponer ningún derecho si la protección del mismo pone en riesgo a quien va a velar por su protección. En el otro extremo está la facilidad con la que cuenta el Estado para saltar las obligaciones ambientales y perjudicar la continuidad humana y de la nación con solo señalar dos palabras: "seguridad nacional", sin la obligación de la carga probatoria mínima o menor que permita suponer que el riesgo ambiental esta observado y sus consecuencias medidas.

El uso de los precedentes judiciales a los hechos

Esta moneda de dos caras, en la que los principios *pro natura* y el razonamiento de "mejor detener que permitir" porque el daño ambiental es irreversible (el principio precautorio), son vistos como una forma de proteger los derechos humanos de cuarta generación, como es el del medio ambiente sano. Es decir, la legislación y en especial los tribunales, han desarrollado un sistema en el que la protección al medio ambiente es accesible, precautoria, con la intención de buscar el rigor científico y que la actividad humana sea sustentable con el futuro mismo de la humanidad y de la posibilidad de seguir contando con los recursos naturales necesarios para las siguientes generaciones. La carga que se le impone a los proyectos de inversión, generalmente inmobiliarios, que pueden afectar el medio ambiente es consistente con los derechos humanos en general. No hay precisión, datos o estadísticas al respecto sobre de la cantidad de procedimientos contenciosos que tienen una

a los textos legales secundarios ni constitucionales, los que comprenderían el derecho a la integración de la familia, la no discriminación y a la igualdad de nacionalidad, así como el derecho al acceso a las tecnologías de la información dentro del contexto de una sociedad de la información. También incluyen en este tema a los derechos al medio ambiente y al aprovechamiento de los progresos de la biomedicina, biotecnología, etc."

honesta búsqueda de la protección del ambiente, pero sonestos por los que los principios aquí comentados fueron diseñados, y observar su aplicación —por difícil y costosa que pueda ser para desarrollo económico del país o una región— es de suma importancia.

Del otro lado, con el cúmulo de principios y cargas sobre la evaluación de impacto ambiental y aunado a la ya de por sí complicada labor de analizar y juzgar actos presentes en consecuencias futuras, la función judicial sobre el contenido de una evaluación de impacto ambiental está muy restringida y limita la actividad judicial a cuestiones de forma y presupuestos procesales. El hecho de que decidir el fondo de una controversia encuentre tantas dificultades en un sistema judicial hace que exista un poder desproporcionado en la sociedad, que muchas veces encuentra intereses perversos en quien se dedica a "defender" esté tipo de procedimientos. En la práctica profesional no es extraño encontrar "defensores" de un medio ambiente sano cuyo único propósito es extorsionar a personas que realizan actividades económicas.[11]

11 Ver: Alberto Mansur, "Acciones colectivas: paraíso de extorsionadores", *Revista del Abogado*, n.° 218 (junio de 2017): pp. 46-49, https://vlex.com.mx/vid/acciones-colectivas-paraiso-extorsionadores-680543697

"… Pero aun los más expertos, sin excepción, se dejan deslumbrar por los veredictos millonarios de las acciones colectivas en Estados Unidos y creen que eso se replicará en nuestro país. Creen que mediante una acción colectiva se obligará a determinada compañía a pagar sumas millonarias por el daño que haya hecho al ecosistema o por los defectos en alguno de sus productos o por el daño que el uso de esos productos haya ocasionado a quien, sin deberla ni temerla, resiente sus efectos.

Esto solo ha generado las acciones más absurdas y ha servido de incentivo para que abogados que ven su cédula como patente de corso pretendan extorsionar a las grandes empresas. Las "asociaciones civiles" han brotado como hongos en regadera de baño público. Detrás de ellas no están los defensores de derechos colectivos, ni los protectores de consumidores o del medio ambiente o de la libre competencia. No. Detrás de ellas están abogados que no representan a nadie pero que pretenden lucrar con la contingencia que una acción colectiva les representa a diversos demandados.

Un ejemplo de esto es una famosa "asociación civil" de Sinaloa que se ha convertido en todo un actor serial.

A julio de 2016, esta "asociación civil" había promovido 24 acciones colectivas por distintas causas y en contra de demandados tan diversos como la Comisión Federal de Electricidad; la Junta Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Mazatlán, Sinaloa; el Instituto Mexicano del Seguro Social; la Sociedad Cooperativa de Servicio de Transporte Popular de Mazatlán; la empresa Minera Dos Señores, sociedad anónima de capital variable; la empresa Bachoco, sociedad anónima de capital variable; la empresa Radiomóvil Dipsa, sociedad anónima de capital variable; el Ayuntamiento de Mazatlán; la empresa Grupo México, sociedad anónima bursátil de capital variable; el Acuario de Mazatlán, la empresa Teléfonos de México, sociedad anónima bursátil de capital variable, y Petróleos Mexicanos. Todas estas, más las que se acumulen esta semana.

Es evidente que ésta y las otras "asociaciones civiles" como ella no se dedican a la promoción y defensa de los intereses y derechos de los consumidores, sino a iniciar acciones colectivas…".

Estos extorsionadores encuentran, en el último lugar donde debían encontrar su justificación, en un sistema judicial muy limitado para entrar al fondo del asunto, y durante el proceso es usual que impidan el desarrollo de la actividad sujeta a escrutinio, incluso sin que la parte demandante garantice los posibles daños y perjuicios, según el propio criterio que ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en estos casos. Esta deleznable actividad que realizan grupos "protectores" del ambiente, en muchos casos obligan al afectado a llegar a un arreglo económico que misteriosamente hace que los procesos terminen y la actividad continúe con su desarrollo.

A estas dos formas de usar los criterios debemos agregar la facultad que tiene el Estado de establecer, sin grandes cargas probatorias, el etiquetar un proyecto o desarrollo como de "seguridad nacional" para poder hacer a un lado los principios rectores en materia ambiental. Esto no quiere decir que al Estado se le exima de realizar las gestiones necesarias para evaluar el impacto ambiental, simplemente que dicha evaluación —aun cuando determine que puede existir daño al ambiente, la forma en que se va a enfrentar ese daño o el nivel de daño— no se encuentra sujeta a los principios de medio ambiente estudiados, ya que no hay forma de prevenir judicialmente que estos proyectos se desarrollen. Siempre existen métodos políticos o de presión social que pueden lograr el mismo cometido que una detención judicial, pero eso no es materia de este trabajo.

Conclusiones

La evaluación del impacto ambiental de la actividad humana es un tema de suma importancia para el desarrollo económico, político y de continuidad de la sociedad. A medida que la ciencia avance y permita una mejor predicción de lo que pueda suceder con la actividad humana, el papel que guardan los tribunales para resolver las controversias en materia ambiental aumentará. Hoy, el Poder Judicial sostiene la mayoría de sus resoluciones en materia de evaluaciones de impacto ambiental con el tema de las formalidades procesales (legitimación, tanto activa como pasiva, cauciones, suspensiones, quien debe presentar la evaluación), pero respecto al fondo de la materia, es decir, resolver y valorar el contenido del peritaje o evaluación que se realiza sobre la actividad humana, no hay precedentes relevantes.

El Poder Judicial encuentra una gran dificultad en resolver temas futuros con elementos probatorios presentes, ya que la certeza del daño ambiental futuro encuentra siempre una dosis de incertidumbre no probada. Esta duda real

contrasta con la actividad central de la autoridad judicial, esa que es dirimir controversias exclusivamente de hechos probados o presunciones sólidas que permitan inferir un grado importante de certeza de lo sucedido. En el pasado, esa última parte era el enfoque de trabajo de las autoridades judiciales, pero eso no quiere decir que no vean al futuro, solo que lo forjan siempre a partir de hechos pasados y debidamente acreditados.

Con lo anterior, y como queda dicho en este pequeño trabajo, la actividad judicial no ha encontrado la fórmula para resolver el fondo de los asuntos en materia de evaluaciones ambientales y deja un enorme hueco de incertidumbre para los inversionistas, un nicho de corrupción en las autoridades y un desmedido oportunismo a quienes ven en esto como una cuestión económica (en palabras llanas, mediante la extorsión).

No obstante, el panorama no debe ser negro; hay una importante cantidad de asuntos honestos sobre los que el Poder Judicial abre posibilidades de prevención de males mayores. Con las resoluciones judiciales actuales también se consiguió que quienes realicen actividades humanas que puedan afectar el medio ambiente sean conscientes de las consecuencias y se adapten a la sustentabilidad de un futuro que puede que no veamos.

Como sociedad debemos empezar a buscar las soluciones para el mal uso que le han dado algunos actores bajo la bandera de la protección de un medio ambiente sano. Se enlistan algunas fórmulas jurídicas que pueden disminuir el mal uso del litigio ambiental, en específico cuando se controvierte la evaluación de impacto ambiental:

Se debe sancionar económica/penalmente a quien inicie un procedimiento y se desista de él sin haber sentencia o un convenio entre las partes en el litigio. El convenio debe centrarse en la solucionar del problema ambiental, misma que no debe ser solo una compensación económica;

Se debe sancionar a las autoridades/particulares que emitan u obtengan una evaluación de impacto ambiental favorable en la que de manera inequívoca se ponga en riesgo el medio ambiente sano. En este punto no se pretende sancionar a quien de buena fe y tomando la mayor información posible emite un dictamen que posteriormente y por elementos novedosos o de distinta interpretación resulta que debía ser improcedente.

Las demandas deben ser claras y precisas en cuanto al daño ambiental que pueden ocasionar y que sería irreversible. Demandas que solamente utili-

zan las palabras "protección del medio ambiente sano", "deterioro de la calidad de vida", "daño ecológico", entre otras, sin que haya claridad en el mismo escrito inicial de demanda y donde no se puede conocer cuál sería el efecto que pueda provocar una sentencia para restaurar esos derechos, son demandas que, sin juzgar sobre su procedencia, no deben gozar de los beneficios de precaución o liberación de la caución. Con esto, lo que se busca es que el juzgador vea desde un inicio la seriedad de la demanda, que la parte actora haya estudiado u obtenido la información mínima necesaria para tomar la difícil decisión de demandar. Con esta precaución evitamos oportunistas que al primer ladrillo que se levanta solicitan la suspensión de las obras sin tener certeza de lo que se está haciendo y por qué se está haciendo.

Es indispensable definir los principios generales que deben regir la interpretación de las evaluaciones de impacto ambiental, con el fin de que el juez pueda dictar sobre el fondo del asunto y no solamente sobre la forma o legitimación de las partes en el juicio. En este caso particular se debe normar la valoración de la prueba con un rigor científico y no al prudente arbitrio del juez, quien deberá confiar en la ciencia y en los avances tecnológicos que sean el sustento del dictamen de evaluación de impacto ambiental, usando los mismos como su fundamento y motivación y no la valoración clásica de la prueba pericial que es el prudente arbitrio.

Existe un inmenso mundo jurídico por descubrir en materia ambiental. La ruta que México y el Poder Judicial en particular han emprendido es la correcta, pero no quiere decir que sea perfecta. Debemos trabajar en corregir los errores y abusos que se dan en nombre de la protección al medio ambiente sano. La protección del derecho humano no debe ser impedimento para el desarrollo, crecimiento y enriquecimiento de la sociedad y sus miembros; al contrario, su protección debe ser el motivo por el cual la sociedad realiza todas esas actividades. El aprovecharse de la bondad del derecho humano del medio ambiente sano para obtener un beneficio personal debe ser castigado con severidad por el sistema jurídico existente, pero para ello es importante que el mismo sistema permita reconocer cuándo se da ese abuso y cuándo es que el litigio es real.

Bibliografía

Altamirano Dimas, Gonzalo. *Los Derechos Humanos de Cuarta Generación. Un Acercamiento*. México: Cámara de Diputados, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Publica, 2007.

Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes. "Reformas constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen Derechos Humanos)". 2015. https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/reformas_amparo_dh/tratados.html#MEDIO%20AMBIENTE

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. "Contexto internacional". *Medio ambiente* (28 de agosto de 2006). http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Eje_tematico/9_mambiente.htm

Greenpeace México. "Aprueban Dos Bocas en tiempo récord". 13 de agosto de 2019. https://www.greenpeace.org/mexico/noticia/3049/aprueban-dos-bocas-en-tiempo-record/

Mansur, Alberto. "Acciones colectivas: paraíso de extorsionadores". *Revista del Abogado*, n.° 218 (junio de 2017). https://vlex.com.mx/vid/acciones-colectivas-paraiso-extorsionadores-680543697

Ortega, Octavio y Yáñez, Brenda. "Revocan última suspensión que frenaba Santa Lucía; AMLO alista banderazo". *Expansión Política*, 16 octubre de 2019. https://politica.expansion.mx/mexico/2019/10/16/revocan-ultima-suspension-que-frenaba-santa-lucia-amlo-alista-banderazo.

Secretaría de Gobernación. "Compilación de Tratados Internacionales Medio Ambiente". Sin fecha. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/402771/IX-MEDIO-AMBIENTE.pdf

Soto, Jocelyn. "Tren maya, ¿cómo afectará el medio ambiente y los derechos de las comunidades?". *Greenpeace México*. 27 de abril de 2020. https://www.greenpeace.org/mexico/blog/4419/tren-maya-como-afectara-el-medio-ambiente-y-los-derechos-de-las-comunidades/

Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Trotta, 2009.

CAPÍTULO XVIII

Educación para la paz como proceso garante del derecho humano a la paz

Lorena Martínez Martínez y Margarita Cantero Ramírez[1]

Introducción

La educación se considera un instrumento para la construcción de paz, la cual se ha consolidado como un derecho humano de tercera generación —también denominados derechos de solidaridad— que pretenden ofrecer estrategias para atender las distintas necesidades de las naciones y los grupos humanos, apoyadas por la colaboración entre los mismos. A pesar de este reconocimiento a nivel internacional, su alcance se ha reflejado de manera teórica y práctica al tratar nociones relacionadas con la solución pacífica de conflictos, el desarme, desarrollo humano, derechos humanos en general, así como aquellas relacionadas con lo socioambiental que en suma permiten construir ambientes de paz.

Hoy en día ha tomado gran importancia el hacer difusión de la construcción de paz por medio de la educación, con la finalidad de fomentar acciones que permitan la construcción de la paz desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos y, en consecuencia, una sociedad en donde prevalezca la armonía y el bienestar. El reconocer los derechos humanos de los individuos

1 Profesora-investigadora de tiempo completo adscrita al Departamento de Ciencias Sociales, docente en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara; Doctorante en Ciencias Sociales, Maestra en Ciencia del Comportamiento y Profesora de asignatura adscrita al Departamento de Ciencias Sociales del mismo Centro Universitario, respectivamente.

es un factor en la reducción de la violencia, pues el respeto a la vida y la no discriminación permitiría menos muertes y el no hacer distinciones en nuestra sociedad, dando así el lugar que cada uno merece.

En este documento se retoman algunos de los instrumentos donde, de manera internacional, se han establecido elementos normativos para el respeto de los derechos humanos, así como algunas instituciones encaminadas a fortalecer e incluso implementar estrategias que permitan la paz; además se considera la relevancia de retomar y sumar esfuerzos en todos los niveles, desde lo local y cotidiano hasta el plano mundial, para lograrlo.

A partir de ello el objetivo de este documento es realizar una aproximación al vínculo entre la educación para la paz y el derecho humano a la paz, para lo cual se realizó un estudio cualitativo documental que permitió identificar instrumentos jurídicos internacionales que norman a la paz como derecho humano. Posteriormente se recuperan algunos de los principales conceptos inmersos en la educación para la paz de tal manera que a partir de dichos elementos se aborda el vínculo objeto de estudio y se concluye con la presentación de algunas reflexiones.

El derecho humano a la paz normado en instrumentos jurídicos internacionales y en planteamientos de juristas clásicos

El derecho humano a la paz se encuentra albergado en instrumentos jurídicos de índole internacional como la Carta de Naciones Unidas,[2] que reconoce en su preámbulo y en numeral 55 c la existencia de una relación estrecha entre la paz y derechos humanos al tiempo que en el numeral primero establece los propósitos de las Naciones Unidas. La paz también se encuentra normada en el artículo 28.° de la Declaración Universal de Derechos Humanos[3] donde se establece que toda persona tiene derecho a hacer valer los derechos albergados en dicho instrumento jurídico.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[4] en su numeral 20 estableció como prohibición la promoción de la guerra, el odio nacional, religioso, racial, así como cualquier conducta que

2 Organización de las Naciones Unidas, "Carta de las Naciones Unidas", 1945, https://www.un.org/es/charter-united-nations/

3 Organización de las Naciones Unidas, "Declaración Universal de Derechos Humanos", 1948, https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights

4 "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 1966, https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx

lleve al fomento de la hostilidad, discriminación y cualquier tipo de violencia. Esto se retoma en distintas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas,[5] entre ellas la resolución 2625 que alude a las relaciones de cooperación y amistad entre Estados como parte del fomento a la paz, donde se propicia la resolución de controversias internacionales de manera pacífica y se rechazan conductas contrarias a las estipulaciones de las Naciones Unidas.

Por su parte, la resolución 3314 señala la agresión como una conducta incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, en específico al referirse en su numeral cinco a la guerra e incluso considerándola como una agresión a la paz internacional. Posteriormente en 1976 en la resolución 5-32 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se proclamó el derecho humano a la paz, mientras que en 1978, por medio de la Declaración sobre la preparación de la sociedad para vivir en paz[6] surgida de la resolución 33/73, quedó expresamente normado en el numeral primero el derecho de cualquier persona a vivir en paz y se consideró como una condición indispensable para el desarrollo de las naciones.

De igual manera, en la resolución 39/11 sobre la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz de 1984 se reafirma, en el artículo segundo, el derecho a la paz de todos los pueblos agregando que la preservación, promoción y garantía del mismo es una obligación de cada Estado. Dichos ordenamientos internacionales dan cuenta de la evolución en la protección de este derecho a nivel individual y colectivo al ser considerado pilar de los demás DDHH[7] e incluso como un valor universal, siendo en 2010, por medio de la Declaración de Santiago de Compostela,[8] cuando la paz se relaciona no solo con la ausencia de guerra sino también con la disminución e idealmente eliminación de cualquier tipo de violencia.[9]

5 Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, https://www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html

6 Declaración sobre la preparación de la sociedad para vivir en paz, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1978, https://www.un.org/es/documents/ag/res/33/ares33.htm

7 Cristela Georgina Esquivel Marín y Myrna Elia García Barrera, "La educación para la paz y los Derechos Humanos en la creación de valores para la solución de conflictos escolares", Revista Justicia 23, n.° 33 (2018): pp. 256-270, https://doi.org/10.17081/just.23.33.2892

8 "Declaración de Santiago de Compostela", Foro Social Mundial sobre la Educación para la Paz, 2010, http://mail.aedidh.org/sites/default/files/DS%20pdf%2024%20marzo%2011.pdf

9 Erwin Silva, "El derecho humano a la paz. Elementos y perspectivas", Revista Cultura de Paz Managua 17, n.° 54 (2011): pp. 22-26. https://doi.org/10.5377/cultura.v17i54.760

En adición, la Declaración de Luarca, la Declaración de Bilbao y la Declaración de Barcelona sobre el Derecho Humano a la Paz abonan a la positivización de la paz como derecho humano, así como el sobresaliente trabajo de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ARDIDH). En dichas declaraciones se hace una propuesta donde se vincula este derecho con un nuevo orden económico internacional, para lo cual se promueve una visión holística. Asimismo, se identifican tres objetivos: 1) lograr satisfacer las necesidades básicas, disminuir la violencia estructural al considerarse que reproduce desigualdades sociales y económicas; 2) erradicar la violencia cultural, entendida como la que ocurre en contextos familiares, laborales, escolares y en cuestiones de género, entre otros; y 3) garantizar el respeto de los derechos humanos de toda persona.[10,11]

De tal manera que el considerar a la paz como un derecho humano implica caracterizarla como inherente a cualquier persona, de carácter universal, imprescriptible, inalienable, inviolable, irrenunciable e interdependiente, además de complementaria con otros derechos. Aunado a ello, la titularidad del derecho a la paz no se limita a un solo sujeto individual, sino que recae también en pueblos, Estados e incluso en toda la humanidad, por ello se le considera de carácter individual y colectivo.

Moreira[12] resalta la relación que tiene el derecho con la paz al recuperar algunos antecedentes basados en los planteamientos de juristas clásicos como Kant en su obra en 1795 *La paz perpetua*, en la que enfatiza la capacidad legisladora del hombre como principal vía para establecer normas jurídicas que traten de garantizar la libertad y la paz social. En esta postura el papel del Estado como mediador y regulador de las conductas humanas es central y se le otorga una autoridad superior que apela a la moral para la construcción y mantenimiento de paz.

Posteriormente, en 1920 Kelsen trabajó el tema del sistema de la ley internacional en su ensayo titulado "El problema de la soberanía y la Teoría de

10 C. Villán, "El derecho humano a la paz en los trabajos del Consejo de Derechos Humanos", *Revista IIDH* 57, (2010): pp. 113-153, https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25557.pdf

11 María Azucena Ramos Herrera, Jonathan Cohen, Alfredo José Furlán Malamud, Laura Beatriz Ramos Herrera, Terry Carol Spitzer, Ricardo Vázquez Valls y Luz María Velázquez Reyes, *La construcción de la paz en la escuela: Múltiples miradas desde la investigación, las intervenciones y las políticas públicas* (México: Fundación Vivir en Armonía, 2020).

12 Diana Gabriela Moreira, "El reconocimiento al derecho humano a la paz", Cognitio Juris 1, n.° 3 (2011): pp. 87-96. http://www.cognitiojuris.com/artigos/03/07.html

Derecho Internacional Público" para plantear que las leyes de los Estados deben ser acordes a las internacionales, a lo cual se le conoce como so pena de nulidad. A partir de ello, confía en el alcance y pertinencia de los instrumentos legales e institucionales nacionales y supranacionales para imponer castigos que resulten ejemplares a quien se atreva a transgredir lo establecido en ellos alterando la paz social.

Otro jurista clásico que retomó en su trabajo de manera implícita la noción de paz como parte de los derechos humanos fue Norberto Bobbio, quien después de la Segunda Guerra Mundial consideró que una de las funciones del Estado debía ser el desarrollo de estrategias que le permitieran resolver conflictos de manera pacífica haciendo uso de su poder e incluso llegando a la coacción por medio de las normas jurídicas. Este jurista acuñó el concepto de "pacifismo jurídico", desde la filosofía del Derecho y con bases positivistas, donde enuncia la carencia de normas eficaces como medio para regular el orden social y por lo tanto resulta uno de los principales elementos que propicia el desarrollo de conflictos que podrían escalar hasta convertirse en guerras.

Por su parte, el italiano Danilo Zolo realizó una crítica al globalismo jurídico introduciendo el concepto de "pacifismo débil" para referirse a que la paz global no puede ser alcanzada por medio de la coerción de las normas jurídicas o militares si persisten brechas de desigualdad desde el nivel local hasta el internacional, relacionadas con la riqueza, el poder y recursos de tipo tecnológico y científico.

Además, Zolo consideró que la manera hegemónica de tratar de resolver y controlar los conflictos deja de lado el reconocimiento de aspectos culturales, sociales e incluso económicos, y por lo tanto resulta una utopía pensar en una paz local basada en la participación de sus ciudadanos. Así pues, la propuesta del jurista apunta a la creación, fortalecimiento y mantenimiento de redes institucionales a distintos niveles que basan sus actividades en la comunicación y reconocen el elemento intercultural de las distintas etnias.

Conceptos inmersos en la educación para la paz

La educación como medio de construcción de paz se ha enfrentado a la polisemia del propio concepto de paz, así como de otros que se encuentran relacionados. Sin embargo, es justo esa diversidad la que aporta elementos para configurar una noción plural de paz que da cuenta de las diversas realidades

y formas de pensamiento. Generalmente sobresalen definiciones de paz como la ausencia de conflicto,[13] un hecho social presente en la historia del hombre que permite identificar la violencia[14] e incluso se le atribuye la generación de acuerdos como base del bienestar y convivencia social.[15] Otras aproximaciones conceptuales lo han relacionado con una condición basada en valores y derechos humanos[16] donde la educación tiene un papel central para su promoción y fortalecimiento.[17]

Autores como Hernández, Luna y Cadena, así como Gómez y González identificaron una tipología de la paz en tres categorías: 1) paz positiva, entendida como un conjunto de acciones orientadas a la cooperación entre los actores sociales que permita disminuir las diversas formas de violencia y aumentar el nivel de justicia, lo cual resulta un ideal casi utópico; 2) paz negativa, relacionada con el cuestionamiento de actividades y eventos violentos que permite prevenirlos más que eliminarlos, por pues se reconoce que siempre estarán latentes en la cotidianidad de la sociedad e incluso habrá quienes se muestren indiferentes a reaccionar a ellos y no les interese buscar soluciones pacíficas que propicien la transformación de esas situaciones; y 3) paz imperfecta, que alude a la convivencia con distintas formas de violencia y conflictos que forman parte de las experiencias cotidianas del ser humano, pero apuesta por idear métodos con los cuales sobrellevar dichas situaciones y abonar al desarrollo personal y social.

En cambio, al hablar del concepto de violencia, autores como Cerda, Contreras et al.,[18] así como Gómez y González señalan su contraposición a

13 María del Pilar Gómez Duarte y Luis Eduardo González López, "Agentes de paz: la potencia generativa de lo cotidiano", *Revista de Paz y Conflictos*, 13, n.° 1 (2020), http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v13i1.9411

14 Isabel Hernández Arteaga, José Alberto Luna Hernández y Martha Cecilia Cadena Chala, "Cultura de paz: una construcción desde la educación", *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 19, n.° 28 (2017): pp. 149-172, http://dx.doi.org/10.19053/01227238.5596

15 Colegio de Guanajuato para el Desarrollo A. C., *Manual de promotores de cultura de paz y derechos humanos* (México, s. f.), http://indesol.gob.mx/cedoc/pdf/II.%20Inclusi%C3%B3n%20y%20Cohesi%C3%B3n%20Social/Cultura%20de%20la%20Paz/Manual%20de%20promotores%20de%20Cultura%20de%20Paz%20y%20Derechos%20Humanos.pdf

16 Evelyn Cerdas-Agüero, "Desafíos de la educación para la paz hacia la construcción de una cultura de paz", *Revista Electrónica Educare* 19, n.° 2 (2015): pp. 135-154, doi: http://dx.doi.org/10.15359/ree.19-2.9

17 Víctor Amar, "Un camino para la educación para la paz: Una investigación narrativa", *Revista de Paz y Conflictos* 13, n.° 1 (2020): pp. 57-71, http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v13i1.11362

18 Julio C. Contreras, Andrea J. Aguilar-Barreto, Lorenzo Portocarrero, Luz E. Mira, L. Clara P. Aguilar-Barreto y Yonatan A. Aguilar-Barreto, "Paz, equidad, reconciliación y educación ciudadana: Los

la paz, pues impide satisfacer necesidades básicas e implica amenazas a la integridad psicológica y física de la persona, a su bienestar, su desarrollo y a sus derechos humanos. En este sentido, se identifican tres tipos de violencia:

1. Violencia directa, cuya principal característica es que es intencionada y con frecuencia de carácter verbal, psicológica, sexual y física.
2. Violencia estructural, presente en instituciones de la sociedad en distintos niveles, desde el local hasta el global, y conlleva insatisfacción de necesidades, genera escenarios de injusticia, desigualdad, marginación, exclusión, inseguridad e incluso pobreza.
3. Violencia cultural, se refiere a la "aceptación" o normalización social de actos de violencia que son justificados o legitimados por medio de elementos simbólicos culturales como el lenguaje, la religión, el arte, la ideología, etcétera.

En ambos conceptos, paz y violencia, se reconoce la presencia de redes que expresan las relaciones personales en distintos escenarios como el familiar, escolar, laboral o comunitario a partir de las cuales se construye la realidad y se fomentan acciones y la colaboración entre los miembros, quienes, de acuerdo con Gómez y González, en ocasiones llegan a cuestionar dicha realidad para tratar de transfórmala. Esta comunidad o red se encuentra interesada en generar soluciones a sus problemas diarios y tener mayor comunicación con las autoridades del Estado por medio de una democracia participativa, la cual demuestra la voluntariedad de conductas de las personas basadas en solidaridad y cooperación ciudadana.

En este sentido surge el concepto de cultura de paz para referirse a un conjunto de actitudes, comportamientos, valores y acciones reflejados en el manejo y solución de conflictos de manera pacífica, basados en la negociación y diálogo entre los involucrados que pueden ser personas, grupos o naciones. Por medio de ello se ponen en práctica valores y principios como la democracia, justicia, solidaridad, tolerancia, libertad, respeto a la vida, confianza, cooperación, igualdad, entre otros, con los que se propone la aceptación de las diferencias y el respeto a los derechos humanos.

Una manera de fomentar dicha cultura de paz es por medio de prácticas pedagógicas[19] que identifican dos figuras centrales: el docente y el alumno,

retos de la educación para una sociedad en posconflicto", *Revista Espacios* 40, n.° 33 (2019): pp. 8-25, http://www.revistaespacios.com/a19v40n33/a19v40n33p08.pdf

19 Nelson Ernesto López-Jiménez, Claudia Patricia Castro-Javela y Luis Felipe Ramírez-Pérez, "El

los cuales se relacionan en procesos de aprendizajes mutuos, dado que para poder transmitir conocimientos el docente primero debe conocer los saberes y elementos culturales de su contexto y en particular de quienes son sus alumnos. De esta manera, se construye un contexto común a partir del cual se identifican problemáticas que aquejan sus formas de vivir por medio de la reflexión y el pensamiento crítico, y en consecuencia, puedan proponerse acciones transformadoras guiadas por valores y en las cuales se vean involucrados.

De acuerdo con González y Solórzano-Restrepo,[20] dichas prácticas suelen relacionarse en primer lugar con espacios académicos en el ámbito escolar, es decir, considerado un espacio de socialización donde se da un intercambio de conocimientos y elementos culturales, y donde es posible trabajar en la construcción de la ciudadanía a partir de los saberes y ampliando y la ampliación de estos espacios educativos a otros ámbitos en los que se ponga en práctica lo aprendido.

Para autores como Amar o Fuentes,[21] la educación para la paz es reconocida como un proceso en el que intervienen múltiples actores y se da de manera interdisciplinar para abordar temas como la justicia social, el compromiso ético, la prevención y resolución de conflictos que se presentan en el día a día. Mediante ello se fomenta la convivencia y participación, lo que lo convierte proceso continuo, dinámico y permanente que permite desarrollar en las personas una visión crítica y reflexiva de su contexto, así como emprender acciones para superar retos como la indiferencia, apatía y desconfianza, y edificar un mejor lugar para vivir en paz.

Retos y oportunidades de la educación para la paz

Si bien la paz está normada en diversos instrumentos jurídicos a nivel internacional, en la práctica autores como García, Aguacil, Pañellas y Boqué[22]

maestro para la paz, la equidad y la reconciliación, ¿un proceso posible?", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos* 15, n.° 1 (2019): pp. 176-192, http://vip.ucaldas.edu.co/latinoamericana/downloads/Latinoamericana15(1)_10.pdf

20 David González y John Solórzano-Restrepo, "Transformación del conflicto y construcción de culturas de paz en las aulas colombianas", *Revista Tesis Psicológica* 13, n.° 1 (2018): pp. 1-14, http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=139059076004

21 Sandra Fuentes, "Involucramiento de las organizaciones en la construcción de paz", *Revista Organicom* 15, n.° 28 (2018): pp. 189-205.

22 Laura García Raga, Monserrat Aguacil de Nicolás, Mercè Pañellas Valls y Maria-Carme Boqué Torremorell, "La construcción de la paz mediante la educación. Hacia el diseño de un instrumento de indicadores", *Revista Perspectivas Educativas* 6, (2013): pp. 33-56, https://www.recercat.cat/bits-

han documentado el surgimiento de resistencias a participar en una educación para la paz, sobre todo en contextos escolares. Algunos de los factores que intervienen en ello y repercuten en una desmotivación por parte de los involucrados es la falta de recursos, pocos docentes capacitados para la transición de los conocimientos pertinentes y el desarrollo de las habilidades, así como una aparente apatía y desinterés por parte de las mismas instituciones que no han incorporado este tipo de educación como parte de los programas de los distintos niveles educativos.

Ante dichos retos, Grasa[23] presenta algunos puntos a considerar como parte de una "nueva agenda de educación para la paz", donde resalta el ser conscientes del reto y complejidad que representa la paz, y más aún el transmitir sus ideales por medio de la educación. Aunque resulta un tanto imposible el trabajar su totalidad al mismo tiempo, tampoco es recomendable abordar aspectos dictados por otros, sino la labor debe surgir de las realidades de los estudiantes para que el conocimiento sea representativo y aumente la probabilidad de su participación.

También se recomienda retomar sus historias personales con la finalidad de profundizar en las casas que generan desacuerdos y conflictos, quiénes participan, de qué manera, dónde se desarrollan y por qué. A partir de ello podrían identificarse patrones o elementos con los cuales orientar la priorización de las necesidades a trabajar; estas particularidades de cada grupo de trabajo fomentan la innovación al crear prácticas y estrategias propias para aproximarse a los temas abordados, como las alianzas con otros sujetos que se muestren interesados en ser parte del fortalecimiento de la paz, el respeto de los derechos humanos e involucrarse en los procesos de aprendizaje.

En tal sentido, Rettberg[24] identifica que se han realizado diversos acercamientos que atienden controversias entre todo tipo de personas sin concentrarse de manera exclusiva en la resolución pacífica de conflictos entre miembros de la sociedad civil, grupos y distintos sujetos. Esto pone de manifiesto que la construcción de paz no es un proceso lineal ni secuencial, sino

tream/id/194741/perspectivas%20educativas.pdf

23 Rafael Grasa, "Evolución de la educación para la paz. La centralidad del conflicto para la agenda del siglo XXI", *Cuadernos de Pedagogía* 287 (2000): pp. 52-56, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=36639

24 Angelika Rettberg, "La construcción de paz bajo la lupa: una revisión de la actividad y de la literatura académica internacional", *Instituto de Estudios Políticos* 42 (2013): pp. 13-36. https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/15782

que enfrenta altibajos y un ritmo de trabajo adecuado a las necesidades de los involucrados. En tales circunstancias, la educación adquiere un papel central en la transmisión, comprensión y puesta en práctica de valores sobre los se basa el desarrollo de la reflexividad y pensamiento crítico social; la paz se asume no solo en los discursos sino en el actuar diario de las personas, en las relaciones que ocurren de forma cotidiana dentro de aulas escolares, con la familia, amigos, vecinos, etcétera.[25] Ahí radica la importancia de dar a conocer mecanismos y estrategias para el manejo de conflictos basadas en el respeto del otro.

Algunos ejemplos comunes de conflictos presentes en la vida diaria se originan al no saber manejar las emociones, principalmente las relacionadas con la tristeza, la culpa, la rabia, el miedo y la preocupación que afectan en primer lugar la paz a nivel individual y se expanden hasta generar grandes conflictos que perjudican con severidad la calidad de la convivencia social. Es decir, que parte del proceso de construcción de paz a este nivel individual recae en trabajar el bienestar mental, físico y emocional.

De igual manera, dentro de la educación para la paz se destacan cuatro aspectos a desarrollar, considerados como ejes centrales para el respeto a los derechos humanos y en particular de la paz:

1. La democracia, enfocada en la relevancia de participar en la toma de decisiones, no solo políticas sino en otros ámbitos como el de pareja, familiar, de la comunidad y en general de cualquier relación de la que se forme parte.
2. El desarrollo, en el sentido de aportar herramientas y habilidades que permitan a la persona tratar de satisfacer sus necesidades de forma autónoma y de ser necesario en colaboración con otros, lo cual en ocasiones puede derivar en propuestas creativas promotoras de paz.
3. Derechos humanos, tema fundamental en la educación para la paz; pasarlos por alto, omitirlos o darlos por sentado representa una forma de violencia estructural que vulnera a la persona e incluso puede llevarla a realizar actos violentos para demandarlos.
4. Desarme, relacionado con la posesión, venta y uso de armas por parte de la sociedad civil, hecho que impacta en la seguridad y la supervivencia de las sociedades.

25 Colegio de Guanajuato para el desarrollo A. C., *Op. Cit.*

A partir de lo anterior se expone que la construcción de paz y la educación para la paz resultan procesos arduos que apuestan por el desarrollo integral de los individuos y las sociedades para propiciar una actitud de calma, motivación, tranquilidad y ser propositivo ante desafíos de la vida diaria.

Ello no implica un adoctrinamiento para convertir a las personas en seres totalmente pacíficos, sino en individuos capaces de reconocer los conflictos y las diferencias como parte de la naturaleza humana y transformarlos una forma de convivencia; se busca desarrollar una capacidad para examinar con ojo crítico los sucesos diarios de distinta índole como social, económica, política y cultural. Se trata, pues, de educar desde una perspectiva de derecho que permita respetar, practicar y de ser necesario exigir los derechos que cualquier persona tiene, al tiempo que se cumple con las obligaciones como el respeto al otro.

Vínculo entre la educación para la paz y el Derecho humano a la paz

Las actividades de la cotidianidad implican el desarrollo de estilos de vida basados en una constante interacción social donde pueden darse desacuerdo que generen conflictos. Desde la educación para la paz se pretende construir y reforzar comportamientos orientados por actitudes y comportamientos que ayuden a las personas a resolver dichas diferencias por medio de formas no violentas que privilegien el diálogo.

Desde 1996, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencias y la Cultura (UNESCO) sugirió una serie de estrategias a 5 años, entre las que se encuentra una en particular relacionada con la consolidación de la paz. En dicha estrategia se identifica la necesidad de fomentar una educación para la paz, la democracia, los derechos humanos y la tolerancia, con el fin de gestionar mejores relaciones para el entendimiento internacional, la disminución de la discriminación, el fortalecimiento de procesos democráticos, la promoción del pluralismo cultural, así como el diálogo entre diversas culturas, y así prevenir conflictos e incrementar la consolidación de la paz.

Salguero Salvador resalta la existencia de un vínculo entre la educación para la paz y el derecho humano a la paz, dado que uno nutre al otro y ambos sientan las bases para el reconocimiento y respeto de la totalidad de los derechos humanos. La cultura de paz resulta pertinente para la prevención de conflictos y violencias por medio de la educación y promoción de la paz al

recuperar las particularidades socioculturales de los contextos donde se pretende fomentar, involucrando a distintos actores sociales más allá del ámbito escolar para que el aprendizaje sea asimilado por la mayoría e idealmente por toda la sociedad.[26]

Lo anterior se visibilizó en 1997 cuando un grupo de expertos pertenecientes a la UNESCO se reunieron en las Islas Canarias para identificar qué elementos se podrían considerar constitutivos del derecho humano a la paz, lo cual se vincula con el numeral 26, párrafo segundo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este documento se alude al objeto de la educación y se retoma como base de la educación para la paz, al igual que en el primer párrafo del artículo 13.° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[27] así como en el párrafo segundo del numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que también alude al derecho a la educación y aporta más elementos para elevarlo como el medio para mantener la paz.[28]

De acuerdo con Bernal, la educación para la paz se refleja en el quehacer del docente, quien es el ejemplo de poner en práctica los diversos elementos planteados en los distintos instrumentos jurídicos donde se norma a la paz como derecho humano. En este proceso resulta esencial que el docente fundamente sus actividades en una actitud positiva, la escucha y el diálogo con sus alumnos para crear ambientes adecuados y favorables que promuevan la convivencia en el contexto escolar.[29] De igual manera el docente busca establecer relaciones de empatía, el respeto al otro y la diversidad de pensamiento, proveer de acompañamiento, motivación y comprensión en la formación desde una educación para la paz. En consecuencia, es necesario atender cinco tipos de necesidades:

1. Necesidades afectivas, que le permitan a la persona reconocerse, amarse y valorarse para trabajar en su autoestima y poder crear una

26 Geovani Salguero Salvador, "La paz como derecho humano", en *Hacia la consolidación del derecho humano a la paz*, ed. por Geovani Salguero Salvador (1998), http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T504.html

27 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 1966, https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx

28 Héctor Gros Espiell, "El derecho humano a la paz", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2005): pp. 517-542, https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21744.pdf

29 María Yaravit Bernal, "Prácticas de paz desde la ética del cuidado", *Revista Ra Ximhai* 12, n.° 3 (2016): pp. 249-259, http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46146811016

identidad propia, así como entablar relaciones sanas y de cooperación con el otro.

2. Necesidades comunicativas, a partir de las cuales se intercambien aspectos simbólicos al compartir la biografía personal, experiencias que marcaron la vida, sueños e ideales para identificarse el uno con el otro, encontrar puntos en común y fomentar la empatía.
3. Necesidades éticas y morales, con las que se reconozcan sentimientos y emociones al relacionarlos con eventos que permitan identificar cómo y cuándo surgen, haciendo énfasis en el sentimiento de culpa generado en situaciones donde el actuar no fue correcto o se causó algún daño, a partir de lo cual se propongan acciones para reparar dicho daño o bien identificar momentos en que la persona se ha sentido maltratada, violentada y/o discriminada. En este aspecto también se trabaja el perdón, la capacidad de indignación al ser testigos de actos violentos hacia el otro y se promueve la solidaridad con quien se identifica como víctima.
4. Necesidades creativas, en este aspecto se identifican maneras de resistencia a la violencia que pueden llegar a representar transformaciones pacíficas y positivas ante conflictos.
5. Necesidades políticas, se refiere a la edificación de ciudadanía y fomento de participación ciudadana al asumirse la persona como sujeto político de su sociedad, participación que representa una vía para relacionarse, entender su posición en el mundo e incluso acceder a mejores condiciones de vida.

Los puntos anteriores abonan al desarrollo de la paz, así como al respeto, protección y garantía de los derechos humanos por medio de la educación, una tarea constante que requiere la participación de diversos actores sociales que se identifiquen con la relevancia de este tema y se asuman como agentes con la capacidad para incidir en las maneras de pensar y actuar de quienes les rodean y con ello promover cambios en los comportamientos considerados violentos que afectan la sana convivencia y la paz en sus entornos.

Reflexiones finales

A partir del análisis de textos realizado se evidencia la existencia de un vínculo entre la educación para la paz y el derecho humano a la paz, elementos

que se retroalimentan de manera mutua. Asimismo, resalta que la paz surge en las acciones personales entrelazadas con el actuar y pensar de los otros al generar relaciones mediadas por una serie de valores. Si bien, la educación para la paz es un mecanismo con mayor difusión, no significa que sea la única manera en que se pueden resolver conflictos de manera pacífica, sino que permite reflexionar sobre los acontecimientos cotidianos, retomar el pasado para aprender de él e ir más allá del aula escolar.

Además, la educación para la paz se encuentra estrechamente ligada con la ciudadanía y la cultura de paz cuando fomenta el reconocimiento de distintos puntos de vista que pueden ser contrarios en conjunto con la tolerancia y el respeto, lo que a su vez enriquece la perspectiva del individuo. Por lo cual no es exclusiva de algún rango de edad, sino que debe estar al alcance e involucrar a la mayor cantidad de personas para que la asuman y la proyecten en su actuar diario, en sus relaciones sociales y en los conflictos que se lleguen a presentar.

Con lo anterior se entiende que la paz se encuentra presente en los contextos cotidianos e incluso recupera distintas temporalidades dado que pueden retomarse experiencias del pasado para reflexionar sobre eventos presentes, así como para tratar de prepararse para el futuro. Esto representa un cambio de mentalidad y actitudes a nivel personal y colectivo orientado a respetar la dignidad, así como la vida de los seres vivos, el rechazo de cualquier forma de violencia y su normalización. La educación para la paz facilita conocimientos y refuerza capacidades personales que propongan actividades gestoras de una cultura de paz con autonomía, libertad y de una manera no violenta, sino de cooperación.

Es así que la paz como derecho humano permite conocer, enseñar, aprender y practicar la totalidad de los derechos humanos en contextos locales donde el ser humano se asuma como promotor de paz, agente de cambio y se autoconstruya a partir de su interacción con otras personas. Por medio de ello se podrán construir sociedades pacíficas, armoniosas, justas e inclusivas a la par que se disminuyen las expresiones de los diversos tipos de violencias.

Si bien el proceso de construcción de paz puede ser laborioso y no se puede dar por terminado, resulta fundamental para el desarrollo personal y de las sociedades. Es necesario incentivar a la mayor cantidad de personas posible dentro y fuera del ámbito escolar a sumar esfuerzos para compren-

der, apropiarse y poner en práctica mecanismos que permitan acercarse a la construcción de ambientes de paz bajo la premisa de que la paz es un derecho humano y por tanto no se puede renunciar a él.

Al concientizar sobre la importancia del respeto de los derechos humanos se otorga un punto de partida para que cada individuo, desde su propio ámbito, juegue un papel importante en la sociedad, desde los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores, quienes a su vez participan en diversas actividades escolares, económicas, sociales, profesionales, entre otras y que día a día viven situaciones que conllevan el reconocimiento de los derechos humanos.

Aunado a ello resalta la importancia de recuperar y fortalecer los valores en las prácticas diarias; queda de manifiesto la relevancia de considerar las propuestas en torno a la educación para la paz, no solo como un camino para promover el derecho humano a la paz sino también de todos los demás puesto que ello influye en el ideal de lograr una sociedad donde prevalezca armonía.

El núcleo familiar resulta clave en la tarea de difundir, comprender y asumir los valores por medio de los cuales se permita sembrar una semilla en personas de todas las edades a través de la educación para la paz, con el fin de que funjan como promotores de la misma para que transmitan dichos aprendizajes cada vez a más círculos sociales, iniciando con los más cercanos.

Con lo anterior se intenta comunicar que la educación para la paz es una tarea y compromiso de todos. Los textos aquí analizados exponen que la frecuencia con que se confunde el concepto de paz porque se considera que solo abarca situaciones de conflictos graves como la guerra a nivel nacional e internacional, cuando en realidad también incluye situaciones que involucran a los individuos en su quehacer cotidiano y a su manera de actuar en los diversos contextos en los que se encuentran inmersos.

Entre dichos contextos sobresale el comportamiento en casa, con los vecinos, compañeros de trabajo, amigos y familiares, porque con cada uno de ellos se crean escenarios que pueden derivar en desacuerdos y escalar hasta convertirse en conflictos y romper con la armonía establecida. Es ahí donde la educación para la paz cobra un lugar central pues fomenta un pensamiento crítico y propositivo de tal manera de que si existe un conflicto o desacuerdo se cuenta con habilidades para reflexionar de manera responsable e identificar las propias responsabilidades en dicho desacuerdo o conflicto, así como alternativas para tratar de arreglar las diferencias de manera pacífica.

Otro punto de reflexión versa sobre el predominio de la idea de perjudicar al otro cuando no está desacuerdo con el punto de vista personal, usualmente impulsado por frases como "nos lleva la contraria y por lo tanto está equivocado". Además, se ha creado un pensamiento erróneo respecto a que si no se judicializan los problemas entonces se considera que no hay justicia, lo que da cuenta de un sentimiento de incapacidad de manejar y tratar de resolver situaciones de tensión y conflicto.

Urge propiciar opciones de solución de conflictos donde la judicialización sea la última instancia, de manera que esta "nueva" forma de actuar sea al mismo tiempo una manera de educación porque es ahí donde se demuestra a las nuevas generaciones a no actuar ni responder con violencia y tener como primera opción el diálogo pacífico.

Estas reflexiones nos llevan a apuntar que "educar" es una palabra aparentemente sencilla, pero en realidad requiere de trabajo continuo y de colaboración entre instituciones de los diferentes niveles de educación en conjunto con los núcleos familiares y demás actores sociales como las instituciones de justicia, empresas, entre otros. La educación es una acción de suma importancia porque con ella se forma a un ser humano desde su niñez hasta las últimas etapas de su vida, además de que representa una vía receptora de conocimientos, valores, herramientas y capacidades suficientes para ser miembros funcionales de su entorno laboral y social; estos factores puntualizan la importancia de fortalecer, transmitir y enseñar actitudes pacíficas en beneficio mejor convivencia humana.

Para finalizar, valdría la pena aprovechar la creatividad e ideología que las nuevas generaciones poseen en aspectos de tecnología y comunicación, pues con esas herramientas sería posible la gestión de campañas, proyectos y demás iniciativas que contribuyan a la difusión de los derechos humanos y promuevan la creación de mecanismos de solución de controversias de forma pacífica, involucrando instituciones educativas y gubernamentales para se sumen esfuerzos y mejore el actuar en favor de la construcción de paz.

Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas. "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". 1966. https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx

Alto Comisionado de las Naciones Unidas. "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". 1966. https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx

Amar, Víctor. "Un camino para la educación para la paz: Una investigación narrativa". *Revista de Paz y Conflictos* 13, n.° 1 (2020): pp. 57-71. http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v13i1.11362

Cerdas-Agüero, Evelyn. "Desafíos de la educación para la paz hacia la construcción de una cultura de paz". *Revista Electrónica Educare* 19, n.° 2 (2015): pp. 135-154. http://dx.doi.org/10.15359/ree.19-2.9

Colegio de Guanajuato para el Desarrollo A. C. *Manual de promotores de cultura de paz y derechos humanos*. México, s. f. http://indesol.gob.mx/cedoc/pdf/II.%20Inclusi%C3%B3n%20y%20Cohesi%C3%B3n%20Social/Cultura%20de%20la%20Paz/Manual%20de%20promotores%20de%20Cultura%20de%20Paz%20y%20Derechos%20Humanos.pdf

Contreras, Julio C.; Aguilar-Barreto, Andrea J.; Portocarrero, Lorenzo; Mira, Luz E.; Aguilar-Barreto, Clara P. y Aguilar-Barreto, Yonatan A. "Paz, equidad, reconciliación y educación ciudadana: Los retos de la educación para una sociedad en posconflicto". *Revista Espacios* 40, n.° 33 (2019): pp. 8-25. http://www.revistaespacios.com/a19v40n33/a19v40n33p08.pdf

Esquivel Marín, Cristela Georgina y García Barrera, Myrna Elia. "La educación para la paz y los Derechos Humanos en la creación de valores para la solución de conflictos escolares". *Revista Justicia* 23, n.° 33 (2018): pp. 256-270. https://doi.org/10.17081/just.23.33.2892

Foro Social Mundial sobre la Educación para la Paz. "Declaración de Santiago de Compostela". 2010. http://mail.aedidh.org/sites/default/files/DS%20pdf%2024%20marzo%2011.pdf

Fuentes, Sandra. "Involucramiento de las organizaciones en la construcción de paz". *Revista Organicom* 15, n.° 28 (2018): pp. 189-205.

García Raga, Laura; Aguacil de Nicolás, Monserrat; Pañellas Valls, Mercè y Boqué Torremorell, Maria-Carme. "La construcción de la paz mediante la educación. Hacia el diseño de un instrumento de indicadores". *Revista Perspectivas Educativas* 6, (2013): pp. 33-56. https://www.recercat.cat/bitstream/id/194741/perspectivas%20educativas.pdf

Gómez Duarte, María del Pilar y González López, Luis Eduardo. "Agentes de paz: la potencia generativa de lo cotidiano". *Revista de Paz y Conflictos,* 13, n.° 1 (2020). http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v13i1.9411

González, David y Solórzano-Restrepo, John. "Transformación del conflicto y construcción de culturas de paz en las aulas colombianas". *Revista Tesis Psicológica* 13, n.° 1 (2018): pp. 1-14. http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=139059076004

Grasa, Rafael. "Evolución de la educación para la paz. La centralidad del conflicto para la agenda del siglo XXI". *Cuadernos de Pedagogía* 287 (2000). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=36639

Gros Espiell, Héctor. "El derecho humano a la paz". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2005): pp. 517-542. https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21744.pdf

Hernández Arteaga, Isabel; Luna Hernández, José Alberto y Cadena Chala, Martha Cecilia. "Cultura de paz: una construcción desde la educación". *Revista Histo-*

ria de la Educación Latinoamericana, 19, n.° 28 (2017): pp. 149-172. http://dx.doi.org/10.19053/01227238.5596

López-Jiménez, Nelson Ernesto; Castro-Javela, Claudia Patricia y Ramírez-Pérez, Luis Felipe. "El maestro para la paz, la equidad y la reconciliación, ¿un proceso posible?". *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos* 15, n.° 1 (2019): pp. 176-192. http://vip.ucaldas.edu.co/latinoamericana/downloads/Latinoamericana15(1)_10.pdf

Moreira, Diana Gabriela. "El reconocimiento al derecho humano a la paz". *Cognitio Juris* 1, n.° 3 (2011): pp. 87-96. http://www.cognitiojuris.com/artigos/03/07.html

Organización de las Naciones Unidas. "Carta de las Naciones Unidas". 1945. https://www.un.org/es/charter-united-nations/

Organización de las Naciones Unidas. "Declaración Universal de Derechos Humanos". 1948. https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. "Declaración sobre la preparación de la sociedad para vivir en paz". 1978. https://www.un.org/es/documents/ag/res/33/ares33.htm

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. "Resoluciones". https://www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html

Ramos Herrera, María Azucena; Cohen, Jonathan; Furlán Malamud, Alfredo José; Ramos Herrera, Laura Beatriz; Spitzer, Terry Carol; Vázquez Vallsm Ricardo y Velázquez Reyes, Luz María. *La construcción de la paz en la escuela: Múltiples miradas desde la investigación, las intervenciones y las políticas públicas*. México: Fundación Vivir en Armonía, 2020.

Rettberg, Angelika. "La construcción de paz bajo la lupa: una revisión de la actividad y de la literatura académica internacional". *Instituto de Estudios Políticos* 42 (2013): pp. 13-36. https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/15782

Salguero Salvador, Geovani. "La paz como derecho humano". En *Hacia la consolidación del derecho humano a la paz*, editado por Geovani Salguero Salvador (1998). http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T504.html

Silva, Erwin. "El derecho humano a la paz. Elementos y perspectivas". *Revista Cultura de Paz Managua* 17, n.° 54 (2011). https://doi.org/10.5377/cultura.v17i54.760

Villán, C. "El derecho humano a la paz en los trabajos del Consejo de Derechos Humanos". *Revista IIDH* 57, (2010): pp. 113-153. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25557.pdf

Yaravit Bernal, María. "Prácticas de paz desde la ética del cuidado". *Revista Ra Ximhai* 12, n.° 3 (2016): pp. 249-259. http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46146811016

CAPÍTULO XIX

Hacia una cultura de paz, retos en la Universidad de Guadalajara

Dante Jaime Haro Reyes[1]

Dentro de los retos pendientes de la Universidad se encuentra el promover la cultura y la educación para la paz de manera transversal en los contenidos curriculares y prácticas institucionales; para ello el establecimiento de Centros de Cultura de Paz, espacios estratégicos propuestos por la Defensoría de los Derechos Universitarios al interior de la Red Universitaria, impulsa estas acciones, ya que se configuran como un punto de encuentro para colaborar y cocrear con las y los estudiantes, personal académico administrativo, el fomento y promoción de paz entre los miembros de la comunidad universitaria.

Introducción

Uno de los grandes retos pendientes de las Instituciones de Educación Superior (IES) del país y del Estado de Jalisco se encuentra en integrar y promover la cultura y la educación para la paz de manera transversal en los contenidos

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Investigador Nacional Nivel II e integrante del Cuerpo Académico Consolidado Derechos Humanos y Estado de Derecho, UDG-CA-476. Miembro de la Benemérita Sociedad de Geografía y Estadística. Miembro Fundador de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho, capítulo Jalisco. Profesor Investigador Titular adscrito a la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades y actualmente Defensor de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara.

curriculares y prácticas institucionales, así como en los procesos de formación de las y los estudiantes y docentes como respuesta a las problemáticas en materia de violencia que se suscitan al interior de los espacios universitarios, reflejo de la precariedad de una sociedad inmersa en la cultura de la violencia. Ante estas circunstancias el conocimiento y la educación constituyen las garantías más sólidas de los Derechos,[2] elementos que habilitan a las Instituciones de Educación Superior como catalizadores de cambio social en la resolución y transformación de conflictos por medios de paz.

La Defensoría de los Derechos Universitarios (DDU) se encuentra en sincronía con el "Plan de Desarrollo Institucional de la Universidad de Guadalajara 2019-2025 visión 2030"[3] y en la ruta de cumplimiento de la meta 4.7 "Promoción de una Cultura de Paz y No Violencia" de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).[4] A partir de lo anterior se ha diseñado el proyecto "oficinas de enlace" de la Defensoría de los Derechos Universitarios, con el apoyo de las autoridades universitarias conducentes que han abierto sus puertas a la Cultura de la Paz y la No Violencia en sintonía con el posicionamiento institucional de Cero Tolerancia al Acoso y Hostigamiento.

Asimismo, esta iniciativa responde a la finalidad de fomentar la cultura de la paz y el respeto mediante ambientes y climas de aprendizaje sanos; así como a favorecer la comunicación y la convivencia apropiada y responsable en clase con el desarrollo adecuado de instalaciones universitarias, medios electrónicos y redes sociales.

---

2 "Informe Mundial de la UNESCO: Hacia las sociedades del conocimiento", UNESCO, 2005, consultado el 11 de septiembre de 2020, https://es.unesco.org/themes/construir-sociedades-del-conocimiento

3 "Plan de Desarrollo Institucional 2019-2025. Visión 2030", Universidad de Guadalajara, diciembre de 2019, https://www.udg.mx/sites/default/files/adjuntos/pdi_2019-2025.pdf

4 La Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible presenta un marco amplio y audaz para la cooperación en el desarrollo durante los próximos 15 años. Pretende garantizar la prosperidad y bienestar para las mujeres y los hombres mientras protege el planeta y fortalece los cimientos de la paz. Al progresar, esta Agenda debe edificarse sobre la apropiación nacional y la movilización de acciones y recursos efectivos a nivel nacional, regional y global. La inclusión, la integración y la universalidad son el sello de la nueva agenda y el poder blando es primordial para avanzarla. Esta es la importancia del mandato universal de la UNESCO en la contribución "a la edificación de la paz, a la erradicación de la pobreza, al desarrollo sostenible y al dialogo intercultural mediante la educación, las ciencias, la cultura, la comunicación y la información". Ver: "La UNESCO Avanza. La Agenda 2030para el Desarrollo Sostenible", Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2017, consultado el 10 de septiembre de 2020, http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Hanoi/2030_Brochure_SP.pdf

Las oficinas enlace existentes en la Red universitaria son el resultado de una colaboración sustentada en una estrategia con las autoridades de la administración central y de cada Centro Universitario,[5] que a la fecha la gran mayoría ellos ha abierto sus puertas y generado las condiciones necesarias para su existencia, pues representan la primera etapa del proyecto "Centros de Cultura de Paz" de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara. Una vez fortalecidas las oficinas enlace de la Defensoría, se consolidarán en Centros de Cultura de Paz (CCP), para lo cual la formación y certificación de los perfiles de las y los responsables de dichas oficinas juega un papel determinante.

Una de las primeras certificaciones en la que se trabajó durante el 2020 para los responsables de las oficinas enlace fue la obtención de la certificación del Instituto de Justicia de Alternativa del Estado de Jalisco como Prestadores de servicio de mediación, conciliación y arbitraje. Dicha certificación brinda elementos sustanciales para el cumplimiento del quehacer de los enlaces representantes de la Defensoría en cada una de las oficinas que se convertirán en Centros de Cultura de Paz, una vez que se especialicen en la utilización e implementación de métodos alternos de solución de conflictos y herramientas para promover la Cultura de la Paz —en los casos en que la normativa permita y prevea su utilización en acuerdo con las partes— quedando excluidos y bajo estricto derecho los actos de violencia, acoso u hostigamiento.

Cabe señalar que también en el mes de noviembre del 2020 tanto los integrantes del equipo de trabajo (Defensor, Visitadores, Secretario, Personal Administrativo, Psicólogas y Representantes Enlaces) así como la dependencia de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara obtuvo la "Certificación Internacional" como una Unidad Certificada en Cultura y Educación para la Paz por parte del International Education for Peace Institute, en conjunto con Pax Humana, Education for Peace Iberoamérica.

En este tenor, la Defensoría de los Derechos Universitarios ha apostado al fortalecimiento institucional a través de alianzas estratégicas e incorporación a redes especializadas en materia de Derechos Humanos y Universitarios, así como a Instituciones nacionales y extranjeras de Educación Superior como lo son:

- Miembro de la Red Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (REDDIH), 2019.

5 Acuerdo 350/05 de la sesión ordinaria número 350 del IX Consejo de Rectores, el 11 de febrero de 2019, en la Sala del Consejo de Rectores de la Rectoría General.

- Incorporación a la Red de Organismos Defensores de los Derechos Universitarios (REDDU), 2019.
- Certificado de pertenencia a la Red Iberoamericana de Defensorías Universitarias (RIDDU), 2020.

Los Centros de Cultura de Paz tendrán presencia en toda la Red Universitaria de Jalisco, que incluye a los 6 Centros Universitarios Temáticos: Centro Universitario de Arte, Arquitectura y Diseño (CUAAD), Centro Universitario de Ciencias Biológicas y Agropecuarias (CUCBA), Centro Universitario de Ciencias Económico-Administrativas (CUCEA), Centro Universitario de Ciencias Exactas e Ingenierías (CUCEI), Centro Universitario de la Salud (CUSC) y Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (CUCSH).

De igual manera, se contemplan los nueve Centros Regionales: Centro Universitario de los Altos (Tepatitlán de Morelos), Centro Universitario de la Ciénega (Ocotlán), Centro Universitario de la Costa (Puerto Vallarta), Centro Universitario de la Costa Sur (Autlán de Navarro), Centro Universitario de Lagos (Lagos de Moreno), Centro Universitario del Norte (Colotlán), Centro Universitario del Sur (Ciudad Guzmán), Centro Universitario de Tonalá (Tonalá) y Centro Universitario de Valles (Ameca); sin olvidarse del Sistema de Educación Media Superior (SEMS) y el Sistema de Universidad Virtual (SUV).

Los Centros de Cultura de Paz son espacios estratégicos propuestos por la DDU al interior de la Red Universitaria, respaldados por las autoridades universitarias conducentes, los cuales se configuran como un punto de encuentro para colaborar y cocrear con las y los estudiantes, así como con el personal académico y administrativo, con la finalidad de fomentar y promover la cultura de paz entre los miembros de la Comunidad universitaria y atender, prevenir y erradicar cualquier tipo de violencia. Para ello, se tiene contemplada la realización de acciones de prevención y atención en el tema:

Objetivo

Contribuir a la cultura del respeto entre los miembros de la comunidad universitaria, promoviendo los Derechos Humanos y defendiendo los Derechos Universitarios mediante el desarrollo de proyectos de cultura de paz sustentados en esquemas de innovación social para erradicar la violencia y la discriminación en todas sus formas.

Ejes rectores

- Prevención. Anticipación de situación de riesgo y conflictos. Sensibilización en materia de igualdad de género y Derechos Humanos. Crear espacios libres de violencia y discriminación;
- Capacitación. Promover e impartir cursos, talleres y seminarios en materia de cultura de paz;
- Atención. Recepción de quejas con calidad, calidez y sentido humano al brindar de manera oportuna atención psicológica, médica, de trabajo social y orientación jurídica;
- Mediación y convivencia para solucionar los conflictos al interior de la comunidad y evitar la violencia escalonada, de acuerdo con la normatividad Universitaria.

Los Centros de Cultura de Paz promoverán la participación de los integrantes de la comunidad universitaria para formarse como Embajadores(as) de Cultura de Paz. Asimismo, impulsarán las "Prácticas para la Paz", acciones que tienen como objetivo favorecer la colaboración comunitaria desde los valores de la cultura de paz generando sentido de pertenencia; se realizan en intervenciones simbólicas situadas, pudiendo ser permanentes, periódicas o esporádicas.

Las prácticas para la paz tienen las siguientes características:[6]

- Diálogo. Se generan acuerdos a través de metodologías formales o informales con las que se promueve, desde el marco de respeto, el intercambio de ideas, la escucha activa y el debate, favoreciendo la construcción de acuerdos, el consenso y la capacidad de la comunidad para autogestionar sus conflictos de manera pacífica.
- Resiliencia. La comunidad tiene la capacidad de sobreponerse a condiciones adversas, así como de superar las crisis o coyunturas que puedan afectarles al generar dinámicas autogestivas que les permiten permanecer y reinventarse como espacio de paz.
- Inclusión e igualdad. Se reconoce, respeta y promueve la diversidad al ejercer valores de equidad, respeto y empatía y evitando la discriminación de cualquier tipo.

6 "Hagamos mapas vivos de paz", Secretaría de Planeación y Participación Ciudadana, 2019, consultado el 17 de agosto de 2020, https://drive.google.com/open?id=1h9qGSp4MGvkxpQzg-MfxY-Y9o_6i6DFlX

- Sustentables y Sostenibles. La comunidad genera procesos autogestivos de apropiación y de corresponsabilidad para el sostenimiento sus acciones en armonía con el medio ambiente.
- Previenen la violencia. La comunidad genera acciones para prevenir y disminuir la violencia directa, cultural o estructural.[7]

En este sentido la Defensoría de los Derechos Universitarios[8] de la Universidad de Guadalajara, en colaboración con la Red de Organismos Defensores de Derechos Universitarios (REDDU), ha impulsado las bases del "Programa Embajadores de Cultura de Paz" para formar e involucrar a los integrantes de la comunidad universitaria en el diseño e implementación de proyectos de innovación social para la construcción de una cultura de paz y respeto, con el propósito de fortalecer los lazos de cercanía y colaboración con los integrantes y generar alternativas de solución que protejan los Derechos Universitarios y promuevan los Derechos Humanos. Para ello, es necesario conocer los antecedentes, principios y postulados filosóficos en los que se sustentan el Programa Embajadores de Cultura de Paz y su proceso de formación ante los retos a los cuales están llamados a hacer frente.

Antecedentes

En 1989, la UNESCO acuñó el concepto Cultura de Paz en el marco de diversos programas de consolidación de la paz en países que salían de un conflicto armado. Dicho concepto se refería, de forma global, a una paz caracterizada por la ausencia de conflictos que era principalmente responsabilidad de los Estados. En 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración y Programa de Acción para una Cultura de Paz,[9] donde se definió a

7 *Ibídem*.

8 La Defensoría de los Derechos Universitarios es el órgano unipersonal con plena libertad de actuación y decisión que depende del Consejo General Universitario y que es el principal responsable de contribuir a la cultura del respeto entre las personas, promover los derechos humanos, proteger los derechos universitarios en favor de quienes integran su comunidad, así como de coordinar las acciones de prevención y la atención en los casos en que se presenten actos de violencia (Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios). Sus ejes estratégicos son la promoción de los derechos y prevención de la violencia; la defensa de derechos y atención jurídica; la mediación y solución alternativa de conflictos y el fortalecimiento institucional. Ver: Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios, de la Universidad de Guadalajara, 2018, consultado el 16 de septiembre de 2020, https://www.udg.mx/es/nuestra/normatividad/reglamento-defensoria-derechos-universitarios

9 "Educación y Cultura de paz: La Cultura de Paz en la UNESCO", Centro UNESCO ETXEA, consultado el 7 de julio de 2020, http://www.unescoetxea.org/base/que-unesco.php?id_atala=2&id_azpiata-

la cultura de paz como un conjunto de valores, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en:

- El respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación;
- El respeto pleno de los principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados;
- El respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- El compromiso con la solución pacífica de los conflictos;
- Los esfuerzos para satisfacer las necesidades de desarrollo y protección del medio ambiente de las generaciones presentes y futuras;
- El respeto y la promoción del derecho al desarrollo;
- El respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres;
- El respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información;
- La adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad y entre las naciones.

Adicionalmente, la resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999 en el Quincuagésimo tercer período de sesiones, Acta 53/243,[10] establece lo siguiente:

> Reconociendo que la paz no solo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos; reconociendo la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación e intolerancia, incluidas las basadas en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la propiedad, las discapacidades, el nacimiento u otra condición;
>
> Artículo 2.° El progreso hacia el pleno desarrollo de una cultura de paz se logra por medio de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida propicios para el fomento de la paz entre las personas, los grupos y las naciones.

la=13054&hizk=es

10 Acta 53/243, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 6 de octubre de 1999, consultado el 23 de agosto de 2020, https://undocs.org/es/A/RES/53/243

> Artículo 3.° El desarrollo pleno de una cultura de paz está integralmente vinculado a […] La posibilidad de que todas las personas a todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias;
>
> Artículo 4.° La educación a todos los niveles es uno de los medios fundamentales para edificar una cultura de paz. En ese contexto, es de particular importancia la educación en la esfera de los derechos humanos.
>
> Artículo 8.° Desempeñan una función clave en la promoción de una cultura de paz los padres, los maestros, los políticos, los periodistas, los órganos y grupos religiosos, los intelectuales, quienes realizan actividades científicas, filosóficas, creativas y artísticas, los trabajadores sanitarios y de actividades humanitarias, los trabajadores sociales, quienes ejercen funciones directivas en diversos niveles, así como las organizaciones no gubernamentales.

En el año 2000, la UNESCO promovió el concepto de cultura de paz a través del Manifiesto 2000 para una cultura de paz y no violencia bajo el siguiente principio:

> Es la responsabilidad de cada ser humano de convertir en realidad los valores, las actitudes, los comportamientos que fomentan la cultura de paz. Porque cada uno puede actuar en el marco de su familia, su localidad, su ciudad, su región, y su país practicando y fomentando la no violencia, la tolerancia, el diálogo, la reconciliación, la justicia y la solidaridad día a día.[11]

Marco conceptual

Es necesario analizar las raíces, las implicaciones y abordajes de los conceptos *Cultura de Paz*, *No violencia, Educación para la Paz,* e *Innovación social* para comprender sus dimensiones y aplicación en el desarrollo de acciones directas y trasversales impulsadas dentro de las funciones sustantivas y adjetivas de la DDU, lo que a su vez ha de permitir el logro del objetivo del Programa Embajadores de Cultura de Paz en la Universidad de Guadalajara. Para ello, vale la pena revisar a detalle dichos conceptos desde su origen:

Paz Griega: Los griegos contemplaban a *eirene* como un término para describir la unidad interior y social, así como armonía mental, interior y espiritual que se desemboca en sentimientos tranquilos y apacibles.[12]

---

11 "Manifiesto 2000 para una Cultura de Paz y de No Violencia", UNESCO, 2019, consultado el 16 de julio de 2020, http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%C2%BA2/Manifiesto%202000.pdf

12 Alejandro Cabello Tijerina, "Irenología" (ponencia, abril de 2013), consultado el 14 de

Paz Romana: El término *pax* se refería a los nombres que se les daba a las convenciones o acuerdos entre dos o más personas o pueblos; es decir, se le consideraba como una relación legal y recíproca entre ambos. El concepto *pax* está íntimamente ligado a la idea de mantener y respetar "lo legal", que marca y define las relaciones e interacciones humanas.[13]

En la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior celebrada en 1998, se establece que:

- La cultura no es algo que venga dado, sino que se construye en el espacio y en el tiempo; la enseñanza superior contribuye a construir la cultura en su dimensión universal y para ello debe tener en cuenta la diversidad de las culturas;
- A todos los grupos de personas sin excepción se deben aplicar estrategias adecuadas para aumentar la participación de los grupos desfavorecidos,
- La promoción de una educación a lo largo de toda la vida exige una mayor flexibilidad y más diversificación de los dispositivos de formación en la enseñanza superior;
- Los estudiantes y profesores: las instituciones de enseñanza superior se deben concebir y administrar no como meros centros de formación, sino como ámbitos educativos en los que se efectúe una mejor gestión de las carreras profesionales de los docentes y se obtenga una participación de los estudiantes, tanto en las actividades docentes como en la gestión y la vida de las instituciones.[14]

Por su parte, la "cultura de paz" es el conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación, así como en el respeto y el fomento de la igualdad de derechos oportunidades de mujeres y hombres. La cultura de paz también se basa en el respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información, comprendiendo,

---

junio de 2020, https://docplayer.es/67045498-Irenologia-dr-paris-alejandro-cabello-tijerina-11-04-13.html

13 *Ibídem*.

14 UNESCO, *Declaración Mundial sobre la Educación Superior. Conferencia Mundial sobre Educación Superior* (IESALC, 1998), consultado el 15 de mayo de 2020, https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/article/view/171

además, la adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad.[15]

No Violencia: "Es tanto una ideología como una práctica ético-política que rechaza el uso de la violencia y la agresión, en cualquiera de sus formas. Se opone al uso de la violencia como medio (método de protesta, práctica de lucha social o como respuesta a la misma violencia) y como fin (por ejemplo, para lograr un cambio social o cambio político porque considera que todo acto violento genera más violencia").[16]

A este respecto, la Irenología busca cómo abordar el conflicto con ideas, medios y acciones para que, siempre que este surja, se pueda canalizar hacia una solución que no origine violencia; y eso solo es posible por medios pacíficos; por ejemplo, la mediación.[17] La UNICEF define la educación para la paz como "un proceso de promoción del conocimiento, las capacidades, las actitudes y los valores necesarios para producir cambios de comportamiento que permitan a los niños, los jóvenes y los adultos prevenir los conflictos y la violencia, tanto la violencia evidente como la estructural; resolver conflictos de manera pacífica; y crear condiciones que conduzcan a la paz, tanto a escala interpersonal, como intergrupal, nacional o internacional".

Por lo tanto, se entiende que la educación para la paz (*peace education*) es el proceso de adquisición de los valores y conocimientos, así como las actitudes, habilidades y comportamientos necesarios para buscar la paz personal, entendida como vivir en armonía con uno mismo, los demás y el medio ambiente. La innovación social da respuesta a las demandas sociales que afectan al proceso de interacción social, dirigiéndose a mejorar el bienestar humano y se define a esta como "el desarrollo e implementación de nuevas ideas (productos, servicios y modelos) para satisfacer las necesidades sociales" con la intención de "crear nuevas relaciones sociales y ofrecer mejores resultados".[18]

---

15 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Resoluciones y Decisiones aprobadas por la Asamblea General durante su sexagésimo período de sesiones. Volumen I* (Naciones Unidas: Nueva York, 2006), consultado el 23 de abril de 2020, https://www.undocs.org/pdf?symbol=es/A/60/49(VOL.I)(SUPP)

16 Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley General de Fomento a la Cultura de Paz, Congreso de la Unión, 2017, p. 3, consultado el 15 de julio de 2020, http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-05-30-1/assets/documentos/ Inic_PRI_Cultura_Paz.pdf

17 Alejandro Cabello Tijerina, *Op. Cit*.

18 "Guía de la innovación social", Comisión Europea, 2017, consultado el 11 de agosto de 2020, http://

Justificación

Cada Embajador debe comprender, trasmitir, compartir y vivir desde su contexto lo siguiente: La paz no solo es la ausencia de guerra o violencia; es necesario trascender el concepto de una paz universal y homogénea que resulta imposible de alcanzar para abrir nuestros sentidos a una pluralidad de paces, que coexisten de manera simultánea y se manifiestan de diferentes formas. El Ser Humano, como ser trascendental, necesita un sentido de pertenencia a la totalidad, de ahí la necesidad de incluir tanto los aspectos racionales como los aspectos estéticos de las paces. Este concepto es conocido como *paces transracionales*.

Estas paces se entienden dentro de un paradigma de interconexión, sin verdades absolutas ni valoraciones objetivas, abriendo paso a la posibilidad de experimentar un sentido de totalidad que se refleja en cómo convivimos nuestro día a día para formar comunidades caracterizadas por su capacidad para superar los obstáculos que se le presentan.[19]

Si aceptamos la paz en este sentido, pronto nos daremos cuenta de que no puede existir una única técnica o fórmula para alcanzarla. La cultura, como el lecho de un río, no puede separarse del conflicto mismo. Por ello, de cada conflicto particular debemos aprender a evocar las respuestas que en cada contexto sean válidas para las partes involucradas, resultado apropiado hablar de métodos elicitivos[20] que ponen acento en el cómo de la transformación, sin pretender definir el contenido o la metodología misma por adelantado.[21]

Tales aproximaciones reconocen la sabiduría y experiencia de las personas que viven el conflicto como una rica fuente a ser utilizada. Por lo tanto, el proceso de transformación debe empoderar a los miembros de la comunidad en que se suscitan los conflictos. Los facilitadores hacen a un lado la figura del experto que aplica un método rígido que promete el éxito, entendiéndose a

ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi?o=dnclcdr&s=id=%22097NTN U5619034%22.&searchmode=basic

19 UNAM, *Encuentro de paz: Sentir, Pensar e Imaginar la Transformación de Conflictos*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016).

20 John Paul Lederach, *Preparing For Peace: Conflict Transformation Across Cultures* (Nueva York: DGO, 1996), p. 26. Ver también: Wolfgang Dietrich, *Breve introducción a la investigación de la paz transracional y la transformación elicitiva de conflictos* (Austria: UNESCO, 2014), consultado el 1 de mayo de 2020, https://www.uibk.ac.at/peacestudies/downloads/peacelibrary/dietrich_breve-introduccion-a-la-investigacion-de-la-paz.pdf

21 *Ibídem*.

sí mismo como catalizadores que empatizan con las partes. Todos los involucrados utilizan su creatividad para superar los retos cotidianos de la violencia puesto que, dentro de este marco, la creatividad es un elemento constitutivo de iniciativas de paz. Este proceso involucra aspectos que nos permiten vislumbrar posibilidades de transformación de manera pacífica, sostenible y equitativa.[22]

La educación desde una perspectiva elicitiva busca crear procesos consistentes con las metas de empoderamiento y transformación de los alumnos, para lo cual utiliza como su principal herramienta pedagógica el planteamiento de problemáticas relativas a situaciones reales, en lugar de situaciones preestablecidas, para estimular el proceso de reflexión en los que los alumnos y los facilitadores aprenden juntos.

En armonía con lo antes expuesto es necesario transitar de las evaluaciones basadas en productos educativos del olvido en los que se sustentan los procesos de formación para acreditar una calificación, hacia el fortalecimiento de los perfiles educativos a través de la aplicación del conocimiento en la generación de proyectos que atiendan problemáticas reales, y en dicho proceso se permita a la persona reconocerse como agente de cambio y en nuestro caso como Embajador(a) de Cultura de Paz.

Para lograr dicha meta es necesario tener presente la formación y gestión del conocimiento en las llamadas sociedades del conocimiento: La UNESCO, en su informe mundial *Hacia las sociedades del conocimiento*, plantea en el capítulo 5 ("El futuro de la enseñanza superior") una de las mayores interrogantes de la actualidad, en la cual las Instituciones de Enseñanza Superior se ven enfrentadas a un cambio radical sin precedentes en los esquemas clásicos de producción, difusión y aplicación de los conocimientos,[23] en gran medida por el acceso universal a la información, el trabajo en red y el uso de las tecnologías que permiten "transmitir instantáneamente la información en el mundo entero". Por esta razón es necesario proponer a los alumnos situaciones didácticas en las que se debe superar un obstáculo y cuya solución conjuga la experimentación con los conocimientos teóricos, teniendo en cuenta que la adquisición del conocimiento por parte de un educando no es una mera recep-

22 *Ibídem,* p. 27.

23 "Informe Mundial de la UNESCO: Hacia las sociedades del conocimiento", UNESCO, 2005, consultado el 18 de mayo de 2020, https://es.unesco.org/themes/construir-sociedades-del-conocimiento

ción, sino una auténtica elaboración del conocimiento que se inserta en una red de relaciones mutuas con los demás, para lo cual "se debe dar prioridad a la adquisición de pedagogías menos rígidas y centradas en los educandos".[24]

Por ello es primordial el desarrollo de comunidades de aprendizaje que promuevan la adquisición de valores emergentes como la empatía, la inclusión, la diversidad, la equidad y la igualdad, para propiciar las actitudes y conductas que contribuyan a instaurar una cultura de paz y respeto. Este es el núcleo de la estrategia de formación del Programa de Embajadores(as) de Cultura de Paz de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara.

Las Comunidades de Aprendizaje, cualquiera que sea la categoría a la que pertenezcan —aulas, centros educativos, grupos territoriales o entornos virtuales—, nos hablan de grupos de personas con diferentes niveles de experiencia, conocimiento y pericia, que aprenden mediante su implicación y participación en actividades auténticas y culturalmente relevantes, gracias a la colaboración que establecen entre sí, a la construcción del conocimiento colectivo que llevan a cabo y a los diversos tipos de ayudas que se prestan mutuamente.[25]

Las rutas formativas de autogestión del conocimiento y obtención de certificación emitidas por instituciones con reconocimiento y trayectoria consolidada —que trazarán y desplegarán los Centros de Cultura de Paz para el desarrollo y coordinación del Programa Embajadores de Cultura de Paz— se configuran desde la necesidad de los sujetos inmersos en la problemática de la violencia, con la finalidad de hacerlos conscientes de su capacidad para incidir en la transformación de su propio entorno al ser parte de la alternativa de solución. Los Embajadores de Cultura de Paz son formados como agentes de cambio que contribuyen a las acciones de prevención y capacitación al ser formados en el modelo de gestión de conocimientos:

Objetivo general

Formar a los integrantes de la comunidad universitaria como embajadores de la cultura de la paz.

---

24 *Ibídem*, p. 91.

25 César Coll Salvador, "Las Comunidades de Aprendizaje" (España: Universidad de Barcelona, 2004), consultado el 16 de mayo de 2020, https://docplayer.es/7124704-Las-comunidades-de-aprendizaje-cesar-coll-salvador-universidad-de-barcelona.html

Objetivos específicos

- Conocer herramientas, recursos y actividades que puedan ser aplicados en el aula y fuera de ella para promover las prácticas de paz;
- Generar acciones concretas que contribuyan a la construcción de una cultura de paz y respeto en la comunidad Universitaria;
- Fomentar la participación de la comunidad universitaria en la creación de las agendas de trabajo y generación de proyectos de innovación social;
- Implementar alternativas de solución sustentadas en esquemas de innovación social para erradicar la violencia y la discriminación en todas sus formas.

La filosofía del programa del programa Embajadores de Cultura de Paz se sustenta sobre el Manifiesto 2000 para una cultura de paz y no violencia, y dicta lo siguiente:

Reconociendo mi parte de responsabilidad ante el futuro de la humanidad, especialmente para los niños de hoy y de mañana, me comprometo en mi vida diaria, en mi familia, mi trabajo, mi comunidad, mi país y mi región a:

- Respetar la vida y la dignidad de cada persona, sin discriminación ni prejuicios;
- Practicar la no violencia activa, rechazando la violencia en todas sus formas: física, sexual, psicológica, económica y social, en particular hacia los más débiles y vulnerables, como los niños y los adolescentes;
- Compartir mi tiempo y mis recursos materiales cultivando la generosidad a fin de terminar con la exclusión, la injusticia y la opresión política y económica;
- Defender la libertad de expresión y la diversidad cultural privilegiando siempre la escucha y el diálogo, sin ceder al fanatismo, ni a la maledicencia y el rechazo del prójimo;
- Promover un consumo responsable y un modo de desarrollo que tenga en cuenta la importancia de todas las formas de vida y el equilibrio de los recursos naturales del planeta;
- Contribuir al desarrollo de mi comunidad, propiciando la plena participación de las mujeres y el respeto de los principios democráticos, con el fin de crear juntos nuevas formas de solidaridad.[26]

26 "Manifiesto 2000 para una Cultura de Paz y de No Violencia", *Op. Cit.*

El estatus de Embajador(a) de Cultura de Paz permite generar sentido de identidad y pertenencia para las y los integrantes de la comunidad universitaria involucrados en el programa. Dicha figura fomenta la participación y el involucramiento de los integrantes de la comunidad universitaria en las actividades de los Centros de Cultura de Paz de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara.

Para ser un Embajador(a) de Cultura de Paz es necesario acreditar una serie de requisitos formativos y *Soft skills* (habilidades blandas) previstos en los manuales respectivos, para lo cual se han establecido criterios para el diseñado de rutas formativas flexibles y adaptables que permitan al candidato ser gestor de su propio aprendizaje y a su vez certificar su conocimiento en materia de Cultura de la Paz, Derechos Humanos, Cultura de Inclusión, e Innovación Social a la par que se desarrollan las siguientes habilidades:

- Comunicación: Capacidad para intercambiar puntos de vista, opiniones o cualquier otro tipo de información de manera clara y efectiva.
- Empatía: Capacidad de colocarse en la posición de la otra persona, entendiendo sentimientos, pensamientos y conductas, sin emitir juicios valorativos.
- Asertividad: Capacidad para expresar sus convicciones, necesidades y puntos de vista, sin agredir ni someterse, en virtud de las características del contexto en que se desempeña.
- Autocontrol: Capacidad para dominar y orientar de manera pertinente y en favor de las necesidades de la institución, sentimientos y emociones.
- Motivación: Disposición general para participar en las tareas que le son encomendadas.
- Adaptabilidad: Capacidad para comportarse efectivamente en nuevos contextos de desempeño.
- Seguridad: Confianza en sí mismo(a) para realizar actividades y resolver problemas con la certeza de ser capaz de enfrentar posibles dificultades.
- Creatividad: Capacidad para proponer y emprender alternativas pertinentes para hacer más eficiente el propio trabajo y el de las demás personas.
- Cooperación: Disponibilidad para trabajar en equipo y comprometerse con las responsabilidades y en las tareas que se deriven de ello.

- Resiliencia: adaptación a la adversidad.

La Defensoría emitirá una convocatoria que será administrada por los Centros de Cultura de Paz para llevar el proceso de formación del grupo de candidatos para ser Embajadores(as) de Cultura de Paz. Las personas de la comunidad universitaria que deseen ser Embajadores(as) de Cultura de Paz deberán formarse en las comunidades de aprendizaje, así como fortalecer su perfil a través de la obtención de certificaciones de cursos emitidos por instancias reconocidas y con trayectoria consolidada por su trabajo. Además, deberán implementar sus conocimientos en el diseño de un proyecto de intervención en materia de cultura de paz que les otorgue el nombramiento de Embajadores.

A continuación se presenta una ruta formativa que permite fortalecer los perfiles de los estudiantes con certificaciones (lista de cursos en línea gratuitos en 2020):

1) United States Institute of Pece free online courses with free certificates 2020. Link: https://bit.ly/35wimjH
2) Asian Development Bank free online courses with free certificates 2020. Link: https://bit.ly/3ccd13C
3) King's College London free online courses with free certificates. Link: https://bit.ly/3b1Vbil
4) Google Free Digital Marketing Course with free certificates. Link: https://bit.ly/2zd4YEK
5) World Health Organization free online courses with free certificates. Link: https://bit.ly/3c5cMqJ
6) Google Analytics Academy free online courses with free certificates. Link: https://bit.ly/3fmdMcd
7) 44 free short online courses on Future Learn. Link: https://bit.ly/3b2U8yn
(8) UNICEF free online courses with free certificates. Link: https://bit.ly/3fgaDe1
9) Accenture free digital skills online courses with free certificates. Link: https://bit.ly/2YyxdbO
10) Creating Digital Content free online program with free certificates. Link: https://bit.ly/2YAiahD
11) Career Development free online course with a free certificate. Link: https://bit.ly/2xAaBfU

12) Free Online Psychology Courses 2020 with free certificates. Link: https://bit.ly/2SSXf67
13) Cursos en línea "Educa CNDH". https://educa.cndh.org.mx/
14) UNAM Y CNDH. Derechos Humanos para Jóvenes y Docentes. (2017). Recuperado de https://jovenesdh.juridicas.unam.mx/
15) Cultura de Paz y resolución no violenta de conflictos. Recuperado de http://200.78.222.132/Cursos/Curso2019_1/Vista/index.Php

Los anteriores recursos formativos permiten generar un piso mínimo para acreditar a los Embajadores(as) de la Cultura de la Paz. Por su parte, estas son algunas de las metodologías de trabajo que se brindarán en las comunidades de aprendizaje coordinadas por Centros de Cultura de Paz.

- Think tank (Laboratorio de ideas)
- Comunidades de aprendizaje
- Design Thinking for Social Change
- Redes de colaboración (Inteligencia colectiva)

Indicador: Porcentaje de estudiantes beneficiados con las acciones de los embajadores de cultura de la paz.

Descripción: Se refiere al porcentaje de estudiante beneficiados durante el año con las actividades del proyecto embajadores de cultura de la paz.

Unidad de medida: Porcentaje

Meta 2021:

Tendencia deseable: Ascendente

Fuente: Elaborado con información recabada por las bases de datos del programa Embajadores de Cultura de la paz y estadística institucional proporcionada por la coordinación de control escolar de la Universidad de Guadalajara.

Detalles del indicador

Identificador:

Tipo de indicador: Resultado

Periodicidad: Mensual

Año base: 2020

Metodología

Suma de las y los estudiantes beneficiados con las actividades del programa embajadores de cultura de la paz, sobre el total de la

población de estudiantes reportados por la coordinación de control escolar.

Fórmula: TECP = (D1 /D2) * 100

Sin duda alguna esto representa un primer esfuerzo de lo bastante que se tiene que trabajar, todavía hay mucho camino por recorrer y retos que resolver, es por ello que se tiene la certeza de que solo en la medida en que podamos involucrar y fomentar la participación de la comunidad universitaria podremos cambiar las problemáticas derivadas de la cultura de la violencia, para repensar nuestra universidad como el ejercicio de acciones y valores que podemos implementar, promover y vivir para transformar nuestra realidad y la realidad de los demás.

Bibliografía

Cabello Tijerina, Alejandro. "Irenología". Ponencia, abril de 2013. Consultado el 14 de junio de 2020. https://docplayer.es/67045498-Irenologia-dr-paris-alejandro-cabello-tijerina-11-04-13.html

Centro UNESCO ETXEA. "Educación y Cultura de paz: La Cultura de Paz en la UNESCO". Consultado el 7 de julio de 2020. http://www.unescoetxea.org/base/que-unesco.php?id_atala=2&id_azpiatala=13054&hizk=es

Coll Salvador, César. "Las Comunidades de Aprendizaje". España: Universidad de Barcelona, 2004. Consultado el 16 de mayo de 2020. https://docplayer.es/7124704-Las-comunidades-de-aprendizaje-cesar-coll-salvador-universidad-de-barcelona.html

Comisión Europea. "Guía de la innovación social". 2017. Consultado el 11 de agosto de 2020. http://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi?o=dnclcdr&s=id=%22097NTNU5619034%22.&searchmode=basic

Congreso de la Unión. "Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley General de Fomento a la Cultura de Paz". 2017. Consultado el 15 de julio de 2020. http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-05-30-1/assets/documentos/ Inic_PRI_Cultura_Paz.pdf

Dietrich, Wolfgang. *Breve introducción a la investigación de la paz transracional y la transformación elicitiva de conflictos*. Austria: UNESCO, 2014. Consultado el 1 de mayo de 2020. https://www.uibk.ac.at/peacestudies/downloads/peacelibrary/dietrich_breve-introduccion-a-la-investigacion-de-la-paz.pdf

Lederach, John Paul. *Preparing For Peace: Conflict Transformation Across Cultures*. Nueva York: DGO, 1996.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). "Informe Mundial de la UNESCO: Hacia las sociedades del conocimiento". 2005. Consultado el 11 de septiembre de 2020. https://es.unesco.org/themes/construir-sociedades-del-conocimiento

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). "La UNESCO Avanza. La Agenda 2030para el Desarrollo Sostenible". 2017. Consultado el 10 de septiembre de 2020. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Hanoi/2030_Brochure_SP.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). "Manifiesto 2000 para una Cultura de Paz y de No Violencia". 2019. Consultado el 16 de julio de 2020. http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%C2%BA2/Manifiesto%202000.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Declaración Mundial sobre la Educación Superior. Conferencia Mundial sobre Educación Superior*. IESALC, 1998. Consultado el 15 de mayo de 2020. https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/article/view/171

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). "Informe Mundial de la UNESCO: Hacia las sociedades del conocimiento". 2005. Consultado el 18 de mayo de 2020. https://es.unesco.org/themes/construir-sociedades-del-conocimiento

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. Acta 53/243. 6 de octubre de 1999. Consultado el 23 de agosto de 2020. https://undocs.org/es/A/RES/53/243

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. *Resoluciones y Decisiones aprobadas por la Asamblea General durante su sexagésimo período de sesiones. Volumen I*. Naciones Unidas: Nueva York, 2006. Consultado el 23 de abril de 2020. https://www.undocs.org/pdf?symbol=es/A/60/49(VOL.I)(SUPP)

Secretaría de Planeación y Participación Ciudadana. "Hagamos mapas vivos de paz". 2019. Consultado el 17 de agosto de 2020. https://drive.google.com/open?id=1h9qGSp4MGvkxpQzg-MfxYY9o_6i6DFlX

Universidad de Guadalajara, "Plan de Desarrollo Institucional 2019-2025. Visión 2030". Diciembre de 2019. https://www.udg.mx/sites/default/files/adjuntos/pdi_2019-2025.pdf

Universidad de Guadalajara. "Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios". 2018. Consultado el 16 de septiembre de 2020. https://www.udg.mx/es/nuestra/normatividad/reglamento-defensoria-derechos-universitarios

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). *Encuentro de paz: Sentir, Pensar e Imaginar la Transformación de Conflictos*. México: UNAM, 2016.

CAPÍTULO XX

Diversidad sexual: un desafío para los derechos humanos y la educación universitaria

Claudia Margarita Navarro Herrera,[1] José Alejandro Juárez González[2] y Arturo Sánchez Campos[3]

Introducción

En las distintas universidades e instituciones de educación superior, la presencia de estudiantes, profesores y personal administrativo con orientación sexual o identidad genérica diversa es cada día más evidente; sin embargo, para la comunidad académica al igual que para muchas otras, lograr una educación verdaderamente inclusiva representa un gran desafío. El propósito de este trabajo es disertar sobre la necesidad de promover mediante la educación y el respeto la inclusión de la comunidad LGBTTTIQA, como uno de los más elementales derechos humanos.

En la primera parte de este trabajo se describe el sustento explicativo acerca de la diversidad sexual, desde un punto de vista sexológico. En la segunda se aborda brevemente la problemática que enfrenta esta comunidad

1 Licenciada en Psicología, Maestra en Psicología Educativa y Sexóloga; profesora e investigadora en el Departamento de Artes y Humanidades del Centro Universitario del Sur, con una antigüedad de 29 años en la Universidad de Guadalajara.

2 Licenciado en Historia, Maestro en Administración Pública y Doctor en Investigación e Innovación Educativa; profesor e investigador de tiempo completo en el Departamento de Artes y Humanidades del Centro Universitario del Sur, con una antigüedad de 32 años en la Universidad de Guadalajara.

3 Médico Veterinario y Zootecnista, Maestro en Intervención de la Práctica Docente, profesor e investigador de tiempo completo en el Departamento de Artes y Humanidades del Centro Universitario del Sur.

educativa al ser estigmatizada, discriminada y agredida dentro y fuera de las instituciones educativas. Para terminar, se plantea el desafío que para las instituciones educativas representa educar en la sociedad postmoderna bajo las premisas de los derechos humanos, el respeto y la inclusión, en las que la educación se convierte en una invaluable herramienta para garantizar la protección e inclusión de la comunidad LGBTTTIQA.

La diversidad sexual

El concepto de diversidad sexual es relativamente reciente, como también lo es el estudio formal de la sexualidad humana; no es hasta mediados del siglo XIX que aparecen los primeros estudios y explicaciones teóricas de los aspectos biológicos del sexo y la reproducción humana. En términos históricos, el fenómeno de la diversidad sexual se revelaba como una transgresión religiosa y se le llamaba pecado; posteriormente se concebía como una deviación a la norma una degeneración o perversión y lo que es peor, como un crimen (como penosamente lo sigue siendo en algunos países del mundo).

Poco a poco se fueron incorporando algunos estudios antropológicos, psicológicos y sociales que aportaron nuevos enfoques y datos sobre la sexualidad humana. Sin embargo, los resultados de estas investigaciones parecían estar estudiando la complejidad de la sexualidad humana solo de forma parcial, realidad que motivó el desarrollo de la sexología como una disciplina que integra los elementos biopsicosociales de este complejo tema.

Es a mediados del siglo XVIII que Richard von krafft-Ebing, psiquiatra alemán, desarrolla una primera clasificación y sistematización de lo que él llama de las variantes prohibidas del deseo sexual.[4] Por la misma época, su contemporáneo Magnus Hirchfeld desarrolla su teoría sobre el Tercer Sexo,[5] estudios con lo que se inicia la disertación de lo que ahora conocemos con el nombre de diversidad sexual.

Más adelante, Iwan Bloch —conocido como el padre de la sexología por quien acuña el término— luchó en contra de la criminalización de las relaciones eróticas entre hombres y encontró que las entonces llamadas "psicopatías sexuales" eran manifestaciones inherentes y universales de la condición hu-

4 Mirta Granero, "Sexología basada en la evidencia: historia y actualización", *Revista Costarricense de Psicología* 33, n.° 2 (2014): pp. 179-197, ISSN: 0257-1439, consultado el 21 de enero de 2020, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476747238002

5 Ángeles Llorca Díaz, "La teoría de intersexualidad de Magnus Hirscheld", *Anuario de Sexología* 2, n.° 2 (1996): pp.59-67, ISSN 1137-0963.

mana.[6] Por último, es gracias a los estudios de Alfred Kinsey que se estableció la primera escala sobre la heterosexualidad-homosexualidad, donde el grado 0 manifestaba una heterosexualidad completa y el 6 una homosexualidad exclusiva y dominante.[7] Con sus estudios se obtuvieron las primeras publicaciones acerca del comportamiento sexual de las personas, con lo que se da inicio a la disertación empírica de la orientación sexual y las diferentes prácticas y las expresiones comportamentales de la sexualidad.

En la actualidad el concepto de diversidad sexual representa a una gran pluralidad de expresiones que integran al sexo (que son todos aquellos aspectos biológicos que nos definen como machos, hembras o intersexuales), la identidad (el sentir psicológico de ser hombre, mujer o ambos), el género (lo socialmente aceptado como propio del hombre —lo masculino— o propio de la mujer —lo femenino— o en su caso, ambos) y la orientación sexual (que se entiende como la atracción sexual hacia personas del mismo sexo, del otro o por ambas). Por tanto, el comportamiento sexual del ser humano es tan amplio que está motivado por aspectos biológicos, psicológicos y sociales, que se materializan en la búsqueda activa de posibles parejas sexuales, la aceptación y la aprobación, así como la satisfacción y el placer en las relaciones erótico-afectivas.

Todas las variantes posibles de expresión suelen representarse con las siglas LGBTTTI; que de acuerdo al Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales del CONAPRED[8] se refieren a:

- Lesbiana: mujer que se siente atraída erótica y afectivamente por mujeres.
- Gay: hombre que se siente atraído erótico-afectivamente hacia otro hombre.
- Bisexual: personas que sienten atracción erótica-afectiva por personas de un género diferente al suyo y de su mismo género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas.
- Transgénero: personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto al que social y culturalmente se asigna a su sexo de nacimiento, y quienes, por lo general, solo optan por una reasignación hormonal.

6 Layla Martínez, *Hartémonos de amor ya que no podemos hartarnos de pan: sexología y anarquismo* (España: Piedra Papel Libros, 2016).

7 Mirta Granero, *Op. Cit.*

8 Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (Conapred), *Glosario de la Diversidad sexual, de género y características sexuales* (México: Conapred, 2016).

- Transexual: personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género y al sexo opuesto a los que social y culturalmente se les asigna en función de su sexo de nacimiento y pueden optar una intervención quirúrgica.
- Travesti: personas que gustan de presentar de manera transitoria o duradera una apariencia opuesta a la del género que socialmente se asigna a su sexo de nacimiento, mediante la utilización de prendas de vestir, actitudes y comportamientos.
- Intersexual: se refiere a las personas que presentan conjuntamente caracteres sexuales masculinos y femeninos.

En algunos otros esquemas de diversidad sexual se agregan las letras Q y A (Queer y Asexuales, respectivamente), términos que se definen de la siguiente manera:

- Queer: se refiere a las personas que no se definen como homosexuales o heterosexuales.
- Asexuales: describe a las personas que, por decisión propia, deciden libremente no tener relaciones sexuales.

Como puede observarse la diversidad sexual involucra a un continuo de comportamientos plurales que tienen el mismo valor sin importar qué tan diferentes sean en relación a la norma esperada —que solo considera a las personas heterosexuales— y que a su vez también forman parte de la diversidad sexual.

A pesar de que desde hace varias décadas la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA)[9] y la Organización Mundial de la Salud (OMS)[10], así como otras asociaciones, colegios y especialistas dedicados a la salud mental, dejaron de considerar la homosexualidad como una enfermedad la sociedad, en lo general se ha mostrado una considerable resistencia a reconocer y respetar a las personas que pertenecen a la comunidad de la diversidad sexual.

Problemática que enfrenta la comunidad educativa LGBTTTIQA

La sexualidad humana es tan compleja que incluye múltiples dimensiones, de las que puede decirse que están presentes de manera permanente en todas las

9 Ricardo de la Espriella Guerrero, "Homofobia y psiquiatría", *Revista Colombiana de Psiquiatría* 36, n.°4 (2007): pp. 718-735, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502007000400010&lng=en&tlng=es

10 Carlos F. Cáceres, Víctor A. Talavera y Rafael Mazín Reynoso, "Diversidad sexual, salud y ciudadanía", *Rev Peru Med Exp Salud Publica* 30, n.° 4 (2013): pp. 698-704.

etapas y ámbitos de la vida de las personas, determinan y condicionan su sentir, su pensar, su hacer y la forma en la que se relacionan con los demás. Por desgracia, la discriminación, la exclusión y el prejuicio son una constante en la vida de niños, adolescentes, adultos y ancianos de esta comunidad, que se ven forzados a afrontarlas la mayor parte de las veces en soledad, pues difícilmente son apoyados por sus familias. Esto ocasiona una compleja batalla contra las difíciles consecuencias en su desarrollo biopsicosocial, llegando en casos extremos a ser víctimas de abandono, agresión, crímenes por odio o a cometer suicidio.

Por si fuera poco, las instituciones escolares están lejos de ser espacios libres de discriminación y violencia, pues suelen reproducir —aunque sea de forma involuntaria— los estereotipos y prejuicios al respecto, y en lugar de promover la inclusión, suscitan la diferenciación y la desigualdad.[11] Esta forma de segregación ha sido llamada discriminación institucional, que en el caso de la comunidad LGBTTTIQA se hace evidente en las desgastadas explicaciones seudocientíficas o morales de su origen, que comúnmente se usan como una excusa para justificar las agresiones y con las que se pretende modificar o corregir estas expresiones de la sexualidad.

En el contexto universitario, el fenómeno ha sido estudiado desde diferentes enfoques y conceptualizaciones: desde la violencia con Furlan,[12] el bullying homofóbico con Salinas,[13] la discriminación con List,[14] la homofobia por Fernandes[15] y Serrano et. al.,[16] hasta las actitudes con Delgado y Young.[17]

---

11 Juan Cornejo Espejo, "Componentes ideológicos de la homofobia", *Límite. Revista Interdisciplinaria de Filosofía y Psicología* 7 n.°26 (2012): pp. 85-106, ISSN: 0718-1361, consultado el 10 de marzo de 2020, https://www.redalyc.org/pdf/836/83625847006.pdf

12 Alfredo Furlán Malamud y Terry Carol Spitzer Schwartz (coord.), *Convivencia, disciplina y violencia en las escuelas 2002-2011* (México: ANUIES, Consejo Mexicano de Investigación Educativa, A.C., 2013).

13 Héctor Miguel Salinas Hernández, "Bullying homofóbico. Acoso y maltrato en las aulas universitarias por motivos de identidad sexo-genérica", en *Florilegio de deseos. Nuevos enfoques, estudios y escenarios de la disidencia sexual y genérica,* coord. por List Reyes Mauricio y Alberto Teutle López (México: Eon, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2010): pp. 259-277.

14 Mauricio List Reyes, "Los universitarios frente a la homofobia. El caso de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla", *Sinéctica, Revista Electrónica de Educación* 46 (2016): pp. 1-15, ISSN: 1665-109X, consultado el 10 de enero de 2019, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=998/99843455003

15 Nilson Fernandes Dinis, "Homofobia e educação: quando a omissão também é signo de violencia", *Educar em Revista* 39 (enero-abril de 2011): pp. 39-50, http://www.scielo.br/pdf/er/n39/n39a04

16 Francisca José Serrano Pastor, Antonia Gómez García, Laura María Amat Muñoz y Alexandra López Gomis, "Aproximación a la homofobia desde la perspectiva de los estudiantes de Educación Social de la Universidad de Murcia", *Tejuelo: Didáctica de la Lengua y la Literatura. Educación* 6, n.° 1 (2012): pp. 74-88, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4025769

17 Sofía Delgado y Carloyn Young, "Diferencias de actitud ante la homosexualidad entre los estudi-

Sin menospreciar las necesarias precisiones teóricas y los diferentes escenarios y metodologías, la gran mayoría de los estudios concluyen de una u otra manera en que el grupo de estudiantes LGBTTTIQA son violentados, excluidos, acosados o agredidos de múltiples formas dentro de sus centros educativos. En este mismo sentido, conforme a la Primera encuesta nacional sobre bullying homofóbico en México,[18] el 92 % de los adolescentes señalaron que han sido víctimas de insultos, agresiones, bromas pesadas, señalamientos, amenazas y golpes debido a su orientación sexual, su apariencia física o su forma de vestir; es decir, por no seguir las normas de una sociedad hetero-dominante que percibe como una enfermedad cualquier otra forma de vivir la sexualidad.

Aunque no hay muchos estudios que aborden el tema de los profesores y otros miembros de las comunidades educativas, algunos autores como Catalán,[19] Ferfolja,[20] Martínez[21] y Torres[22] han abordado el tema de la diversidad sexual en la vida académica y describen la forma en la que el personal académico han tenido que enfrentar el ser excluidos, agredidos, violentados y señalados por sus compañeros de trabajo, padres de familia y hasta por sus propios estudiantes solo por pertenecer a la comunidad LGBTTTIQA.

Asimismo, se reporta que el tratar de ocultarlo se vuelve una preocupación constante que les demanda mucha de su atención y les genera angustia y depresión. Penosamente se conocen casos extremos de discriminación en los que se les fuerza a abandonar su trabajo, siempre con argumentos y acusaciones sin sustento, como la de ser agresores sexuales o la extraña preocupación

antes universitarios de la Ciudad de México", *Odiseo. Revista Electrónica de Pedagogía* 9, n.°18 (2013), http://odiseo.com.mx/articulos/diferencias-actitud-ante-homosexualidad-entre-estudiantes-universitarios-ciudad-mexico

18 "1ª Encuesta Nacional sobre Bullying Homofóbico", Youth Coalition, COJESS México y enehache.com, mayo de 2012, http://www.adilmexico.com/wp-content/uploads/2015/08/Bullying-homofobico-114-May-12.pdf

19 Mario Catalán Marshall, "Docentes Abriendo las Puertas del Clóset. Narrativas de Resistencias y Apropiaciones a la Heteronormatividad en Profesores Homosexuales/Lesbianas en Escuelas Públicas y Privadas de Santiago de Chile", *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva* 12, n.°1 (2018): pp. 57-78. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-73782018000100057

20 Tania Ferfolja y Efty Stavrou, "Workplace experience of australian lesbian and gay teachers: findings from a national survey", *Canadian Journal of Educational Administration and Policy* 5 (2015): pp. 1-35.

21 Liliana Martínez Salcido, "Ser docente no heterosexual: Ser, pero no existir. Primeros hallazgos", *Instituto de Pedagogía Crítica* (2016): pp. 137-144, https://www.rediech.org/ojs/2017/index.php/recie/article/view/194/285

22 Jesús Torres Hernández, "La construcción del significado en torno al ser docente en maestros gay en nivel universitario" (tesis, Universidad Pedagógica Nacional (UPN), 2012).

del baño al que van a entrar o la forma en la que tratarán de influir a los estudiantes para que sean homosexuales, transexuales o travestis.

Sin hacer una búsqueda exhaustiva, puede afirmarse que son numerosos los artículos e informes de asociaciones y de profesionales que han reportado tanto la presencia de agresión, exclusión y discriminación de la comunidad LGBTTTIQA en universidades e instituciones de educación superior, como de sus terribles efectos en la vida personal y académica. Lamentable es la infinidad de casos en donde el sufrimiento y la humillación se vuelven algo con lo que esta comunidad debe aprender a vivir casi siempre en soledad, pues sigue siendo una minoría la que cuenta con el apoyo de sus familias y desarrolla estrategias efectivas de afrontamiento.

Con indefendibles argumentos tales como el ser un mal ejemplo para los demás, de haber crecido sin alguno de sus padres, de no haber sido corregido a tiempo o de sufrir de abuso sexual y otros tantos prejuicios; en la cotidianidad las instituciones educativas se resisten a facilitar la expresión abierta y franca de identidades, géneros y orientaciones sexuales. Por lo que puede inferirse que el respeto e inclusión de la comunidad de la diversidad sexual tendrá que esperar para ser una realidad.

El desafío del respeto y la inclusión

La concepción de los derechos humanos y la educación se enfrentan a una realidad llamada sociedad postmoderna, que entre otras cosas se caracteriza por la complejidad, la inmediatez de resultados, la eficiencia, el acelerado ritmo del cambio, la automatización, la creciente interactividad y el consecuente uso desmedido de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La también llamada globalización ha sido por mucho tiempo el sueño de numerosos pensadores y estadistas: integrar un mundo unificado con una visión liberal del mercado que trasciende las fronteras y las naciones. La propuesta social de una visión globalizada va más allá de la concepción de los derechos humanos como un elemento distintivo y prioritario en esta tan cambiante sociedad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[23] se fue conformando gracias a las diversas aportaciones de grandes luchadores sociales, que a través de los años estuvieron comprometidos con la creación de un mundo

23 Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, 217 (III) A (Paris, 1948), http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/

mejor y más justo al promover siempre el respeto a la dignidad humana. Pero la paradoja de la globalización y la universalidad de los derechos humanos es precisamente el hecho que la que la globalización social y cultural —sin olvidar la misma naturaleza humana— parecen propiciar y motivar la necesidad del ser humano de ser reconocido como un individuo único e irrepetible. Es decir, la uniformidad en el pensamiento ha expuesto un desmesurado surgimiento de múltiples y diversas expresiones culturales, que finalmente fragmentan el paradigma del pensamiento globalizado postmoderno de la igualdad.

Sin embargo, el planteamiento de los derechos humanos incluye también el derecho a la diversidad. Por fortuna los seres humanos no somos iguales; pensamos, actuamos y sentimos de diferente forma, tenemos necesidades y deseos propios, y eso es precisamente lo que nos convierte en humanos. La igualdad debe ser en el ejercicio de los derechos, sin importar raza, color, sexo, idioma o cualquier otra condición, tal y como se estipula en la citada Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el caso particular de nuestro país, los derechos humanos están avalados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[24] que establece en el Artículo 1.º que "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 (…)". Asimismo, establece que "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". La intención es que bajo esta norma se procure favorecer y beneficiar con amplitud a cada una de las personas —no solo a las mayorías— que se sujetan a las normas impuestas.

La esperanza es que en la práctica la aplicación de los principios establecidos en los derechos humanos nos conduzca a un desarrollo social inclusivo donde todos disfruten de los beneficios que se plantean en esta declaración. En este mismo sentido, en el año 2003 se establece en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación[25] el concepto de discriminación, entendido

24 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, 2020).

25 Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *Ley Federal para Prevenir y Eliminar*

como la distinción, exclusión, restricción o preferencia de un sujeto por sobre los demás, con base en el sexo, el género, la preferencia sexual o su estado civil o situación familiar. Además, señala puntualmente a la homofobia y la misoginia como formas de discriminación e intolerancia.

De acuerdo con la fundamentación legal de la Cartilla diversidad sexual de la CNDH[26] se entiende que las personas que pertenecen a la comunidad LGBTTTIQA, sin importar su aspecto físico, su orientación sexual, su manera de vestir o su identidad de género, ostentan como cualquier otro ser humano los siguientes derechos:

- Derecho a la educación
- Derecho a la protección de la salud
- Derechos sexuales y reproductivos
- Derecho al trabajo
- Derecho a documentos de identificación, acordes a su identidad sexual
- Derecho al libre desarrollo de su personalidad
- Derecho a contraer matrimonio sin restricción alguna respecto del sexo o género de sus parejas
- Derecho a la adopción de menores
- Derecho a vivir libres del acoso policiaco
- Derecho a vivir una vida libre de discriminación
- Derecho a servicios funerarios dignos

Por fortuna, en la actualidad se cuenta con organismos internacionales que promueven un cambio en la forma de percibir la diversidad sexual. La Organización de las Naciones Unidas declaró el 17 de mayo del 2004 como el Día Internacional de la Lucha contra Homofobia, Transfobia y Biofobia, en conmemoración del día en que se eliminó la homosexualidad de la clasificación internacional de enfermedades mentales de la OMS.

El cambio y el progreso en el tema de diversidad sexual muestra las mejoras y el proceso de adopción de esquemas internacionales emergentes para lograr la despatologización y abandonar el enfoque biomédico, el tratamiento farmacológico y las mal llamadas "terapias de conversión" como estrategias viables para tratar todas las expresiones de la tan humana diversidad sexual.

---

la Discriminación (México: Conapred, 2014).

26 Manuel López Castañeda, *Diversidad sexual y derechos humanos* (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018).

En el contexto de la educación, es en el artículo tercero[27] de nuestra Constitución que se establece el derecho a recibir educación, que además de ser laica y gratuita se deberá cimentar en el conocimiento científico y tener como propósito mejorar la convivencia, fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de las personas y la igualdad de derechos de todos, sin privilegios de razas, de religión, sexo o grupos. De igual manera, se declara que combatirá la ignorancia, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Con el desarrollo de políticas sociales y educativas democráticas y participativas se espera que las instituciones de educación superior y las universidades realicen sus funciones sustantivas (docencia, investigación y extensión) con una visión humanista, en un contexto de respeto, solidaridad e inclusión, donde todos sus miembros se expresen con plena libertad y convivan respetuosamente con la diversidad. Sin embargo, en la realidad cotidiana de las instituciones educativas —aun las de educación superior— persisten intensos debates acerca de los siguientes aspectos:

- Los objetivos que se pretenden alcanzar con la inclusión de las temáticas de diversidad sexual en la educación.
- Los contenidos que deben incluirse en la educación sexual y más específicamente acerca de la diversidad sexual.
- La secuencia, la cantidad y el nivel de profundidad en los que estos contenidos deben proporcionarse.
- Los valores y derechos que en relación a la diversidad sexual debe promover en los educandos.
- Los métodos, técnicas y materiales más apropiados para obtener los resultados deseados.
- El enfoque teórico, el sustento científico y los autores en los cuales se cimentarán y tratarán los temas propuestos.
- La formación de los especialistas en educación sexual que serán los responsables de llevarla a cabo.
- El derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus propios valores e intereses.

En realidad, no hay un tema educativo que despierte en la comunidad académica o social tantos debates como el tema de la educación sexual y de

27 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, 2020), https://www.refworld.org.es/docid/57f795a52b.html

forma particular en lo que se refiere a la diversidad sexual; que, dicho sea de paso, también es una cuestión alrededor de la cual existe una gran ignorancia, por lo cual los debates giran en torno a creencias, mitos, prejuicios, valores propios, dogmas religiosos, experiencias personales y a múltiples datos sin confirmar.

Es en este contexto que a la universidad le corresponde ser fiel a su noble función social, la formación humanista de sus egresados y la cimentación de una sociedad justa y equitativa. La propuesta es repensar las concepciones del hombre y la sociedad e incorporar nuevos valores para dignificar al ser humano, cualquiera que sea su condición, origen, creencias o expresión sexual. El reto es integrar una comunidad académica formada por universitarios reflexivos, con un pensamiento crítico, capaces de intervenir en una realidad diversa y compleja.

Dada la compleja conformación de la sexualidad humana como una dimensión que nos acompaña a lo largo de nuestra vida, desde nuestro cuerpo y su biología, los aprendizajes sociales y sobre los roles de género, nuestras experiencias y la construcción de nuestra identidad y el placer, corresponde necesariamente ser abordada desde enfoques integrativos que nos permitan analizarla de manera holista.

Una inquietud esencial en el tema de la educación para la inclusión y el respeto es la referente a la ética, para lo cual se retomará la propuesta de la ética de las conductas sexuales y amorosas de López Sánchez.[28] En su propuesta el investigador propone como su eje de trabajo "la dignificación de la sexualidad humana" en un contexto de libertad que favorezca la toma de decisiones consientes e informadas. Su propuesta parte del concepto de "comunidad justa" de Kohlberg[29] y de la Escuela de Ginebra para referirse a una colectividad democrática con un razonamiento moral que guie un cambio en el comportamiento; con ello, ejemplifica en términos ideales la manera de provocar que una comunidad educativa razone con principios éticos y actúe a partir de ellos.

La perspectiva de la dimensión ética de la sexualidad debe ser de índole universal, buscando siempre el bienestar personal y el de los demás. Los principios

28 Félix López Sánchez, "Ética de las relaciones sexuales y amorosas", *Revista de Investigación en Psicología* 20, n.º 1 (2017): pp. 177-194, https://doi.org/10.15381/rinvp.v20i1.13363

29 Lawrence Kohlberg, F. C. Power y A. Higgins, *La educación moral según Lawrence Kohlberg* (Barcelona: Gedisa, 1997).

éticos sobre los que propone dialogar de manera racional, abierta y universal que le darían vida a su propuesta son siete y pretenden ser una guía práctica de referencia para la construcción de esta tan necesaria ética de la vida sexual y amorosa:

- Ética del consentimiento
- Ética del placer y bienestar compartidos
- Ética de la igualdad
- Ética de la honestidad
- Ética de la salud
- Ética de la diversidad
- Ética de los cuidados

La integración de estos siete principios y la presente disertación conforman una propuesta para establecer una Declaración de los Derechos Humanos Sexuales y que sea considerada como una referencia universal que guie el comportamiento ético sexual de las personas y les brinde las herramientas necesarias para resolver conflictos cotidianos. El propósito principal es hacer que el ejercicio de la sexualidad humana se sustente en los principios éticos de la libertad, la dignidad y la igualdad.

Conclusiones

Con la intención de presentar de forma sintética y sencilla las conclusiones de este trabajo y evitar caer en repeticiones inútiles, a continuación, se presenta un sumario de ellas:

- Los derechos de la comunidad universitaria LGBTTTIQA, al igual que de cualquier otra, están respaldados por Declaración Universal de los Derechos Humanos y no hay ninguna razón para considerarla de forma diferente.
- Las universidades e instituciones de educación superior no pueden postergar por más tiempo la visibilidad y el reconocimiento de la comunidad LGBTTTIQA, así como sus derechos.
- La relación entre los derechos humanos, la educación y la diversidad sexual es un fenómeno complejo que requiere ser abordado desde un enfoque integral, que siente las bases de un verdadero cambio de la construcción de una sociedad más incluyente basada en el respeto.
- Es preciso reconocer en la sexología una disciplina con fundamentos y métodos científicos, legítimos y útiles para abordar la temática de

la inclusión de la diversidad sexual en universidades e instituciones de educación superior.

- La educación incluyente debe partir de los estándares internacionales planteados en materia de derechos humanos para conseguir que los cambios sean reales y permanentes.
- Es necesario que la comunidad universitaria establezca un diálogo permanente para intercambiar ideas y expresar necesidades y dictar políticas en materia de inclusión y diversidad sexual.
- Es prioritario considerar la inserción de la ética de las relaciones sexuales y amorosas como un eje central para transitar a comunidades educativas más respetuosas y justas, con la comunidad LGBTTTIQA.
- Las universidades deben ser espacios seguros, libres de discriminación y violencia; deben encaminarse a la inclusión y empoderamiento de las minorías y grupos vulnerables, entre ellos la comunidad de la diversidad sexual.
- Las universidades e instituciones de educación superior deben involucrarse de forma activa en la promoción del respeto a los derechos humanos y la inclusión respetuosa de las personas LGBTTTIQA en la sociedad.

Bibliografía

Cáceres, Carlos F.; Talavera, Víctor A. y Mazín Reynoso, Rafael. "Diversidad sexual, salud y ciudadanía". *Rev Peru Med Exp Salud Publica* 30, n.° 4 (2013): pp. 698-704.

Catalán Marshall, Mario. "Docentes Abriendo las Puertas del Clóset. Narrativas de Resistencias y Apropiaciones a la Heteronormatividad en Profesores Homosexuales/Lesbianas en Escuelas Públicas y Privadas de Santiago de Chile". *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva* 12, n.°1 (2018): pp. 57-78. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-73782018000100057

Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (Conapred). *Glosario de*

Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación. *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*. México: Conapred, 2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, 2020. Consultado el 11 de noviembre de 2020. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf.

Cornejo Espejo, Juan. "Componentes ideológicos de la homofobia". *Límite*. *Revista Interdisciplinaria de Filosofía y Psicología* 7 n.°26 (2012): pp. 85-106. ISSN: 0718-1361. Consultado el 10 de marzo de 2020. https://www.redalyc.org/pdf/836/83625847006.pdf

De la Espriella Guerrero, Ricardo. "Homofobia y psiquiatría". *Revista Colombiana de Psiquiatría* 36, n.°4 (2007): pp. 718-735. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502007000400010&lng=en&tlng=es

Delgado, Sofía y Young, Carloyn. "Diferencias de actitud ante la homosexualidad entre los estudiantes universitarios de la Ciudad de México". *Odiseo. Revista Electrónica de Pedagogía* 9, n.°18 (2013). http://odiseo.com.mx/articulos/diferencias-actitud-ante-homosexualidad-entre-estudiantes-universitarios-ciudad-mexico

Ferfolja, Tania y Stavrou, Efty. "Workplace experience of australian lesbian and gay teachers: findings from a national survey", *Canadian Journal of Educational Administration and Policy* 5 (2015): pp. 1-35.

Fernandes Dinis, Nilson. "Homofobia e educação: quando a omissão também é signo de violencia". *Educar em Revista* 39 (enero-abril de 2011): pp. 39-50. http://www.scielo.br/pdf/er/n39/n39a04

Furlán Malamud, Alfredo y Spitzer Schwartz Terry Carol. *Convivencia, disciplina y violencia en las escuelas 2002-2011*. México: ANUIES, Consejo Mexicano de Investigación Educativa, A.C., 2013.

Granero, Mirta. "Sexología basada en la evidencia: historia y actualización". *Revista Costarricense de Psicología* 33, n.° 2 (2014): pp. 179-197. ISSN: 0257-1439. Consultado el 21 de enero de 2020. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476747238002

Kohlberg, Lawrence; Power F. C. y Higgins, A. *La educación moral según Lawrence Kohlberg*. Barcelona: Gedisa, 1997.

la Diversidad sexual, de género y características sexuales. México: Conapred, 2016.

List Reyes, Mauricio. "Los universitarios frente a la homofobia. El caso de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla". *Sinéctica, Revista Electrónica de Educación* 46 (2016): pp. 1-15. ISSN: 1665-109X. Consultado el 10 de enero de 2019. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=998/99843455003

Llorca Díaz, Ángeles. "La teoría de intersexualidad de Magnus Hirscheld". *Anuario de Sexología* 2, n.° 2 (1996): pp.59-67. ISSN 1137-0963.

López Castañeda, Manuel. *Diversidad sexual y derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018.

López Sánchez, Félix. "Ética de las relaciones sexuales y amorosas", *Revista de Investigación en Psicología* 20, n.° 1 (2017): pp. 177-194. https://doi.org/10.15381/rinvp.v20i1.13363

Martínez Salcido, Liliana. "Ser docente no heterosexual: Ser, pero no existir. Primeros hallazgos". *Instituto de Pedagogía Crítica* (2016): pp. 137-144. https://www.rediech.org/ojs/2017/index.php/recie/article/view/194/285

Martínez, Layla. *Hartémonos de amor ya que no podemos hartarnos de pan: sexología y anarquismo*. España: Piedra Papel Libros, 2016.

Organización de las Naciones Unidas. "Declaración Universal de Derechos Humanos". 1948. https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights

Salinas Hernández, Héctor Miguel. "Bullying homofóbico. Acoso y maltrato en las aulas universitarias por motivos de identidad sexo-genérica". En *Florilegio de deseos. Nuevos*

enfoques, estudios y escenarios de la disidencia sexual y genérica, coordinado por List Reyes Mauricio y Alberto Teutle López. México: Eon, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2010).

Serrano Pastor, Francisca José; Gómez García, Antonia; Amat Muñoz, Laura María y López Gomis, Alexandra. "Aproximación a la homofobia desde la perspectiva de los estudiantes de Educación Social de la Universidad de Murcia". *Tejuelo: Didáctica de la Lengua y la Literatura*. *Educación* 6, n.° 1 (2012): pp. 74-88. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4025769

Torres Hernández, Jesús. "La construcción del significado en torno al ser docente en maestros gay en nivel universitario". Tesis, Universidad Pedagógica Nacional (UPN), 2012.

Youth Coalition, COJESS México y enehache.com. "1ª Encuesta Nacional sobre Bullying Homofóbico". Mayo de 2012. http://www.adilmexico.com/wp-content/uploads/2015/08/Bullying-homofobico-114-May-12.pdf

Cuarta parte

Temas selectos de Derecho internacional humanitario y otras situaciones de violencia

CAPÍTULO XXI

Consideraciones sobre la protección (¿reforzada?) de las unidades sanitarias

Matteo Fornari[1]

El derecho internacional humanitario reserva una protección especial a los hospitales, los centros médicos y al personal sanitario, debido a su función específicamente humanitaria. Las partes en un conflicto deben adoptar medidas adicionales y específicas antes de atacar esos objetivos. A pesar de que la normativa convencional y consuetudinaria esté bien desarrollada y generalmente aceptada, las últimas décadas fueron testigos de unos conflictos particularmente violentos en los que unidades sanitarias y personal médico fueron objeto de ataques deliberados. Por lo que respecta a la criminalización de estos ataques, se puede observar, por otra parte, la falta de coordinación óptima entre la normativa ginebrina y la legislación internacional criminal.

Introducción

El 3 de octubre de 2015, ataques aéreos de Estados Unidos destruyeron el Hospital de Trauma (HT) de Médicos Sin Fronteras (MSF) en la ciudad de Kunduz, Afganistán, acabando con la vida de 42 personas, incluido personal médico y pacientes. Los días anteriores a estos ataques, esta localidad había sido

1 Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Milano Bicocca y Profesor Visitante del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Sanemo, ambos de Italia.

escenario de fuertes combates entre el gobierno afgano y las fuerzas talibanes. Varios combatientes heridos eran transportados al hospital y, como de costumbre, los equipos de MSF no preguntaron a qué grupos armados pertenecían los pacientes. Como organización médica neutral, MSF no necesitaba saber su pertenencia, ya que se trataba de una información clínicamente irrelevante:[2] los pacientes "militares", si están heridos, están *hors de combat*, ya no se consideran combatientes y están protegidos en el ámbito hospitalario en virtud del derecho internacional humanitario.

Debido a la mayor intensidad de los combates, el 29 de septiembre de 2015 MSF reiteraba otra vez la posición del HT enviando de nuevo por correo electrónico las coordenadas GPS al Departamento de Defensa de los Estados Unidos, al Ministerio del Interior y de la Defensa afgana y al ejército americano en Kabul. La recepción del mensaje fue confirmada tanto por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos como por los representantes del ejército estadounidense, y ambos aseguraron que las coordenadas habían sido transmitidas a las partes interesadas.[3]

Los ataques aéreos duraron aproximadamente una hora: cuando comenzó, 105 pacientes estaban internados en el hospital. Entre ellos, tres o cuatro pacientes eran combatientes gubernamentales heridos y unos 20 pacientes eran talibanes heridos; en el complejo hospitalario en el momento del ataque estaban presentes también ciento cuarenta agentes de personal nacional, nueve de personal internacional y un delegado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). El objetivo principal del ataque resultó ser el edificio principal del hospital, que coincidía exactamente con las coordenadas GPS proporcionadas por MSF a las partes en conflicto.[4]

Cabe destacar que el día anterior al ataque se colocaron dos banderas MSF en el techo del hospital, además de la bandera existente colocada a la entrada del Centro de Traumatología; y todo el personal de MSF confirmó que toda la noche, antes de que comenzaran los ataques aéreos, la atmósfera era

2 En los historiales médicos de los pacientes de Msf, una "C" y una "M" pueden ser utilizados para indicar pacientes "civiles" o "militares" o con respecto a la recogida de armas en la entrada del hospital. Ver: "Initial msf internal review: Attack on Kunduz Trauma Centre, Afghanistan", Medecins Sans Frontiers, noviembre de 2015, p. 4, consultado el 21 de noviembre de 2020, www.msf.fr/sites/default/files/review_final_041115_for_public_release.pdf

3 MSF también compartió las coordenadas GPS con un intermediario de las Naciones, que confirmó la transmisión directamente a la Operación Resolute Support: *Ibídem*, p. 5.

4 *Ibídem*, pp. 7 y ss.

muy tranquila en el hospital y en los alrededores, no había combates en curso y no se oían aviones sobrevolando ni se reportaron disparos o explosiones en las cercanías del hospital. Ni un solo miembro del personal de MSF informó de la presencia de combatientes armados o de combates en el interior o desde el complejo hospitalario, antes o durante los ataques aéreos.[5]

El bombardeo del Hospital de MSF de Kunduz es quizás el ejemplo más conocido,[6] pero también en otros conflictos actuales (internacionales o interiores) son numerosos los casos de ataques contra hospitales, instalaciones sanitarias y personal médico.

En Yemen, ataques contra hospitales son perpetrados por ambas partes en el conflicto que desde 2015 contrapone una coalición de Estados bajo el comando de Arabia Saudita a las fuerzas rebeldes de los Houti:[7] 59 ataques contra 34 hospitales, incluidos ataques múltiples contra las mismas instalaciones, especialmente en Adén y Taiz, la mayoría de los cuales realizados por las fuerzas huzíes; mientras que en la provincia de Saada la coalición de Estados bajo el liderazgo de Arabia Saudita ha efectuado ataques aéreos en los que se destruyeron 15 establecimientos sanitarios.[8]

El 26 de octubre de 2015 un ataque aéreo conducido por aviones de la coalición destruyó totalmente el hospital de MSF en Saada, aunque sus coordenadas GPS se comunicaran al mando de la coalición un mes antes y a pesar de que el techo del edificio estuviera claramente identificado con el logotipo de MSF.[9]

5 *Ibídem*, p. 6 y p. 12.

6 Una investigación sobre el bombardeo del hospital finalizada en abril 2016 por el Departamento de la Defensa estadounidense concluyó que "this tragic incident was caused by a combination of human errors, compounded by process and equipment failures"; los militares bajo investigación habrían sido objeto de sanciones administrativas porque "neither the gunship crew members nor the Special Forces on the ground who were directing the strike knew they were striking a medical facility". Ver: Matthew Rosenberg, "Pentagon Details Chain of Errors in Strike on Afghan Hospital", *New York Times*, 29 de abril de 2016, consultado el 30 de noviembre de 2020, www.nytimes.com/2016/04/30/world/asia/afghanistan-doctors-without-borders-hospital-strike.html

7 El conflicto en Yemen se intensificó luego de que los Houti tomaron Saná en septiembre de 2014 y de que la coalición encabezada por la Arabia Saudita empezó a realizar ataques aéreos el 26 de marzo de 2015. Ver: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, "Los niños y los conflictos armados. Informe del Secretario General" NU A/70/836-S/2016/360, 20 de abril de 2016, pár. 164.

8 *Ibídem*, pár. 170.

9 "Yemen: Coalition Airstrikes Hit Hospital", *Human Rights Watch,* 27 de octubre de 2015, consultado el 21 de noviembre de 2020, www.hrw.org/news/2015/10/27/yemen-coalition-airstrikes-hit-hospital

Los ataques a las instalaciones sanitarias continúan hasta la fecha, como ha destacado el Coordinador humanitario para Yemen.[10]

Pero es el conflicto en Siria el que constituye el escenario bélico en el que se registra el mayor número de ataques contra hospitales y personal médico y sanitario. Desde el inicio del conflicto armado en 2011 a diciembre de 2017 se estima que los ataques a instalaciones médicas —sobre todo por parte de las fuerzas gubernamentales— fueron 492[11] con al menos 330 edificios afectados, lo que significa que un mismo edificio ha sido atacado varias veces en este período de tiempo[12] y al menos 847 miembros del personal médico han perdido la vida en estos ataques.[13]

Como lo ha puesto de relieve la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria del Consejo de los derechos humanos de las Naciones Unidas, la pauta de los ataques indica que las fuerzas gubernamentales atacan deliberada y estratégicamente hospitales y unidades médicas para obtener ventajas militares y privar de asistencia médica a los grupos armados antigubernamentales y a sus presuntos partidarios. De este modo, la negación de atención y ayuda médica en el conflicto sirio se sustancia en una verdadera "weapon of war".[14]

En este escenario bélico, la perversión y aberración humanas ha llegado hasta el punto de obligar al personal médico a no utilizar los emblemas distintivos de los hospitales para no atraer el fuego de las fuerzas guberna-

---

10 "Attacks on Marib Hospitals Limit Medical Services Available to Thousands of Displaced People", *United Nations Yemen*, 10 de febrero de 2020, consultado el 21 de noviembre de 2020, https://yemen.un.org/index.php/en/45126-attacks-marib-hospitals-limit-medical-services-available-thousands-displaced-people

11 "Beyond Imagination: Seven Years of Conflict in Syria", Physicians for Human Rights, , marzo de 2018, consultado el 22 de noviembre de 2020, https://phr.org/wp-content/uploads/2018/03/Syria_2018_Anniversary.pdf

12 79 hospitales fueron afectados más de una vez y 8 han sido afectados cinco o más veces, incluido el mayor hospital de Aleppo este, al-Sakhour Hospital, bombardeado por las fuerzas del gobierno sirio al menos once veces. Ver: *Ibídem*.

13 "Anatomy of a Crisis. A Map of Attacks on Health Care in Syria", Physicians for Human Rights, (consultado el 21 de noviembre de 2020, https://s3.amazonaws.com/PHR_syria_map/findings.pdf. Ver también: Fouad M. Fouad et. al., "Health Workers and the Weaponisation of Health Care in Syria: A Preliminary Inquiry for The Lancet–American University of Beirut Commission on Syria", Lancet (2017): pp. 2516 y ss.

14 "Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic – Assault on Medical Care in Syria", Human Rights Council, NU A/HRC/24/CRP.2, 13 de septiembre de 2013, pár. 1 y ss.

mentales;[15] los mismos emblemas distintivos concebidos y utilizados desde siempre para demostrar a los beligerantes la presencia de instalaciones médicas en la zona de conflicto, tal como lo exige el derecho humanitario, se han convertido en instrumentos para identificar un "objetivo militar", al igual que las ambulancias, que también han sido atacadas intencional y repetidamente durante todo el conflicto sirio como parte de una estrategia de guerra: de 2016 a 2017 se han registrado 204 ataques individuales contra 243 ambulancias, de las cuales 52 % eran objetivos directos; los principales autores fueron el régimen sirio (60 %) y las fuerzas armadas rusas (29 %).[16] Y estos ataques siguen realizándose hasta el último periodo, con 25 instalaciones médicas golpeadas en Idlib y Alepo occidental por las fuerzas progubernamentales entre noviembre de 2019 y febrero de 2020.[17]

Marco Jurídico en el que se desarrolla la protección

La protección de las estructuras hospitalarias en los conflictos armados tiene una larga "tradición convencional" que nace prácticamente (¡y por supuesto!) con el nacimiento de la codificación del derecho humanitario. El primer

15 *Ibídem*, pár. 6. Ver también: "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria", Consejo de Derechos Humanos, doc. NU A/HRC/37/72, 1 de febrero de 2018, pár. 73. "Saving Lives Underground: The Case for Underground Hospitals in Syria", Syrian American Medical Society, marzo de 2017, consultado el 24 de noviembre de 2020, https://www.sams-usa.net/wp-content/uploads/2017/05/Saving-Lives-Underground-report.pdf

16 C. Hayes Wong y Christine Yen-Ting Chen, "Ambulances under Siege in Syria", BMJ *Glob Health* (2018): p. 1. El primer ataque deliberado reportado contra una ambulancia tuvo lugar en septiembre de 2011, cuando una ambulancia claramente marcada con el emblema de la Media Luna Roja fue emboscada en Homs, en un puesto de control del gobierno, matando a un paramédico e hiriendo a otros tres. Ver: Annie Sparrow, "Syria's Assault on Doctors", *The New York Review*, 3 de noviembre de 2013, consultado el 23 de noviembre de 2020, https://www.nybooks.com/daily/2013/11/03/syria-assault-doctors/

17 "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria", Consejo de Derechos Humanos, doc. NU A/HRC/44/61, 3 de septiembre de 2020, pár. 36. Ataques contra instalaciones sanitarias se han cometido también durante el conflicto entre Armenia y Azerbaiyán de 2020: a pesar de un alto de fuego de las hostilidades, el pasado 28 de octubre las fuerzas azerbaiyanas atacaron con un bombardeo aéreo el hospital de maternidad de Stepanakert, capital de Nagorno Karabaj. Ver: "Azerbaijan hits maternity hospital in conflict with Armenia over Nagorno-Karabakh", *US Today*, 29 de octubre de 2020, consultado el 21 de noviembre de 2020, https://eu.usatoday.com/story/news/world/2020/10/29/azerbaijan-hits-hospital-dispute-armenia-over-nagorno-karabakh/6073536002/

instrumento convencional que se ocupa de esta problemática es el Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, adoptado en Ginebra el 22 de agosto de 1864.[18]

De hecho, la inmunidad de los ataques a las estructuras hospitalarias no era absoluta, sino que tenía límites subjetivos y temporales: la neutralidad estaba reservada a los hospitales militares "mientras haya en ellos enfermos o heridos", y solo durante el período en que los hospitales no "estuviesen guardados por una fuerza militar" (art. 1.°).19 Con este instrumento se adoptaba por primera vez un emblema distintivo para permitir al beligerante distinguir la estructura hospitalaria, es decir, "una cruz roja sobre fondo blanco" (art. 7.°). Este mismo emblema que hoy en día el beligerante usa como blanco.20

18 En el país de Solferino, teatro de la segunda guerra de independencia italiana de 1859 y por el que transitó Henri Dunant inmediatamente después de la batalla que vio enfrentado el ejército austríaco al ejército franco-piemontese, en 2013 se colocó una estatua del autor de *Un souvenir de Solferino* para celebrar los 150 años de la Convención con la que nació el derecho humanitario. En el soporte de la estatua fue reportado el deseo de Dunant: *"Non ci sarebbe il modo di costituire, in un periodo di pace e di tranquillità, della società di soccorso, il cui scopo fosse quello di provvedere alla cura dei feriti, in tempo di guerra, da parte di volontari zelanti, devoti e qualificati per un'opera simile?"* ("¿No existiría manera de constituir, en un período de paz y de tranquilidad, una sociedad de socorro con el objetivo de cuidar a los heridos, en tiempo de guerra, por parte de voluntarios atentos, devotos y calificados para esta obra?").

19 Art. 1.° del Convenio de 1864: "Las ambulancias y los hospitales militares serán reconocidos neutrales, y, como tales, protegidos y respetados por los beligerantes mientras haya en ellos enfermos o heridos La neutralidad cesará si estas ambulancias u hospitales estuviesen guardados por una fuerza militar".

20 Y no solo hoy…Como precedente de ataques deliberados contra los emblemas distintivos de la Cruz Roja, cabe recordar los ataques efectuados por la aviación italiana en la guerra ítalo-etíope de 1935-1936. El conflicto empezó el 3 de octubre de 1935 y el mismo día aéreos italianos bombardearon el hospital de Adua. Luego, a lo largo de la guerra, hubo una serie constante de ataques deliberados contra los hospitales de la Cruz Roja presentes en Etiopía. En el país estaban presentes misiones de la Cruz Roja británica, egipcia, etíope, sueca y un hospital de la misión americana de los Adventistas del Séptimo Día, y todos fueron objeto de ataques aéreos deliberados. También en este escenario los emblemas distintivos de la Cruz Roja se volvieron un blanco, aunque muchos europeos —en Etiopía y otros lugares— al principio rechazaron la idea de que el ataque fascista fue deliberado. Consideraban la Convención de Ginebra inviolable **y no podían creer que una potencia europea civilizada** pudiera violar la inmunidad de los hospitales. Baste recordar aquí, entre muchos testimonios, los del personal de la Cruz Roja sueca después del bombardeo del hospital en Malka Didaka y los del jefe de la misión británica de la Cruz Roja, después del bombardeo del campamento en Quoram. Según el primer testimonio, "en dos altos árboles desnudos se habían colocado tres banderas: la bandera de la cruz roja, la bandera abissina y la bandera sueca. Otras banderas de la Cruz Roja se plantaron en el suelo por todas par-

Con el Convenio de 1864 la protección no se extendía todavía a los centros hospitalarios civiles. Este límite se puede entender, si se considera que en aquella época las batallas no se desarrollaban casi nunca en los centros urbanos, así que tal vez no se advirtió la necesidad de defender los hospitales civiles. Su protección es contemplaba con los Congresos de La Haya de 1899 y 1907, cuyos Reglamentos sobre la guerra terrestre destacaban la necesidad de tomar "en los sitios y bombardeos todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible […] los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos" (además de los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos); pero esta inmunidad de los ataques valía "a condición de que no se destinen para fines militares" (art. 27.° del Reglamento IV de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y reglamento anexo).[21] Esta condición que determina la pérdida de la inmunidad para las unidades sanitarias civiles será confirmada por el Protocolo I de 1977 (art. 13.°)[22] y será esta deroga objeto de diferentes interpretaciones por los beligerantes.

Cabe destacar que en esta época se afirma la idea de que la protección de las unidades sanitarias tiene que ser "a doble sentido", en cuanto la obli-

---

tes y eran fácilmente visibles desde el cielo. La mañana del 22 de diciembre [de 1935] un número de aviones italianos sobrevolaron el campo y ametrallaron las tiendas… El 30 de diciembre, alrededor de las 7 de la mañana, algunos aviones italianos sobrevolaron el río. Luego regresaron y diez de éstos volaron a nuestro campamento a unos 2000 pies de altitud y lanzaron un grupo de bombas explosivas e incendiarias". Según el jefe de la misión británica, doctor Melly, "no habia duda de la absoluta intencionalidad del ataque… todas las tiendas y los vehículos estaban claramente marcados con las Cruces Roja"; "era totalmente imposible seguir trabajando en campos abiertos simplemente desplegando los emblemas de la Cruz Roja". Finalmente, el doctor Melly se vio obligado a utilizar los refugios naturales del suelo y a camuflar y ocultar las estructuras sanitarias". El mismo Emperador, Hailè Selassiè, afirmó que las incursiones aéreas contra los centros hospitalarios (junto con el uso masivo de armas químicas contra fuerzas armadas y civiles), contribuyeron de manera significativa a la desmoralización de las fuerzas etíopes. Ver: Richard Pankhurst, "Il bombardamento fascista sulla Croce Rossa durante l'invasione dell'Etiopia (1935-1936)", *Studi Piacentini* (1997): pp. 129 y ss.

21 Del mismo tenor es el artículo 27.° de la Convención II de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo.

22 Art. 13.° del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977: "1. La protección debida a las unidades sanitarias civiles solamente podrá cesar cuando se haga uso de ellas, al margen de sus fines humanitarios, con objeto de realizar actos perjudiciales para el enemigo...".

gación de protegerlas recae tanto en el agresor como en el defensor: por un lado, el beligerante atacante tiene la obligación de no golpear los hospitales; por el otro, el beligerante atacado tiene la obligación de señalar esos edificios o lugares de asilo con signos visibles especiales (art. 27.° del Reglamento IV de La Haya de 1907).

Una etapa fundamental que introduce una normativa orgánica para la protección de las estructuras y del personal sanitarios, es la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949,[23] seguida por la adopción de los dos Protocolos adicionales de 1977.[24] Estos dos instrumentos obligan a las Partes en conflicto a respetar, proteger y no atacar "las unidades sanitarias en todo momento" (art. 12.° del Protocolo I y art. 11.° del Protocolo II);[25] es decir, que la protección se aplica tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales (además, para esta última categoría de conflicto la inmunidad de los ataques se encuentra incluida en el art. 3.° común de los Convenios de Ginebra). Y como es reconocido también por los Estados no Partes a los Protocolos, la obligación de no atacar las unidades sanitarias ha adquirido un valor consuetudinario.[26]

23 Convenio I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), artículos del 18.° al 23.°; Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), artículos del 22.° al 37.°; Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), artículos del 18.° al 23.°.

24 Art. 8.°, letra e), y artículos del 12.° al 31.° del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977; artículos del 7.° al 12.° del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

25 El Protocolo I define las unidades sanitarias como "los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades similares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de esas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales" (art. 8.°, letra e). Aunque falte una definición de "unidades sanitarias" en el Protocolo II, se puede entender que este término se aplica en el mismo sentido en los conflictos armados no internacionales; como es destacado por Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987), pár. 4711: "The term "medical unit" is a generic term covering both permanent units, which stay where they are (hospitals, laboratories, equipment depots etc.), and mobile medical units, which may be moved as required (field hospitals, first aid posts, ambulances etc.".

26 Para la práctica de los Estados, ver: Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho*

La novedad introducida por los Protocolos es un régimen de protección especial,[27] a la sazón que las unidades sanitarias reciben una *garantía reforzada* en comparación con otras categorías de bienes civiles, tales como viviendas o escuelas. Si en general los bienes civiles son inmunes a los ataques en virtud del principio de distinción, como es bien sabido los llamados bienes civiles "de doble uso" pueden convertirse en objetivo militar cuando cumplan los criterios cumulativos previstos en el art. 52.° del Protocolo I (que reafirma una normativa consuetudinaria),[28] es a decir, cuando por un lado, "por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar" y, por el otro, "cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida". Pero, en contra, los bienes civiles a los que se aplica una protección especial, como los hospitales, pierden la inmunidad del ataque solo en condiciones más restrictivas previstas por la norma específica que los protege, esto es, el artículo 12.° del Protocolo I y el artículo 11.° del Protocolo II mencionados anteriormente.

De hecho, la regla general que obliga a las partes beligerantes a respetar y proteger las unidades sanitarias "en todo momento", solo podrá ser derogada cuando "se haga uso de ellas, al margen de sus fines humanitarios, con objeto de realizar actos perjudiciales para el enemigo" (art. 13.° del Protocolo I).[29] Eso quiere decir que una unidad sanitaria pierde la inmunidad de los ataques cuando se inscribe solo en una de las condiciones enumeradas en la definición de objetivo militar mencionada más arriba; esto es, cuando por su *utilización* favorece el esfuerzo bélico de un beligerante. Solo esta característica de la unidad sanitaria —el uso— implica la "transformación" de bien civil en objetivo militar, y no las demás que caracterizan un bien de doble uso (natura-

---

internacional humanitario consuetudinario Vol. I (Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007): p. 103 y ss.

27 La protección especial es reconocida por el derecho consuetudinario también a otros bienes civiles: monumentos, lugares de culto, bienes para uso médico o religioso, con fines humanitarios, bienes culturales, zonas protegidas, obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas (es decir, presas y centrales nucleares para la producción de energía eléctrica) y el medio ambiente (artículos del 52.° al 56.° del Protocolo I).

28 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *Op. Cit.* pp. 34 y ss.

29 Del mismo tenor es el artículo 11.°, pár. 2, del Protocolo II: "La protección debida a las unidades y a los medios de transporte sanitarios solamente podrá cesar cuando se haga uso de ellos con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias".

leza, ubicación, finalidad).[30] Como se destaca en el Comentario de 1987 del Comité Internacional de La Cruz Roja, "if the medical unit is used to commit acts which are harmful to the enemy, it actually becomes a military objective which can legitimately be attacked, and even destroyed".[31] Por ejemplo, en el caso *Galić* el Tribunal Internacional para la exYugoslavia confirmó que el Hospital de Koševo, utilizado como base de las Fuerzas Armadas de Bosnia-Herzegovina para disparar contra las fuerzas del Ejército de la República Serbia se convirtió en un objetivo militar.[32]

Si, por lo tanto, se asume que la *ubicación* de una unidad sanitaria no implica la pérdida de inmunidad de los ataques, en el conflicto en Siria resultan prohibidos los ataques contra aquellos hospitales que las fuerzas gubernamentales consideran blancos solo porque están ubicados en áreas bajo control de las fuerzas de oposición al régimen sirio y que son bombardeados solo para hacer estas áreas inhabitables a la población civil por estar privados de asistencia sanitaria.[33]

Dicho esto, la normativa pertinente —tanto con respecto a los conflictos internacionales como a los interiores— especifica qué tipo de uso de la unidad sanitaria determina la pérdida de inmunidad de los ataques. Su protección podrá cesar solo cuando sea utilizada con la específica intención de dañar al enemigo ("al margen de sus fines humanitarios, con objeto de realizar actos perjudiciales para el enemigo": art. 13.°, par. 1, del Protocolo I; "con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias": art. 11.°, par. 2, del Protocolo II).[34]

Esto quiere decir que ciertos actos, aunque perjudiciales para el enemigo, pueden ser compatibles con su función humanitaria, y como tales pueden cometerse lícitamente; en otras palabras, podría ocurrir que al mismo tiempo un

30 La diferencia entre "finalidad" y "utilización" es que el criterio de finalidad se refiere al uso futuro previsto de un objeto, mientras que el de utilización se refiere a su función actual: Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, *Op. Cit.,* pár. 2022.

31 *Ibídem*, pár. 555. Ejemplos de acciones que determinan la pérdida de la inmunidad de las unidades sanitarias podrían ser la utilización de un hospital como refugio para combatientes o fugitivos sanos; como depósito de armas o municiones; o, como puesto de observación militar. Ibídem, pár. 551.

32 Prosecutor v. Stanislav Galić, juicio del 30 de noviembre de 2006, pár. 340.

33 Por ejemplo, en Idlib numerosas instalaciones médicas resultaron dañadas o completamente destruidas por las hostilidades, y muchas mujeres se vieron obligadas a dar a luz en olivares, sin la necesaria asistencia prenatal y postnatal. Ver: "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria", Consejo de Derechos Humanos, doc. NU A/HRC/42/51, 15 de agosto de 2019, pár. 90.

34 Esta excepción ya estaba prevista en los Convenios de Ginebra I (art. 21.°) y IV (art. 19.°).

acto cometido de conformidad con la función humanitaria de una unidad médica sea dañino para el enemigo o podría interpretarse incorrectamente en este sentido. Por ejemplo, se podría pensar en una ambulancia que, durante una misión de socorro, se pare debido a una avería, bloqueando así un cruce de importancia militar; o en un aparato de radio X que interfiere con la transmisión o recepción de mensajes inalámbricos en una ubicación militar, o con el funcionamiento de una unidad de radar.[35] Así que parece que la discriminante es la voluntad de usar una unidad médica o un aparato médico para menoscabar deliberadamente el esfuerzo bélico de un beligerante (en los ejemplos citados es evidente la falta de voluntad de dañar a un beligerante).

La normativa pertinente subraya también que todas aquellas circunstancias que sirven para garantizar la protección de la unidad médica (el personal sanitario que lleva arma ligeras para su defensa y la de los enfermos; la custodia de la unidad por centinelas o por una escolta) y la presencia en la unidad de armas portátiles y municiones recogidas a los heridos y enfermos no entregadas todavía al servicio competente, no determinan la pérdida de la inmunidad de los ataques, pue son e trata de situaciones perjudiciales para el enemigo.

Por supuesto, ni la presencia de combatientes por razones médicas en un hospital priva a esta estructura de su inmunidad (art. 13.°, par. 2, del Protocolo I).[36] Por ende, parecen totalmente ilícitos los asaltos llevados a cabo por las fuerzas gubernamentales sirias de aquellos hospitales "culpables" de cuidar y prestar asistencia médica a los combatientes heridos de los grupos armados antigubernamentales; así como contrarios al derecho humanitario resultan los arrestos y detenciones de heridos internados con heridas de bala o metralla, como prueba de su participación en actividades de oposición.[37]

Dicho esto, cabe también recordar que, aunque las Partes en conflicto no puedan utilizar las unidades sanitarias para poner objetivos militares a cubierto de los ataques (art. 12.°, par. 4, del Protocolo I),[38] en el conflicto en Siria han sido varios casos en los que los beligerantes colocaron militares, armas

35 Ver: Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, *Op. Cit.,* pár. 552.

36 Ver: Convenio de Ginebra I (art. 22.°) y Convenio de Ginebra IV (art. 19.°).

37 Human Rights Council, *Op. Cit.,* pár. 11, pár. 32.

38 Por lo que respecta a los conflictos de carácter no internacional, se puede entender que esta prohibición queda incluida en la disposición que prohíbe el uso de unidades sanitarias para realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias (art. 11.°, pár. 2, del Protocolo II).

y municiones en los hospitales desde donde lanzar ataques contra las fuerzas enemigas.[39]

Finalmente, se puede recordar brevemente que en un conflicto armado las garantías fundamentales de los derechos humanos no cesan y protegen siempre al individuo. Como ha destacado la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva de 2004 sobre la construcción de un muro en Palestina, "the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict".[40] Por ende, las partes beligerantes deberán respetar las disposiciones pertinentes de fundamentales instrumentos convencionales para la protección de los derechos humanos, como el Pacto sobre los derechos civiles y políticos y el Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho a la salud, por ejemplo, tiene que ser siempre garantizado en cualquier escenario, de paz o de guerra; el art. 12.° del Pacto sobre los derechos económicos pide a los Estados Partes garantizar "el más alto nivel posible de salud física y mental". Por supuesto, "el más alto nivel" hay que evaluarlo a la luz del acontecimiento en el que se exige su respeto; en el sentido que, como pone de relieve la misma CIJ, el derecho humanitario se pone, con respecto al derecho de los derechos humanos, como *lex specialis*. Es a decir que el beligerante, aunque en un escenario difícil como el de guerra, tiene que adoptar, con la diligencia posible, todas las medidas necesarias para garantizar lo más posible la salud y el acceso a la asistencia médica de los que no participan (o no participan más) en las hostilidades.

La Criminalización de los ataques contra las unidades sanitarias

El informe de 2013 de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria hace hincapíe (pero esta observación podría trasladarse a otros conflictos) en que "the pattern of attacks indicates that Government forces deliberately targeted hospitals and medical units to gain military advantage by depriving anti-Government armed groups and their perceived supporters of medical assistance".[41] Se trata de una verda-

39 Human Rights Council, *Op. Cit.,* par. 15 y ss.

40"Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory", International Court Of Justice, Advisory Opinion, 9 de julio de 2004, pár. 106:

"The Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as lex specialis, international humanitarian law".

41 Human Rights Council, *Op. Cit.*, pár. 5.

dera estrategia de guerra, basada en ataques deliberados contra unidades sanitarias y ambulancias. Además, estos bombardeos contra los hospitales se caracterizan por una falta absoluta de advertencia, exigida por la normativa internacional para minimizar el posible asesinato de civiles (Art. 13.°, par. 1, del Protocolo I).[42] Esta falta de intimación y la ausencia de objetivos militares dentro o cerca de los hospitales son la prueba de que los ataques deliberados contra infraestructura médicas constituyen el crimen de guerra de atacar intencionadamente bienes protegido[43], sancionado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional tanto en los conflictos armados internacionales (art. 8.°, par. 2, letra b) (ix)), como en los no internacionales (art. 8.°, par. 2, letra e) (iv)). Según estas normas, constituye un crimen de guerra "dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares".

Pero esta disposición puede plantear una incertidumbre interpretativa. Como se expone en párrafos anteriores, la protección debida a las unidades sanitarias civiles puede cesar cuando se haga uso de ellas para actos perjudiciales para el enemigo; es decir, cuando sean utilizadas para dañar al enemigo, estas infraestructuras se vuelven un objetivo militar.

---

42 Art. 13.°, pár. 1, del Protocolo I: "… La protección cesará únicamente después de una intimación que, habiendo fijado cuando proceda un plazo razonable, no surta efectos". La práctica de los Estados especifica que antes de atacar una unidad sanitaria que se esté utilizando para cometer actos perjudiciales para el enemigo deberá hacerse una advertencia estableciendo, cuando proceda, un plazo razonable, y que el ataque solo podrá perpetrarse cuando la advertencia no surta efectos: Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *Op. Cit.*, p. 109.

43 Ver: "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria", Consejo de Derechos Humanos, doc. NU A/HRC/37/72, 1 de febrero de 2018, p. 33, pár. 21: "Pro-Government forces continue to deliberately target medical infrastructure as part of a warring strategy, constituting the war crime of intentionally targeting protected objects. Deliberate attacks against ambulances further amount to the war crimes of intentionally attacking medical transport".

Ibídem, p. 18, pár. 74: "Esa falta de advertencia y la ausencia de objetivos militares dentro o cerca de los hospitales demuestran que las fuerzas progubernamentales atacan deliberadamente las infraestructuras médicas y que esta táctica forma parte de su estrategia bélica, lo que constituye el crimen de guerra de atacar intencionadamente bienes protegidos. Además, los ataques deliberados a ambulancias y personal sanitario constituyen los crímenes de guerra de realizar ataques intencionados contra transportes sanitarios y personal médico".

Ibídem, p. 27, pár. 27: "Throughout the entire Syrian conflict, in no instances has the Commission documented that pro-Government forces ever gave warning prior to attacking hospitals or medical units. Such attacks constitute the war crime of intentionally targeting protected objects".

Este es el régimen de protección reforzada, que solo presta atención al *uso* (y no a la naturaleza, ubicación o destino del bien) como circunstancia que determina la pérdida de la inmunidad de los ataques. En contra, para el art. 8.° del Estatuto de la CPI se comete un crimen contra unidades sanitarias "a condición de que no sean objetivos militares"; es decir que el Estatuto de la CPI parece que tiene en cuenta cada una de las cuatro situaciones (naturaleza, ubicación, uso y destino) con las que un bien civil se vuelve un objetivo militar, perdiendo su inmunidad; mientras que la normativa de Ginebra permite un ataque contra las unidades sanitaria solo cuando se realice el elemento del uso. En otras palabras, la normativa ginebrina parece más garantista para las unidades sanitarias, en cuanto un crimen de guerra se cometería al atacarlas no solo por su uso, sino por las demás situaciones (naturaleza, ubicación, y destino). En este orden de ideas, con el régimen del Estatuto de Roma se perdería la garantía especial reconocidas a las unidades sanitarias.

Conclusiones

Las últimas décadas han sido testigos de varios conflictos (internos e internacionales) que se caracterizan por una amplia gama de violaciones contra las unidades médicas y el personal sanitario, categorías de bienes y personas civiles a los que el derecho humanitario reconoce una protección especial por el hecho de que realizan acciones de socorro de quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades.

A pesar de que la normativa existente resulta lo bastante detallada y obliga a las partes en un conflicto a adoptar medidas adicionales y específicas antes de atacar estos objetivos, las acciones por parte de las partes beligerantes demuestran un incumplimiento constante de todas las medidas de precaución exigidas.

Esta situación parece determinada por varias causas (que, por otra parte, son comunes a las violaciones de otras normas del derecho humanitario destinadas a proteger a las personas y los bienes civiles). En principio, una ignorancia básica y culpable del cuerpo normativo pertinente por parte de los miembros de las fuerzas armadas; no solo de los combatientes miembros de los grupos armados organizados que en varios escenarios bélicos actúan contra las fuerzas armadas gubernamentales, sino de los mismos miembros de los ejércitos estatales (y de los miembros de grupos armados proguberna-

mentales). La norma del Protocolo I que prevé la obligación para los Estados de "difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los Convenios y el presente Protocolo en sus países respectivos y, especialmente, a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar" (art. 83.°, par. 1) ha asumido a través de la práctica de los Estados un valor consuetudinario (más genéricamente, el art. 19.° del Protocolo II declara que este instrumento "deberá difundirse los más ampliamente posible").[44]

Además, las Partes en conflicto deben exigir a sus jefes militares que "tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo" (art. 87.°, par. 2, del Protocolo I); por ende, esta norma hace a los jefes militares responsables de la formación de los efectivos que estan bajo sus órdenes. Su obligación de asegurarse de que los miembros de las fuerzas armadas conozcan sus obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario figura en numerosos manuales militares, incluidos los manuales de Estados que no son Partes en el Protocolo adicional I.[45]

Esta falta de conocimiento es consecuencia directa de la brutalización y inhumanidad, aún más si es posible, de la guerra. Los combatientes enemigos,

---

44 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *Op. Cit.*, p. 566. El deber de los Estados de enseñar el derecho internacional humanitario a sus fuerzas armadas se codifica por primera vez en el Convenio de Ginebra de 1906 para la protección de los heridos o enfermos en campaña (art. 26.°), y en el Convenio de Ginebra de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña (art. 27.°); se reafirma en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales en la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales (art. 25.°) y su Segundo Protocolo (art. 30.°), y en la Convención de Ginebra da 1980 sobre ciertas armas convencionales (art. 3.°). Estos instrumentos especifican que la obligación de enseñar el derecho internacional humanitario a las fuerzas armadas se aplica tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado.

45 Ibídem, p. 569. Por ejemplo, la comisión creada en Canadá para investigar las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas por fuerzas canadienses de mantenimiento de la paz en Somalia consideró en su informe de 1997 que "training is one of the fundamental elements of preparing troops for operations... It is therefore to be expected that commanders at all levels of the chain of command, even the highest, pay particular attention to the training of a contingent, both to supervise and assess the preparations and, through their presence, to demonstrate their personal interest in and commitment to the operation that their troops are about to under take"; "leaders at all levels of the chain of command… failed to provide adequate supervision of the training preparations". "Practice Relating to Rule 142. Instruction in International Humanitarian Law within Armed Forces", International Committee of the Red Cross, consultado el 30 de noviembre de 2020, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/cihlweb2.nsf/docindexeng-print/v2_cou_ca_rule142_sectionb_

y sobre todo los civiles "enemigos", no son considerados como pertenecientes a la humanidad; por tanto, en cuanto infrahumanos, pueden ser aniquilados sin ningún tipo de remordimiento. Se golpea deliberatamente a los civiles para derribar y destrozar la moral del enemigo y este objetivo se alcanza también (y sobre todo) golpeando hospitales y personal sanitarios, es decir, esas figuras más que sagradas en el curso de un conflicto. Es prueba de esto, por ejemplo, el hecho de que en Siria no hay constancia de ningún caso en que las fuerzas progubernamentales o los grupos armados advirtieran antes de atacar hospitales, establecimientos médicos o centros de protección civil. Esa falta de advertencia y la ausencia de objetivos militares dentro o cerca de los hospitales demuestran la voluntad de atacar deliberadamente las infraestructuras médicas, táctica que forma parte de la estrategia bélica y que constituye el crimen de guerra de atacar intencionadamente bienes protegidos.

En segundo lugar, el aumento de los ataques a las estructuras sanitarias parece relacionado con una cierta tendencia a ampliar la noción de objetivo militar, aunque la definición del art. 52.° del Protocolo I sea generalmente aceptada por todos los Estados, también por aquellos que no son partes de este instrumento.

Por ejemplo, volviendo al ataque contra el hospital de Kunduz, se puede recordar que, dos días antes del bombardeo, un funcionario del gobierno estadounidense haya preguntado a MSF si el hospital tenía "a large number of Taliban holed up":[46] con esta pregunta, ¿se podría entender que los Estados Unidos estaban tomando en cuenta la posibilidad de atacar el hospital para golpear a los Talibanes presentes? Siendo así, ¿considerarían objetivo militar legítimo un hospital que atiende a combatientes enemigos heridos? Esto plantearía serias dudas en cuanto a la conformidad con el derecho humanitario, de una ampliación de la noción de objetivo militar, resultando en una clara negación del dato normativo que sanciona la inmunidad de las unidades sanitarias cuando traten a militares enemigos heridos. En verdad, esta conclusión no parece conforme con lo destacado por el Manual de guerra de 2015 de los Estados Unidos, que justamente confirma que "the fact that sick or wounded members of the armed forces are nursed in these hospitals… shall not be considered acts harmful to the enemy".[47] Del mismo modo, se plantearían

46 "Initial MSF internal review: Attack on Kunduz Trauma Centre, Afghanistan", *Op. Cit.,* p. 5.

47 "Manual of the Law of War", Departamento de Defense de los Estados Unidos, junio de 2015, pár. 7.17.1.1, p. 501.

objeciones a esta acción incluso si los combatientes talibanes se hubieran atrincherado adentro para abrir fuego contra las fuerzas estadounidenses o gubernamentales afganas: en este caso, con la intención de dañar al enemigo, el hospital se hubiera podido considerar un objetivo legítimo; pero la muerte de 42 personas civiles fallecidas como resultado del bombardeo realizado por Estados Unidos parece en absoluto desproporcionada.

También pueden plantearse dudas en lo que respecta a la noción de objetivo militar y la conducción de las hostilidades por las fuerzas armadas israelíes en la guerra de Gaza (diciembre 2008 a enero 2009). Como ha destacado la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza en su informe de septiembre de 2009 (conocido también como Informe Goldstone), "la concepción militar israelí de lo que era necesario en una futura guerra con Hamas parece haberse ido elaborando por lo menos desde la época del conflicto de 2006 en el Líbano meridional.[48] Encuentra su origen en una doctrina militar que considera que una destrucción desproporcionada y la creación de una máxima perturbación de las vidas de numerosas personas es un medio legítimo para lograr objetivos militares y políticos. Mediante su concepción excesivamente amplia de la 'infraestructura de apoyo', las fuerzas armadas israelíes han procurado dar a sus actividades un alcance que estaba destinado a tener consecuencias inevitablemente terribles para los no combatientes en Gaza".[49]

48 En sus operaciones en el Líbano meridional en 2006, surgió del pensamiento militar israelí un concepto conocido como la doctrina Dahiya, como resultado del enfoque adoptado en el barrio de Beirut que lleva ese nombre. El general de división Gadi Eisenkot, jefe del mando septentrional de Israel, expresó así la premisa de la doctrina: "Lo que sucedió en el barrio de Dahiya de Beirut en 2006 sucederá en cada una de las aldeas desde las que se dispara a Israel. […] Aplicaremos una fuerza desproporcionada sobre ella y causaremos grandes daños y destrucción allí. Desde nuestro punto de vista, esas no son aldeas civiles, son bases militares. […] Esto no es una recomendación. Es un plan. Y ha sido aprobado". "Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza", Consejo de Derechos Humanos, doc. NU A/HRC/12/48, 25 de septiembre de 2009, pár. 1194 y s. Después de la guerra en el Líbano meridional en 2006, varios antiguos altos mandos militares parecieron desarrollar el pensamiento en que se basaba la estrategia enunciada por el general Eiskenot. En particular, el general de división (retirado) Giora Eiland ha argumentado que, en caso de otra guerra con Hezbolá, el objetivo no debe ser la derrota de Hezbolá, sino "la eliminación de las fuerzas militares libanesas, la destrucción de la infraestructura nacional y un intenso sufrimiento en la población… Infligir daños graves a la República del Líbano, destruir viviendas e infraestructura, y causar sufrimiento a cientos de miles de personas son consecuencias que pueden influir en la conducta de Hezbolá más que ninguna otra cosa": *Ibídem*, pár. 1196.

49 "Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza", Consejo de Derechos Humanos, doc. NU A/HRC/12/48, 25 de septiembre de 2009, pár. 1213 y s. Se atribuye

Parece, entonces, que es en esta óptica que hay tener en cuenta las violaciones contra las unidades hospitalarias y las ambulancias de la Franja de Gaza, comprobadas por la Misión de investigación;[50] violaciones que hay que insertarlas en un marco de "destrucción desproporcionada", en la que "la violencia contra los civiles formaban parte de una política deliberada".[51] Por ende, "hay fundamento razonable para considerar que el hospital y el garaje de ambulancias, así como las ambulancias mismas, fueron objeto de un ataque directo por parte de las fuerzas armadas de Israel que se encontraban en la zona en ese momento, y que no se puede describir en ningún sentido que el hospital haya sido en ese momento un objetivo militar".[52] Además, teniendo en cuenta el uso de particulares armas como el fósforo blanco y el hecho de que las fuerzas armadas israelíes sabían que en los hospitales atacados había solo heridos y varios cientos de civiles, las fuerzas armadas de Israel en esas circunstancias infringieron el artículo 18.° del Cuarto Convenio de Ginebra e infringieron el derecho internacional consuetudinario en lo que respecta a la proporcionalidad.[53]

Se puede considerar que respetar la obligación de distinción es tanto más problemático cuando un conflicto armado se desarrolla en un escenario urbano, con todo lo que consigue también en término de protección de unidades médicas y personal sanitario; pero esta dificultad debería traducirse en una mayor atención y diligencia por parte de los beligerantes en la toma de decisión y actuación, con pleno respeto del principio de precaución que debería siempre ser el punto de referencia para el beligerante.

---

al Segundo Jefe de Estado Mayor, general de división Dan Harel, una formulación de objetivos que admite explícitamente que dentro de la estrategia israelí se toma intencionalmente como objetivos a bienes de carácter civil. Mientras las operaciones militares israelíes en Gaza estaban en marcha, se informó que el general de división Harel había dicho en una reunión con autoridades locales del sur de Israel: "Estamos tratando de lograr un objetivo elevado que hemos fijado. Esta operación es diferente de operaciones anteriores. Estamos golpeando no solo a los terroristas y las plataformas de lanzamiento, sino también a todo el Gobierno de Hamas y todas sus alas. […] Estamos golpeando edificios gubernamentales, fábricas de producción, alas de seguridad y más. Estamos haciendo efectiva la responsabilidad gubernamental de Hamas y no estamos haciendo distinciones entre las diversas alas. Después de esta operación no quedará en pie ningún edificio de Hamas en Gaza y nos proponemos cambiar las reglas del juego". *Ibídem*, pár. 1212.

50 Ver: *Ibídem*, pár. 466 y ss.

51 *Ibídem*, pár. 1215.

52 *Ibídem*, pár. 623

53 *Ibídem*, pár. 629.

Por otra parte, como bien observó el Tribunal para la exYugoslavia en el caso *Tadić*:

> internal armed conflicts have become more and more cruel and protracted, involving the whole population of the State where they occur: the all-out resort to armed violence has taken on such a magnitude that the difference with international wars has increasingly dwindled… It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned. Why protect civilians from belligerent violence, or ban rape, torture or the wanton destruction of hospitals, churches, museums or private property, as well as proscribe weapons causing unnecessary suffering when two sovereign States are engaged in war, and yet refrain from enacting the same bans or providing the same protection when armed violence has erupted "only" within the territory of a sovereign State? If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight.[54]

En definitiva, cualquiera sea la naturaleza del conflicto armado y de las partes enfrentadas, siempre se deberá velar por la protección reforzada de las unidades sanitarias, lo que responde a la dimensión de humanidad que subyace e inspira al derecho internacional humanitario.

Bibliografía

Consejo de Derechos Humanos. "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria". NU A/HRC/37/72, 1 de febrero de 2018.

Departamento de Defense de los Estados Unidos. "Manual of the Law of War", junio de 2015.

Fouad, Fouad M. *et. al*. "Health Workers and the Weaponisation of Health Care in Syria: A Preliminary Inquiry for The Lancet–American University of Beirut Commission on Syria". *Lancet* (2017).

Hayes Wong, C. y Yen-Ting Chen, Christine. "Ambulances under Siege in Syria". *BMJ Glob Health* (2018).

Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario Vol. I*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.

Human Rights Council. "Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic – Assault on Medical Care in Syria". NU A/HRC/24/CRP.2, 13 de septiembre de 2013.

Human Rights Watch. "Yemen: Coalition Airstrikes Hit Hospital", 27 de octubre de 2015. Consultado el 21 de noviembre de 2020. www.hrw.org/news/2015/10/27/yemen-coalition-airstrikes-hit-hospital

54 Prosecutor v. Dusko Tadić, decisión, 2 de octubre de 1995, pár. 97.

International Committee of the Red Cross. "Practice Relating to Rule 142. Instruction in International Humanitarian Law within Armed Forces". Consultado el 30 de noviembre de 2020. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/cihlweb2.nsf/docindexeng-print/v2_cou_ca_rule142_sectionb

International Court Of Justice. "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory". Advisory Opinion, 9 de julio de 2004.

Medecins Sans Frontiers. "Initial MSF internal review: Attack on Kunduz Trauma Centre, Afghanistan", noviembre de 2015. Consultado el 21 de noviembre de 2020. www.msf.fr/sites/default/files/review_final_041115_for_public_release.pdf

New York Times. Rosenberg, Matthew. "Pentagon Details Chain of Errors in Strike on Afghan Hospital", 29 de abril de 2016. Consultado el 30 de noviembre de 2020. www.nytimes.com/2016/04/30/world/asia/afghanistan-doctors-without-borders-hospital-strike.html

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. "Los niños y los conflictos armados. Informe del Secretario General". NU A/70/836-S/2016/360, 20 de abril de 2016.

Pankhurst, Richard. "Il bombardamento fascista sulla Croce Rossa durante l'invasione dell'Etiopia (1935-1936)". *Studi Piacentini* (1997).

Physicians for Human Rights. "Anatomy of a Crisis. A Map of Attacks on Health Care in Syria". Consultado el 21 de noviembre de 2020. https://s3.amazonaws.com/PHR_syria_map/findings.pdf.

Physicians for Human Rights. "Beyond Imagination: Seven Years of Conflict in Syria", marzo de 2018. Consultado el 22 de noviembre de 2020. https://phr.org/wp-content/uploads/2018/03/Syria_2018_Anniversary.pdf

Sandoz, Yves; Swinarski, Christophe y Zimmermann Bruno. *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987.

Sparrow, Annie. "Syria's Assault on Doctors". *The New York Review*, 3 de noviembre de 2013. Consultado el 23 de noviembre de 2020. https://www.nybooks.com/daily/2013/11/03/syria-assault-doctors/

Syrian American Medical Society. "Saving Lives Underground: The Case for Underground Hospitals in Syria", marzo de 2017. Consultado el 24 de noviembre de 2020. https://www.sams-usa.net/wp-content/uploads/2017/05/Saving-Lives-Underground-report.pdf

United Nations Yemen. "Attacks on Marib Hospitals Limit Medical Services Available to Thousands of Displaced People", 10 de febrero de 2020. Consultado el 21 de noviembre de 2020. https://yemen.un.org/index.php/en/45126-attacks-marib-hospitals-limit-medical-services-available-thousands-displaced-people

US Today. "Azerbaijan hits maternity hospital in conflict with Armenia over Nagorno-Karabakh", 29 de octubre de 2020. Consultado el 21 de noviembre de 2020. https://eu.usatoday.com/story/news/world/2020/10/29/azerbaijan-hits-hospital-dispute-armenia-over-nagorno-karabakh/6073536002/

CAPÍTULO XXII

Relaciones internacionales y desinformación. Operaciones de ciberinfluencia en las zonas grises del derecho internacional

Jerónimo Domínguez Bascoy[1]

A partir del impacto de las nuevas tecnologías se exploran las lagunas o vacíos legales en la arena internacional que posibilitan —tanto a Estados como a actores no estatales— el desarrollo de operaciones de *ciberinfluencia* tales como desinformación e intentos de influir en la opinión y en las decisiones políticas, en el dominio del ciberespacio, además de posibles respuestas conforme al Derecho Internacional.

El papel de la desinformación en las relaciones internacionales

No pueden existir hoy muchas dudas acerca de que, como señala M. Severin[2], la información ha devenido en algo susceptible de ser usado como arma y la desinformación se ha convertido en un incisivo instrumento del poder estatal. En el ámbito de las relaciones internacionales, la desinformación alude a la

1 Oficial General del Cuerpo Jurídico Militar español. Magister en Seguridad y Defensa por la Universidad Complutense de Madrid (2013), habiendo cursado en el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN) el LVII Curso Monográfico de Defensa Nacional sobre "La Desinformación y su impacto en la Seguridad Nacional" (2020). Presta actualmente servicio en el Tribunal Militar Central, con sede en Madrid.

2 Malin Severin, "Russian Activities in Africa (Continued)", en *Russian Strategic Intentions, A Strategic Multilayer Assessment White Paper*, Departamento de Defensa de los EEUU (2019), https://nsiteam.com/sma-white-paper-russian-strategic-intentions/

diseminación deliberada por un Estado (o por determinados actores no estatales) de información falsa o manipulada con el objetivo primario de engañar o confundir a la población de otros Estados, sembrando así la discordia entre los diversos grupos que integran dicha población. El objetivo estratégico que se busca con la desinformación es, esencialmente, obtener un beneficio de las decisiones que, como consecuencia de las discordias suscitadas, adopten las autoridades del Estado víctima y, en última instancia, conseguir así un aumento de la propia influencia en la esfera internacional. Puede por ello decirse que la desinformación o la manipulación de la información constituyen instrumentos dentro del arsenal con que cuentan los Estados para el desarrollo de su política exterior.

Como tal instrumento de política exterior, la desinformación suele formar parte de un mucho más amplio y peligroso complejo de acciones estatales conducidas a través del ciberespacio, en forma de ciberoperaciones maliciosas de diverso carácter, características de lo que se conoce como "guerra híbrida". Originalmente concebido este término para expresar la convergencia de distintos modos de combate, actos de terrorismo y criminalidad para producir una forma híbrida de guerra, ha visto, sin embargo, ampliado su inicial sentido de forma que, como nos recuerda A. Sari[3], hoy el término se emplea principalmente para referirse al uso sincronizado de múltiples recursos de poder por parte de actores estatales y no estatales para explotar las vulnerabilidades de otra nación u organización en todo el espectro de sus funciones sociales.

Así, utilizando una combinación de medidas coercitivas y no coercitivas para atacar las vulnerabilidades políticas, militares, económicas, sociales, informativas y de infraestructura de una organización estatal o internacional, los adversarios híbridos pueden evitar la confrontación militar abierta, logrando grandes beneficios estratégicos. La noción de guerra híbrida ha evolucionado, por tanto, desde una idea relativamente restringida diseñada para describir el carácter cambiante de la guerra a una noción más amorfa sobre la naturaleza y las modalidades de la competición estratégica contemporánea.

Aunque suele repetirse que desinformación y propaganda han estado desde siempre unidas a la política exterior de los Estados tanto en tiempo de paz

3 Aurel Sari, "The Mutual Assistance Clauses of the North Atlantic and EU Treaties: The Challenge of Hybrid Threats", *Harvard National Security Journal* 10 (2019), https://harvardnsj.org/wp-content/uploads/sites/13/2019/06/Mutual-Assistance-Clauses-of-the-North-Atlantic-and-EU-Treaties.pdf

como en guerra, no puede perderse de vista que la actual desinformación ha experimentado una esencial mutación que la diferencia de precedentes formas de manipulación de la información en la esfera internacional. Es, concretamente, la evolución tecnológica lo que ha marcado la diferencia, constituyendo las redes sociales el medio en el que prolifera la actual desinformación. Como señalan T. Hwang y L. Rosen[4], las características únicas del entorno *online* y los avances tecnológicos parecen estar listos para dar lugar a una nueva generación de técnicas que amplían enormemente su alcance y eficacia. Mientras que los intentos anteriores de manipular la opinión pública eran caros, lentos, deficientes en datos y atribuibles, las técnicas contemporáneas son baratas, rápidas, ricas en datos y difíciles de atribuir, factores que determinan que estas técnicas sean considerablemente más desestabilizadoras para el entorno internacional.

La desinformación realizada por ciertos Estados y actores no estatales es a menudo presentada como una grave amenaza para las democracias occidentales. La conciencia del peligro que representa la manipulación de la información con un propósito político ha aumentado de manera muy pronunciada tras repetidos episodios de interferencia extranjera en los procesos políticos de países occidentales, especialmente durante campañas electorales.

En el informe de Freedom House sobre libertad en la red correspondiente al año 2019[5], tras hacerse notar que las plataformas digitales se han convertido en el nuevo campo de batalla para la democracia y que las principales potencias autoritarias como Rusia y China han estado implicadas en ciberataques y guerras de información vinculadas a elecciones en Estados democráticos, se señala que, sin embargo, en la mayoría de los países evaluados fueron actores domésticos quienes abusaron de la tecnología de la información para subvertir el proceso electoral. En los 30 países que celebraron elecciones o referéndums durante el período de evaluación, Freedom House encontró tres formas distintas de interferencia electoral digital: medidas informativas, en las cuales las discusiones en línea se manipulan subrepticiamente en favor del gobierno o de partidos concretos; medidas técnicas, que se utilizan para res-

4 Tim Hwang y Lea Rosen, "Harder, Better, Faster, Stronger: International Law and the Future of Online PsyOps", *University of Oxford ComProp Working Paper* 1 (Enero 2017), http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/89/2017/02/Comprop-Working-Paper-Hwang-and-Rosen.pdf

5 Freedom House, *Freedom on the Net 2019. The Crisis of Social Media* (Estados Unidos: 2019), https://freedomhouse.org/sites/default/files/2019-11/11042019_Report_FH_FOTN_2019_final_Public_Download.pdf

tringir el acceso a las fuentes de noticias, herramientas de comunicación y en algunos casos toda la internet; y medidas legales, que las autoridades aplican para castigar a los opositores al régimen y enfriar la expresión política.

Llegados a este punto, y siguiendo a A. Gerrits[6], la cuestión que debemos preguntarnos a continuación es la de si hoy la desinformación constituye realmente una amenaza para la seguridad. Señala este autor que la novedad esencial y el aspecto potencialmente más amenazante de la actual desinformación es el rápido desarrollo de la tecnología en combinación con la gran cantidad de usuarios potenciales. La tecnología define la amplitud, la anchura y la profundidad sin precedentes de la actual desinformación. Hace que la desinformación sea mucho más rápida, mucho más sofisticada y mucho más difícil de distinguir de la información veraz. Por su parte, el número de usuarios potenciales y agentes de desinformación ha crecido masivamente, otorgando una dimensión popular sin precedentes a lo que siempre ha sido un juego político elitista en el marco de la política exterior y las relaciones entre los Estados.

Desde el punto de vista de la seguridad, señala el citado A. Gerrits, la desinformación puede tener repercusiones tanto en el ámbito doméstico como en el internacional, por cuanto sus potenciales efectos pueden alcanzar tanto a la estabilidad en el orden político interno como a las relaciones internacionales. Sin embargo, lo cierto es que el foco se ha dirigido principalmente, muy en especial por parte de la Unión Europea, hacia el efecto presuntamente disruptivo que la desinformación tendría sobre las instituciones y procesos democráticos. En este punto, la potencial influencia de la desinformación depende en gran medida de su nivel de sofisticación y del contexto en que se usa. Es obvio que el nivel de vulnerabilidad dependerá de las peculiares circunstancias de cada sociedad, de modo que cuanto más polarizada esté una sociedad más susceptible será a los efectos de la manipulación política de la información.

La desinformación por sí sola no puede decirse que constituya una de las más trascendentales amenazas para la seguridad. Engañar, confundir y crear divisiones en la población de otros países puede ser un objetivo en sí mismo, pero para que la desinformación alcanzase consecuencias relevantes en el plano internacional sería preciso que la manipulación de partes significativas de

6 André W. M. Gerrits, "Disinformation in International Relations: How Important Is It?", *Brill Nijhoff Security and Human Rights* 29 (2018), https://brill.com/view/journals/shrs/29/1-4/article-p3_3.xml?language=en

la población se tradujese en políticas estatales concretas que reportaran un beneficio político para el Estado o actor manipulador. Gerrits cita al respecto el caso del Brexit: se trata de un suceso político de enorme trascendencia estratégica por cuanto debilita la posición global de la Unión Europea en provecho de sus competidores; lo que sucede, no obstante, es que no hay pruebas contrastadas de que el voto en el Brexit hubiera sido manipulado de un modo decisivo desde el exterior del Reino Unido. Puede, pues, razonablemente suponerse que las campañas de manipulación de la información no han tenido un impacto trascendental sobre la política exterior de Estados víctimas de la desinformación. Al igual que sucede en el ámbito interno, la desinformación en las relaciones internacionales parasita las preocupaciones y divisiones preexistentes, o dicho de otra forma, la manipulación de la información no crea las diferencias, sino que las explota. En suma, la naturaleza disruptiva de la desinformación produce, en términos generales, un deterioro en la esfera de las relaciones internacionales, sin llegar a ser, sin embargo, una amenaza significativa para la seguridad, dado que por sí sola no da lugar a cambios en el equilibrio internacional de poder.

Ocurre, no obstante, que la desinformación no es sino una de las variadas herramientas que los actores híbridos —estatales y no estatales— utilizan de forma sincronizada a la hora de intentar proyectar su poder en la esfera internacional mediante el ejercicio de operaciones varias de influencia, de entre las que la manipulación de la información no es sino una más. Es esencialmente el ciberespacio el entorno en el que en la actualidad se está desarrollando un conflicto ideológico en el que se utiliza toda una gama de recursos no convencionales situados bajo el umbral del uso de la fuerza. En este sentido, como dice Nestoras[7], la competición en el ciberespacio se está manifestando a modo de una guerra política que está poniendo a prueba los límites del orden mundial liberal nacido tras la Segunda Guerra Mundial.

Podemos afirmar con Bentzen[8] que los intentos de influir en la opinión y en las decisiones políticas más allá de las propias fronteras son parte integral de la naturaleza del poder y la geopolítica. Si en un pasado lejano Genghis

7 Antonios Nestoras, "Political Warfare: Competition in the Cyber Era", *Wilfried Martens Centre for European Studies Policy Brief* (Abril 2019), https://journals.sagepub.com/action/doSearch?target=default&ContribAuthorStored=Nestoras%2C+Antonios

8 Naja Bentzen, "Foreign influence operations in the EU", *European Parliamentary Research Service Briefing*, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625123/EPRS_BRI(2018)625123_EN.pdf

Khan y sus hombres esparcían rumores sobre su crueldad y su enorme número de jinetes para infundir temor y debilitar la resistencia del enemigo, hoy día las redes sociales combinan la tradicional comunicación oral con modernos medios electrónicos de diseminación que permiten transmitir mensajes —sean de información veraz, falsa o manipulada— a la velocidad de la luz.

Citando la conocida clasificación de Joseph S. Nye[9], refiere Bentzen que el éxito del denominado "soft power" —capacidad para persuadir y obtener una atracción positiva de otros actores para obtener los resultados apetecidos a través de medios culturales e ideológicos con el complemento de medios diplomáticos— frente al poder militar o "hard power" radica en la comunicación. Los Estados cuyas ideas y cultura dominante se corresponden con las normas globales preponderantes (democracia, pluralismo, imperio de la ley) y cuya credibilidad se sustenta en sus valores y políticas, son más propicios a generar mayor atracción. Por el contrario, los Estados autoritarios luchan por equilibrar la atracción por medio de comportamientos u operaciones disruptivas con los que tratan de conseguir sus objetivos haciendo que la democracia, los derechos humanos y las libertades fundamentales aparezcan menos atractivos.

Surge así un nuevo concepto, el de "sharp power", el poder punzante o afilado, como lo hemos traducido entre nosotros. Como constata R. López-Aranda Jagu[10], "el uso de la comunicación como instrumento de acción exterior abarca un continuum que empieza en la influencia legítima (*soft power*, diplomacia pública), sigue con las actuaciones en principio legítimas pero inamistosas, pasa a las acciones que por su intencionalidad desestabilizadora cabe considerar ilegítimas (terreno en el que se sitúa el *sharp power*), para continuar con las que integran acciones coactivas (por diversos medios, incluso los militares, aún irregulares)".

Y, tras recordar, que "a diferencia del *soft power* que trata de promover la propia imagen y valores, el objetivo del *sharp power* es por definición el de socavar la cohesión interna de las sociedades contra las que se dirige, exacerbando para ello sus vulnerabilidades y divisiones internas", viene este autor a coincidir con Joseph S. Nye en que, dado que las actividades propias del *sha-*

9 Joseph S. Nye, *The Future of Power* (Nueva York: Public Affairs, 2011).

10 Ricardo López-Aranda Jagu, "El poder punzante. Una perspectiva española y europea", en *Geopolítica y comunicación. La batalla por el relato* (España: CESEDEN, 2019), http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2019/DIEEET01-2019Geopoliticacomunicacion.pdf

rp power se llevan a cabo de forma opaca o encubierta, a través de *proxies* que impiden conocer su origen real, difundiendo información falsa o tergiversada, nos encontramos ante algo que, pese a no poder ser calificado de agresión en el sentido propio del Derecho internacional, constituye una actividad ilegítima merecedora de una respuesta adecuada y proporcional, pudiendo por tanto concluirse que el *sharp power* no es sino una forma de *hard power*, esto es, una forma de coerción.

Siendo así el *sharp power* una forma de coerción que, sin embargo, se sitúa por debajo del umbral de la amenaza o uso de la fuerza prohibidos por el Derecho internacional, ello nos lleva de lleno al entorno en que las actividades propias del poder punzante se desenvuelven, que no es otro que el conocido como *gray zone* o zona gris.

Se afirma, en este sentido, en la Estrategia de Defensa Nacional estadounidense del año 2018[11] que tanto los poderes revisionistas como los regímenes deshonestos están compitiendo en todas las dimensiones del poder, aumentando sus esfuerzos por debajo del conflicto armado y expandiendo la coerción a nuevos frentes, violando los principios de soberanía, explotando la ambigüedad y borrando deliberadamente las líneas entre los objetivos civiles y militares.

En un informe del Center for Strategic and International Studies (CSIS) elaborado bajo la dirección de Kathleen H. Hicks y Alice Hunt Friend[12] se identifican los diversos recursos que esos actores revisionistas han incorporado a su *gray zone toolkit* , entre los que se citan en primer lugar las operaciones de información y desinformación, es decir, el uso de las redes sociales y otros medios para reforzar la narrativa del Estado a través de la propaganda y para sembrar dudas, disensiones y desinformación en países extranjeros. A ella se añaden la coerción política y económica, las ciberoperaciones maliciosas, las operaciones en el espacio exterior, el apoyo de *proxies* y la provocación por medio de fuerzas controladas por el Estado.

Nos centraremos seguidamente dentro de ese *toolkit* —de esa panoplia de herramientas— en las denominadas operaciones de ciberinfluencia, donde

11 Departamento de Defensa de los Estados Unidos, "Unclassified Synopsis of the Classified 2018 National Defense Strategy" (2018), https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/2018-National-Defense-Strategy-Summary.pdf

12 CSIS International Security Program Report, "By Other Means. Part I: Campaigning in the Gray Zone" (Julio 2019), https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/Hicks_GrayZone_interior_v4_FULL_WEB_0.pdf

vendrían a confluir, de entre las anteriormente citadas, las operaciones de información y desinformación con las ciberoperaciones maliciosas. Siguiendo a M. Bonfanti[13], citado en un estudio elaborado por Sean Cordey para el Center for Security Studies de Zurich[14], podemos definir las operaciones de ciberinfluencia como aquellas actividades ilegítimas (a veces ilegales) que se ejecutan aprovechando las vulnerabilidades distribuidas del ciberespacio, utilizando herramientas y técnicas relacionadas con este, con el propósito de afectar a procesos electorales, a las ideas, opiniones, emociones o motivaciones de la audiencia, interfiriendo en su proceso de toma de decisiones. Distingue este estudio entre las operaciones de ciberinfluencia técnica, por un lado, y las operaciones de ciberinfluencia social, por otro. Las primeras, a menudo denominadas ciberataques, son ciberoperaciones realizadas en apoyo de operaciones de influencia que afectan específicamente a la capa lógica del ciberespacio, utilizando medios intrusivos para obtener acceso no autorizado a redes y sistemas con el fin de destruir, cambiar, robar o inyectar información con la intención de influir en actitudes, comportamientos o decisiones del público contra el que se dirigen. Las segundas, entre las que aparece la desinformación, atacan la capa semántica del ciberespacio (es decir, el contenido de información) a través de una amplia variedad de herramientas y técnicas para apoyar y amplificar presiones políticas, diplomáticas, económicas y militares diversas. Examinaremos a continuación los problemas que suscita el análisis de estas operaciones de ciberinfluencia a la luz del vigente Derecho internacional.

Operaciones de ciberinfluencia en las zonas grises del vigente marco jurídico internacional: posibles respuestas

Aunque se describe con frecuencia como un tipo específico de conflicto o desafío de seguridad, la zona gris se entiende mejor, dice Gary P. Corn[15], como un peculiar entorno operativo situado en el continuo del conflicto en al-

13 Matteo E. Bonfanti, "An Intelligence-Based Approach To Countering Social Media Influence Operations", *Romanian Intelligence Studies Review*, n° 19 (2018).

14 Sean Cordey, *Cyber Influence Operations: An Overview and Comparative Analysis* (Zurich: Cyber Defense Project and Center for Security Studies, 2019), https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/Cyber-Reports-2019-10-CyberInfluence.pdf

15 Gary P. Corn, "Cyber National Security: Navigating Gray Zone Challenges In and Through Cyberspace", en *Complex Battlespaces: The Law of Armed Conflict and the Dynamics of Modern Warfare* (Forthcoming, 2018), https://ssrn.com/abstract=3089071

gún lugar entre las normales interacciones geopolíticas en tiempo de paz y la guerra abierta. Es un entorno caracterizado por sus inherentes ambigüedades jurídicas, políticas y fácticas que actores estatales y no estatales explotan para desarrollar acciones particularmente agresivas, diseñadas para alterar el statu quo y lograr objetivos estratégicos normalmente asociados con la guerra, pero sin violar claramente las normas internacionales establecidas o cruzar los umbrales convencionales.

Limitando ahora nuestra atención a las ambigüedades propias del Derecho internacional que Estados revisionistas del vigente orden internacional están explotando a través de operaciones de ciberinfluencia sobre la población de Estados democráticos —con el objetivo de interferir en los procesos políticos internos— resulta una obviedad apuntar que lo que tras las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016 ha ocupado principalmente a la doctrina iusinternacionalista ha sido la intromisión foránea durante períodos electorales.

Dice Michael N. Schmitt[16], a quien seguiremos fundamentalmente en este apartado, que la posibilidad de que un Estado pueda interferir en los procesos políticos de otro no es algo sorprendente. De hecho, Estados Unidos tiene una larga historia de involucrarse de manera tanto encubierta como abierta en elecciones extranjeras. Pero atacar a una "superpotencia" con una campaña de influencia que explotó las redes sociales y realizar intrusiones activas de forma remota en su infraestructura cibernética marcó una escalada significativa en la intromisión electoral. Ciertamente, varios aspectos de la campaña rusa violaron las leyes de los EE.UU., tal como sugiere el escrito de acusación que, conforme a las leyes penales internas, hizo público el Departamento de Justicia en febrero de 2018, imputando a ciudadanos rusos y a varias entidades rusas con estrechos vínculos con el gobierno. Mucho menos seguro, afirma Schmitt, es el carácter de estas operaciones de interferencia desde el punto de vista del Derecho internacional.

En cierto modo paralela a la clasificación antes mencionada de operaciones de ciberinfluencia técnica y operaciones de ciberinfluencia social, B. Sander[17] diferencia dos tipos de técnicas cibernéticas de intromisión electoral.

16 Michael N. Schmitt, "'Virtual' Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law", *Chicago Journal of International Law*, 19, n° 1 (2018), https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol19/iss1/2

17 Bernie Sander, "Democracy Under The Influence: Paradigms of State Responsibility for Cyber Influence Operations on Elections", *Chinese Journal of International Law* 18, n° 1 (2019): pp. 1–56,

Distingue entre las operaciones de manipulación cibernética, que implican la interrupción, destrucción o alteración de los sistemas informáticos o la información residente en ellas) y las operaciones de ciberinfluencia, que implican el despliegue de recursos para alterar el comportamiento de la audiencia objetivo. En cuanto a las segundas, señala que en el contexto electoral los actores extranjeros han desplegado dos tipos de operaciones de ciberinfluencia con el fin de entrometerse en los procesos electorales de otros Estados: primero, el pirateo y la filtración de información no pública en el dominio público con el fin de dañar a un individuo, organización o Estado, práctica esta conocida como "doxing"; y, segundo, el uso deliberado de información de nueva creación o disponible públicamente para amenazar, confundir o engañar a un público objetivo, una práctica a la que se hace referencia bajo la etiqueta de "operaciones de información". Entre estas últimas, la experiencia práctica muestra dos categorías de operaciones de información realizadas por actores extranjeros durante las elecciones: operaciones de "malinformation" (información maliciosa), que implican un comportamiento en línea amenazante, abusivo, discriminatorio, acosador o disruptivo que tiene como objetivo causar daño a una persona, organización o Estado —prácticas a menudo denominadas "trolling"—; y operaciones de desinformación, que normalmente se desenvuelven en la práctica de modo simultáneo con las anteriores como parte de una campaña coordinada.

Volviendo a la cuestión de si la interferencia en procesos políticos de otros Estados puede constituir —además de un acto delictivo desde el punto de vista doméstico— un acto internacionalmente ilícito, son dos los elementos que han de concurrir para que ello suceda: en primer lugar, una acción u omisión que implique la violación de una obligación internacional a la que un Estado se halle sujeto; y, en segundo lugar, que esa acción u omisión pueda ser atribuida a ese Estado.

Infracción de una obligación internacional

Una primera posibilidad es considerar que la operación de ciberinfluencia para interferir en un proceso político interno de un Estado constituye una violación de la *soberanía* del Estado víctima. Las incertidumbres —generadoras de zonas grises— que se nos plantean son esencialmente dos. La primera tiene que ver con que la soberanía o, mejor, el deber de respetar la soberanía

https://ssrn.com/abstract=3341681

de otros Estados, se halla últimamente sometido a un debate acerca de si integra una regla positiva primaria del Derecho internacional susceptible de ser quebrantada o si no pasa de ser un principio general del que emanan auténticas normas primarias como las que prohíben la intervención o el uso de la fuerza. Esta es, por ejemplo, la posición oficialmente mantenida por el Reino Unido[18] que contrasta vivamente con la posición que al respecto mantiene la República Francesa[19].

Pero, aun en el caso de que diéramos por supuesto que la atinente a la soberanía es una regla internacional primaria susceptible de ser vulnerada, nuevas incertidumbres se nos presentan en cuanto a sus precisos límites. Así, podemos enfocar la prohibición de violación de la soberanía bien desde el punto de vista de la violación de la integridad territorial del Estado víctima, bien desde el punto de vista de la usurpación o interferencia con funciones inherentemente gubernamentales.

En el primer caso, la mayoría de los expertos (no gubernamentales) que intervinieron en la elaboración de la segunda edición del Manual del Tallin[20] mantuvieron que una ciberoperación constituye una violación de la soberanía cuando quiera que resulten daños físicos personales o materiales o bien cuando de manera remota se causa una pérdida de funcionalidad en una infraestructura localizada en otro Estado. Es obvio que las operaciones de ciberinfluencia social, de las que forman parte las campañas de desinformación, difícilmente podrán entrañar una violación de soberanía. Dice por ello Schmitt que, desde este particular punto de vista, este tipo

18 Jeremy Wright,"Cyber and International Law in the 21st Century" (conferencia, Chatam House, 23 de mayo de 2018). En ella manifestó: "Sovereignty is of course fundamental to the international rules-based system. But I am not persuaded that we can currently extrapolate from that general principle a specific rule or additional prohibition for cyber activity beyond that of a prohibited intervention. The UK Government's position is therefore that there is no such rule as a matter of current international law". El texto íntegro está disponible en: https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century

19 "Communiqué_La France s'engage à promouvoir un cyberespace stable, fondé sur la confiance et le respect du droit international", Ministère des Armeés (4 de octubre de 2019), en el que se afirma: "Le principe de souveraineté s'applique au cyberespace. La France exerce sa souveraineté sur les systèmes d'information situés sur son territoire. L'évaluation de la gravité de cette violation sera soumise à une étude au cas par cas et en cohérence avec la gouvernance de la cyberdéfense française afin de déterminer les réponses possibles dans le respect du droit international". El informe está disponible en: https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiques/communique_la-france-s-engage-a-promouvoir-un-cyberespace-stable-fonde-sur-la-confiance-et-le-respect-du-droit-international

20 Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, (Estados Unidos: Cambridge University Press, 2017).

de operaciones aparecen situadas en "una zona gris de incertidumbre normativa".

Parecidas incertidumbres impregnan la noción de interferencia o usurpación de funciones inherentemente gubernamentales. Si bien la realización de elecciones constituye un ejemplo prototípico de estas, lo que no está tan claro es si una operación de ciberinfluencia en una elección cae dentro de los límites de lo que debe entenderse por "interferencia" o "usurpación". Los expertos del Manual de Tallin concluyeron que por sí sola la transmisión de propaganda no es generalmente una violación de la soberanía. Por su parte, Schmitt afirma que las operaciones de *doxing* que comportan el pirateo y la filtración de información no pública en momentos críticos de una elección, así como las operaciones de desinformación que conllevan engaño, equipándose a ejércitos de *trolls* con identidades falsas, son materialmente más serias que otros tipos de campañas de información, de modo que cabría defender su caracterización como violaciones de la soberanía. No obstante, Schmitt reconoce que tal conclusión está lejos de ser definitiva y que en la actualidad lo más que se puede decir de tales operaciones es que caen dentro de "la zona gris del derecho de la soberanía".

Una segunda posibilidad sería la de considerar que las operaciones de ciberinfluencia orientadas a interferir en procesos políticos foráneos, singularmente de naturaleza electoral, pudieran constituir una violación del deber de no intervención en los asuntos internos o externos de otros Estados. Pese a que, a diferencia de lo que ocurre con el de soberanía, el deber de no intervención está bien delimitado por el Derecho internacional consuetudinario, lo cierto es que la aplicación de este deber al contexto específico de las operaciones de ciberinfluencia no deja de ser problemático. Según la Corte Internacional de Justicia en el asunto "Nicaragua"[21], una intervención es ilegal si cumple dos condiciones:

• Primera. El acto debe estar relacionado con asuntos en los que a cada Estado le está permitido, por el principio de soberanía, decidir libremente. Esta condición implica la noción de un dominio reservado nacional, cuyos límites han sido tradicionalmente algo incierto y sujeto a un desarrollo continuo a lo largo del tiempo. En el contexto actual, sin embargo, este requisito plantea pocas dificultades. Según el fallo de la Corte, la elección de su sistema

21 *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua contra los Estados Unidos de América), fallo de fecha 27 de junio de 1986.

político constituye un ejemplo paradigmático de lo que integra ese dominio reservado de todo Estado. De manera similar, los expertos del Manual de Tallin concluyeron que el asunto más claramente reservado de un Estado parece ser la elección tanto de su sistema político como de su organización, por ser algo que forma parte del núcleo duro de la soberanía estatal.

• Segunda. Más cuestionable se presenta la condición de que para que una intervención sea ilícita esta debe llevarse a cabo recurriendo a métodos coercitivos. Para los expertos del Manual de Tallin la coerción implica la realización de actos diseñados para privar a otro Estado de su libertad de elección, es decir, forzar a ese Estado a actuar de manera involuntaria o a abstenerse contra su voluntad de actuar de una manera particular. Así las cosas, las operaciones de ciberinfluencia social parecen ser no coercitivas ya que su objetivo, por su propia naturaleza, es influir en lugar de forzar a sus víctimas a adoptar o alterar su comportamiento. Más recientemente, sin embargo, se va abriendo paso una visión más amplia de la coerción, de acuerdo con la cual esta abarcaría también aquellas conductas que perturban, comprometen o debilitan la autoridad del Estado. Según este enfoque, solo los actos que tienen un impacto insignificante sobre las estructuras de autoridad de un Estado, como por ejemplo los que causan meras molestias, pueden caracterizarse como no coercitivos. Los expertos que participaron en la primera edición del Manual de Tallin también parecen haber adoptado esta visión más expansiva de la coerción, al concluir que las formas prohibidas de intervención incluyen tanto la manipulación por medios cibernéticos de las elecciones o de la opinión pública durante una campaña electoral como la alteración de los servicios de noticias *online* en favor de una parte en particular, la difusión de noticias falsas o el cierre de servicios *online* de una de las partes. Posición esta que también mantiene Harold Koh[22] cuando afirma que "la interferencia coercitiva ilegal en la política electoral de otro país, incluida la difusión deliberada de noticias falsas, constituye una intervención en flagrante violación del Derecho internacional".

En definitiva, como señala Schmitt, parece evidente que la prohibición de intervención en el contexto de la intromisión electoral se caracteriza, al igual que la violación de la soberanía, por una incertidumbre sustancial. Si bien hay

22 Harold Hongju Koh, "The Trump Administration and International Law", *Washburn Law Journal* 56 (2017), https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6215&context=fss_papers

casos claros en que es fácil determinar si un acto infringe o no obligaciones del Estado intruso con respecto a la intervención, existe una significativa zona gris particularmente con respecto a los supuestos en que el nexo causal entre el acto en cuestión y el efecto coercitivo no se manifiesta de forma directa. Esta zona gris crea, lógicamente, incertidumbres jurídicas y brinda a los Estados un terreno fértil en el que intervenir en las actividades políticas de los demás.

Una tercera posibilidad doctrinalmente barajada es la de que las operaciones de ciberinfluencia durante el desarrollo de procesos electorales constituyan una vulneración del deber de diligencia debida por parte del Estado desde cuyo territorio se lanzan tales operaciones. Se trata de un deber internacional cuyo reconocimiento se sitúa normalmente en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso del "Canal de Corfú"[23], al establecer que es "obligación de todo Estado no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados".

Lo cierto es que, cuando surgió el tema de la diligencia debida durante las deliberaciones del Grupo de Expertos Gubernamentales establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas con respecto a su informe de 2015[24] , todo lo que se pudo acordar fue una declaración meramente exhortatoria en el sentido de que "los Estados no deberían permitir deliberadamente que su territorio fuera utilizado para la comisión de hechos internacionalmente ilícitos mediante la utilización de las TIC".

Los expertos del Manual de Tallin, dando por sentado que el deber de observar la diligencia debida es una regla primaria del derecho internacional aplicable en el ciberespacio, fijaron, no obstante, estrictos límites para su aplicación. En primer lugar, la obligación de diligencia debida es de conducta, no de resultado, por lo que siempre que un Estado esté tomando todas las medidas posibles para poner fin a las ciberoperaciones nocivas —en el caso ahora considerado, operaciones de ciberinfluencia—, estará cumpliendo con sus obligaciones internacionales. En segundo lugar, la mayoría de los expertos adoptaron la posición de que la obligación solo requiere que un Estado tome acción frente a las ciberactividades dañinas en curso o frente a aquellas en las que se ha dado un paso importante hacia la ejecución, pero no impone ningu-

23 *Caso del Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania)*. Fallo de 9 de abril de 1949.

24 Organización de las Naciones Unidas, "Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional" (informe, 22 de julio de 2015), https://undocs.org/pdf?symbol=es/a/70/174

na obligación preventiva de tomar medidas para impedir futuras actividades perjudiciales desde su territorio o monitorizar continuamente su ciberespacio en busca de tales actividades. En tercer lugar, los expertos acordaron que la obligación solo se aplica cuando las consecuencias para el Estado víctima son "graves", por lo que en consecuencia, la operación en cuestión debe ser contraria a los derechos del Estado víctima, de modo que de haber sido realizada por otro Estado, la operación habría sido calificada como un acto internacionalmente ilícito.

Como señala el antes citado B. Sander, es probable que esta última condición —las graves consecuencias— sea particularmente exigente en el contexto de las operaciones de influencia que, por su propia naturaleza, operan en el nivel cognitivo, resultando una ardua tarea demostrar que de tales operaciones de influencia en elecciones resultan consecuencias adversas serias, en lugar de una mera afección a los intereses del Estado víctima. A lo que se añaden las incertidumbres que rodean la cuestión de si se habría incumplido una regla primaria del Derecho internacional, por ejemplo, la soberanía o la no intervención, de haber sido el Estado territorial quien hubiera llevado a cabo la operación.

En el terreno académico se han planteado otras posibilidades sobre cómo la intromisión en elecciones puede suponer una violación del Derecho internacional. Entre ellas merece destacarse la de Jens D. Ohlin[25]. A su juicio, esta guerra de información en las redes sociales es internacionalmente ilícita no porque constituya una intervención prohibida contra la soberanía de un Estado, sino porque constituye una violación del derecho colectivo a la autodeterminación de un pueblo. En este sentido, dice Ohlin que el concepto de autodeterminación se ha empleado generalmente como derecho de secesión en determinadas situaciones, pero es en realidad mucho más amplio al abarcar el derecho de los pueblos a seleccionar su propio destino político o, como lo expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es un derecho en virtud del cual los pueblos establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

En los regímenes democráticos, viene a decir Ohlin, el motor de ese proceso es el trabajo del gobierno representativo, basado en que los ciudadanos

25 Jens David Ohlin, "Election Interference: The Real Harm and The Only Solution", *Cornell Legal Studies Research Paper*, n° 18-50 (2018), https://ssrn.com/abstract=3276940 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3276940

escogen a sus propios representantes a través de un proceso de elección en el que, tras un debate público, la gente vota y selecciona a quienes trabajarán para poner en práctica una visión política que los votantes desean respaldar. En una sociedad democrática, concluye Ohlin, este es el significado de la autodeterminación, indisolublemente vinculado al proceso electoral.

Este enfoque, que ha sido compartido por algún otro autor[26], no se halla, sin embargo, libre de objeciones, como el propio Ohlin reconoce. Schmitt señala que los argumentos basados en la autodeterminación generalmente aparecen cuando hay grupos que intentan crear un Estado; además, la voluntad del pueblo no puede determinarse con ningún grado de certeza antes de una elección, y es que la autodeterminación no está, en suma, concebida para aplicarse a una situación que afecta a todos los ciudadanos de un Estado, sino a un grupo determinado al que se le niega el derecho a gobernarse a sí mismo, como es el caso del colonialismo, el apartheid, la subyugación extranjera y, quizás, la ocupación.

El problema de la atribución

El segundo de los elementos requerido para la existencia de un acto internacionalmente ilícito es, como ya vimos, que ese acto sea jurídicamente atribuible a un Estado. El adverbio "jurídicamente" pone de manifiesto que no basta con una atribución de carácter fáctico o político, sino que, además, deben darse una serie de condiciones establecidas en el Derecho internacional.

B. Sander señala que por lo que se refiere a los aspectos técnicos y políticos de la atribución, los Estados se han enfrentado al desafío de identificar no solo la ubicación y la identidad de la infraestructura cibernética de la que se origina una operación (atribución técnica), sino también de la persona que operaba dicha infraestructura (atribución política). Este proceso suele ser el resultado de una combinación de rastreos técnicos dirigidos a identificar la infraestructura cibernética, inteligencia política y análisis de la información obtenida, con el fin de perfilar la identidad de los autores de la operación en cuestión. En el contexto cibernético, la complejidad de la atribución se ve agravada por una serie de factores, incluida la capacidad de llevar a cabo

26 Es el caso de Nicholas Tsagourias, "Electoral Cyber Interference, Self-Determination and the Principle of Non-Intervention in Cyberspace", *EJIL: Talk!*, 26 de agosto de 2019, https://www.ejiltalk.org/electoral-cyber-interference-self-determination-and-the-principle-of-non-intervention-in-cyberspace/

ciberoperaciones utilizando múltiples sistemas informáticos en diferentes Estados, el uso de mecanismos "anti-atribución" para ocultar la procedencia de una ciberoperación, y la presencia y participación activa en el ciberespacio de sofisticados actores no estatales.

Por su parte, la atribución jurídica tiene que ver con las condiciones que han de concurrir para poder concluirse que un Estado es responsable de una ciberoperación de conformidad con las normas secundarias del Derecho internacional atinentes a la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, tal como se hallan recogidas en el proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas[27].

Dejando ahora de lado el caso menos problemático, que es el de que el acto en cuestión haya sido realizado por un órgano del Estado como, por ejemplo, sus servicios de inteligencia, nos centraremos únicamente en el supuesto más complejo, que es el que se produce cuando el Estado no actúa —o no actúa únicamente— a través de sus propios órganos, sino que lo hace valiéndose de otros actores no estatales tales como compañías privadas, grupos de hackers patriotas o hacktivistas, a modo de *proxies*. En este caso el principal obstáculo normativo en orden a hacer la atribución es que el Estado solo será responsable de las ciberoperaciones de un actor no estatal cuando las acciones de este se hayan realizado siguiendo las "instrucciones" del Estado o bajo su "dirección o control" (artículo 8 del proyecto de artículos citado).

El primer caso —actuación de un actor no estatal siguiendo instrucciones de un Estado— alude a aquellos supuestos en que el actor no estatal asume funciones estatales auxiliares. En cuanto al segundo —actuación bajo la dirección o control de un Estado—, la jurisprudencia internacional tiende entender ambos términos de forma conjunta, no disyuntiva, equiparándolos con una actuación de un actor no estatal bajo el "control efectivo" de un Estado. En el específico contexto de la intromisión en un proceso electoral, dice Schmitt que este control efectivo residiría en la capacidad del Estado de conseguir que el actor no estatal llevara a cabo una ciberoperación que en otro caso no ejecutaría o, al contrario, que se abstuviera de ejecutar una ciberoperación que quisiera realizar.

27 Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, cuyo texto figura como anexo a la resolución A/RES/56/83, publicada el 28 de enero de 2002 y accesible en: https://undocs.org/es/A/RES/56/83

Con referencia al caso de la intrusión rusa en las elecciones presidenciales norteamericanas, afirma Schmitt que, al externalizar aspectos de su campaña de interferencia en entidades privadas e individuos, Rusia se movió dentro una zona gris del Derecho internacional en la que hallaba un refugio seguro para sus actividades, ya que es mucho más difícil establecer la atribución jurídica en tales casos que cuando los que actúan son los propios órganos del Estado. Dice dicho autor que la comunidad de inteligencia de los EE.UU. puede haberse sentido segura atribuyendo a Rusia las operaciones de la Agencia de Investigación de Internet (IRA) y otros actores no estatales, pero al hacerlo no respetó las estrictas condiciones jurídicas establecidas en las normas sobre responsabilidad de los Estados. De hecho, sentencia Schmitt, es difícil atribuir de manera concluyente estas acciones a Rusia en estrictos términos jurídicos, por mucho que parezca evidente que esas acciones se llevaron a cabo en apoyo de los objetivos del gobierno ruso, por lo que lo más que se puede decir es que podría ser razonable atribuirlas a Rusia.

Posibles vías de respuesta conforme al Derecho internacional

Partiendo de la base de que, como sostiene Schmitt, es difícil imaginar que, pese a ser internacionalmente ilícita una ciberoperación intrusiva dirigida a interferir en unas elecciones permita, sin más, al Estado víctima recurrir en legítima defensa, conforme al artículo 51.° de la Carta de las Naciones Unidas, al uso de la fuerza para poner fin a tal operación, las opciones de respuesta en la esfera internacional quedarían limitadas a las siguientes:

Primero. El Estado víctima puede recurrir a la vía de la "retorsión", es decir, a medidas que, aunque inamistosas, no contravienen ninguna obligación internacional que pese sobre ese Estado. La imposición de sanciones y la expulsión de personal diplomático son los ejemplos paradigmáticos. Así actuaron, por ejemplo, los EE.UU., donde el Departamento de Estado cerró dos complejos rusos utilizados con fines de inteligencia y declaró a treinta y cinco operativos de inteligencia rusos personas "non gratas".

Segundo. Una vez establecido que la interferencia en elecciones foráneas por parte de un Estado constituye un acto internacionalmente ilícito, el Estado víctima podría recurrir a iniciar procedimientos ante tribunales internacionales contra el Estado responsable para exigirle la reparación por los perjuicios causados, o bien a la adopción de "contramedidas" contra dicho Estado. Estas

son medidas que serían en principio internacionalmente ilegales, de no ser por el hecho de que constituyen una respuesta a un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Deben ser proporcionales al hecho internacionalmente ilícito, frente al que se responde y, en el contexto ahora objeto de nuestro particular interés, estar diseñadas para hacer que el otro Estado desista de sus ciberoperaciones ilegales en curso o para que le ofrezca garantías o reparaciones. El ejemplo clásico sería una operación de ciberdefensa activa, típicamente un "hack back" diseñado para poner fin a una ciberoperación maliciosa lanzada por otro Estado.

Aunque en el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de la Comisión de Derecho Internacional las contramedidas se encuentran sujetas a estrictas limitaciones, sostiene Schmitt que esta concreta opción admite cierta flexibilidad en dos aspectos. Así, en primer lugar no es preciso que las contramedidas se dirijan a la entidad que lanzó la ciberoperación ilegal inicial, de modo que una ciberintromisión ilegal en unas elecciones podría abordarse realizando *hack backs* contra los ministerios del gobierno, e incluso contra ciberinfraestructuras privadas, siempre que el propósito de hacerlo fuera aplicar presión para poner fin a la intromisión y no actuar a modo de represalia o castigo. En segundo lugar, las contramedidas no necesitan ser de la misma especie que el acto frente al que se adoptan. Por lo tanto, una ciberintromisión en elecciones podría abordarse mediante la adopción de medidas no cibernéticas que de otro modo serían ilegales, como la imposición de sanciones comerciales contrarias a un tratado entre los dos Estados.

Tercero. El Estado víctima de una operación de ciberinfluencia dirigida a interferir, perturbar o alterar el normal desarrollo de sus procesos políticos internos podría recurrir a adoptar medidas al amparo de una situación de "estado de necesidad". Con base en este, los Estados pueden actuar, mediante actividades cibernéticas o no, de un modo que en otro caso sería ilegal siempre que sus "intereses esenciales" se enfrenten a un "peligro grave e inminente" y la adopción de medidas de respuesta sea la única forma de defender tales intereses. En tales casos, si siquiera se requiere que la situación hacia la que se dirige la respuesta constituya un incumplimiento de una obligación internacional o que sea atribuible a un Estado. Aquí, la cuestión clave es determinar si la integridad del sistema electoral constituye o no un interés esencial del Estado. Una nueva zona gris de incertidumbre, que Estados revisionistas del

vigente orden internacional no dudarán en explotar para la satisfacción de sus intereses estratégicos, en la confianza de que los Estados respetuosos con dicho orden no responderán en un modo que pueda considerarse ilícito por temor a producir una escalada indeseable.

Bibliografía

Bentzen, Naja. "Foreign influence operations in the EU", *European Parliamentary Research Service Briefing*. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625123/EPRS_BRI(2018)625123_EN.pdf

Bonfanti, Matteo E. "An Intelligence-Based Approach To Countering Social Media Influence Operations". *Romanian Intelligence Studies Review*, n° 19 (2018).

Cordey, Sean. *Cyber Influence Operations: An Overview and Comparative Analysis*. Zurich: Cyber Defense Project and Center for Security Studies, 2019. https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/Cyber-Reports-2019-10-CyberInfluence.pdf

Corn, Gary P. "Cyber National Security: Navigating Gray Zone Challenges In and Through Cyberspace". En *Complex Battlespaces: The Law of Armed Conflict and the Dynamics of Modern Warfare*. *Forthcoming*, 2018. https://ssrn.com/abstract=3089071

CSIS International Security Program Report. "By Other Means. Part I: Campaigning in the Gray Zone". Julio de 2019. https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/Hicks_GrayZone_interior_v4_FULL_WEB_0.pdf

Departamento de Defensa de los Estados Unidos. "Unclassified Synopsis of the Classified 2018 National Defense Strategy". 2018. https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/2018-National-Defense-Strategy-Summary.pdf

Freedom House. *Freedom on the Net 2019*. *The Crisis of Social Media*. Estados Unidos: 2019. https://freedomhouse.org/sites/default/files/2019-11/11042019_Report_FH_FOTN_2019_final_Public_Download.pdf

Gerrits, André W. M. "Disinformation in International Relations: How Important Is It?". *Brill Nijhoff Security and Human Rights* 29 (2018). https://brill.com/view/journals/shrs/29/1-4/article-p3_3.xml?language=en

Hongju Koh, Harold. "The Trump Administration and International Law". *Washburn Law Journal* 56 (2017). https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6215&context=fss_papers

Hwang, Tim y Rosen, Lea. "Harder, Better, Faster, Stronger: International Law and the Future of Online PsyOps". *University of Oxford ComProp Working Paper* 1 (Enero 2017). http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/89/2017/02/Comprop-Working-Paper-Hwang-and-Rosen.pdf

López-Aranda Jagu, Ricardo. "El poder punzante. Una perspectiva española y europea". En *Geopolítica y comunicación*. *La batalla por el relato*. España: CESEDEN, 2019. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2019/DIEEET01-2019Geopoliticacomunicacion.pdf

Ministère des Armeés. "Communiqué_La France s'engage à promouvoir un cyberespace stable, fondé sur la confiance et le respect du droit international", 4 de octubre de 2019. https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiques/communique_la-france-s-engage-a-promouvoir-un-cyberespace-stable-fonde-sur-la-confiance-et-le-respect-du-droit-international

Nestoras, Antonios. "Political Warfare: Competition in the Cyber Era". Wilfried Martens Centre for European Studies Policy Brief. (Abril de 2019). https://journals.sagepub.com/action/doSearch?target=default&ContribAuthorStored=Nestoras%2C+Antonios

Nye, Joseph S. *The Future of Power*. Nueva York: Public Affairs, 2011.

Organización de las Naciones Unidas. "Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional". Informe, 22 de julio de 2015. https://undocs.org/pdf?symbol=es/a/70/174

Sander, Bernie. "Democracy Under The Influence: Paradigms of State Responsibility for Cyber Influence Operations on Elections". *Chinese Journal of International Law* 18, n° 1 (2019): pp. 1–56. https://ssrn.com/abstract=3341681

Sari, Aurel. "The Mutual Assistance Clauses of the North Atlantic and EU Treaties: The Challenge of Hybrid Threats". *Harvard National Security Journal* 10 (2019). https://harvardnsj.org/wp-content/uploads/sites/13/2019/06/Mutual-Assistance-Clauses-of-the-North-Atlantic-and-EU-Treaties.pdf

Schmitt, Michael N. "'Virtual' Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law". *Chicago Journal of International Law*, 19, n° 1 (2018). https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol19/iss1/2

Severin, Malin. "Russian Activities in Africa (Continued)". En *Russian Strategic Intentions, A Strategic Multilayer Assessment White Paper*, Departamento de Defensa de los EEUU, 2019. https://nsiteam.com/sma-white-paper-russian-strategic-intentions/

Tsagourias, Nicholas. "Electoral Cyber Interference, Self-Determination and the Principle of Non-Intervention in Cyberspace". *EJIL: Talk!*, 26 de agosto de 2019. https://www.ejiltalk.org/electoral-cyber-interference-self-determination-and-the-principle-of-non-intervention-in-cyberspace/

Wright, Jeremy. "Cyber and International Law in the 21st Century". Conferencia, Chatam House, 23 de mayo de 2018. https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century

CAPÍTULO XXIII

Inteligencia artificial. Incorporación en el campo militar y aplicación del derecho internacional humanitario

Javier Alberto Ayala Amaya[1]

Introducción

En los últimos años, la inteligencia artificial ha experimentado rápidos e importantes avances con una aplicación cada vez más amplia en varios dominios, como el de las Fuerzas Armadas. Algunos de esos sistemas son físicos, otros se despliegan en el ciberespacio y sin duda se verán adelantos extraordinarios en el futuro, pero la realidad de su existencia y utilización es innegable. Sin duda, la IA ha llegado para quedarse, lo que les plantea a los militares el problema de adecuar los diferentes instrumentos de los que hacen uso a esta nueva tecnología para desarrollar sus operaciones, si quieren ejercer sus funciones con prontitud y eficacia. Con estos avances vienen también implicaciones sociales, éticas y legales. Es posible que los desarrolladores de inteligencia artificial no siempre tengan en cuenta estas implicaciones, ya que pueden requerir competencia no solo en los campos de la informática, la psicología, la lingüística y la neurociencia, sino también en la ética, el derecho y la filosofía.

Sin embargo, el aumento del uso de IA en el ámbito militar plantea cuestiones importantes para el derecho internacional, especialmente si se piensa

1 Brigadier General del Ejército de Colombia, Doctor en Derecho por las Universidades Sergio Arboleda de Colombia y Alfonso X el Sabio de España. Actualmente se desempeña como Jefe del Comando Conjunto Estratégico de Transición de Colombia.

en aquellos contextos de conflictos armados y en los sistemas de armas que son utilizados en estas situaciones, aunque no están exentas otras situaciones operacionales en la que se hace uso de la fuerza. Después de todo, el uso de armas en un conflicto armado se rige por los principios del derecho internacional humanitario, que prohíbe los ataques indiscriminados de personas que no participan en las hostilidades. Esto requiere el principio de distinción, que se vuelve aplicable a todos los métodos y medios de ataque en un conflicto armado o una guerra. El uso de la inteligencia artificial por parte de los militares plantea una serie de interrogantes, pero sobre todo de críticas, que parecen estar en contra de su incorporación, aunque resulte beneficiosa.

Generalidades entorno a la inteligencia artificial

Tal como ha ocurrido en otros campos científicos, en cuanto a la conceptualización se refiere, se puede decir que existen múltiples definiciones de Inteligencia Artificial (en adelante IA), según el enfoque desde el cual se aborde la temática. Para lograr una buena comprensión del término habría que empezar por comprender el significado de la palabra inteligencia. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, se refiere a la capacidad de entender, comprender o resolver problemas; aunque también alude a conocimiento, habilidad, destreza y experiencia.[2] Sánchez Cánovas, Puelles y Albertos brindan una idea más amplia y afirman que corresponde a una actividad por medio de la cual se organiza, regula y planifica la acción humana. En esencia, la inteligencia le permite al ser humano proporcionarse los medios para gobernarse a sí mismo, de manera que sus pensamientos y acciones estén adecuados a sus necesidades propias y a las del medio ambiente.[3] Ardila, por su parte sostiene que:

> La inteligencia es un conjunto de habilidades cognitivas y conductuales que permite la adaptación eficiente al ambiente físico y social. Incluye la capacidad de resolver problemas, planear, pensar de manera abstracta, comprender ideas complejas, aprender de la experiencia. No se identifica con conocimientos específicos ni con habilidades específicas, sino que se trata de habilidad cognitiva general, de la cual forman parte las capacidades específicas. La inteligencia varía

2 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "inteligencia", 2020, https://dle.rae.es/inteligencia

3 José Sánchez Cánovas, Luis Puelles y Pedro Albertos, "Inteligencia artificial e inteligencia humana", *Anales de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia 1993-1994* (1994): pp. 69-94, http://rseap.webs.upv.es/Anales/93_94/A_Indice.pdf

> a lo largo de la vida de una persona (desarrollo ontogenético) y lo ha hecho a lo largo de la evolución de la especie (desarrollo filogenético).[4]

Visto lo anterior, queda profundizar en la noción de inteligencia artificial. El Diccionario de la Lengua Española la define como "disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico".[5] Alan Turing fue uno de los primeros científicos en plantearse el interrogante acerca de si las máquinas podían pensar de manera similar a los humanos. Para responder a esta pregunta, el matemático inglés propuso un test en forma de juego con el que algún voluntario humano pudiera determinar quién era el hombre y quién era la máquina, tras hacerle una serie de preguntas a cada uno de ellos; si el computador lograba no ser detectado y pasar como humano, se podía catalogar como "inteligente". Este dispositivo informático fue ideado por Turing en el año de 1936 y se conoció con el nombre de "Máquina de Turing"; se trató de un algoritmo, es decir, "una sucesión finita de reglas para aplicar, en un orden determinado, a un número finito de datos, para llegar, en un número finito de etapas, a un resultado, y esto, independientemente de los datos".[6]

Siguiendo el ejemplo de Turing, en el año de 1948 científicos como MacCulloc y Pitts, Frank Roseblant, Robert Wiener y Ashby, entre otros, comenzaron a desarrollar estudios en los que se consideraba la estructura y funcionamiento de los seres vivos como sistemas complejos, teniendo como base los conceptos de la teoría de la información y las neurociencias. Bajo este enfoque, los científicos buscaban simular la inteligencia humana en sus distintos procesos de vida, como los procesos de comunicación, mecanismos de control y conceptos de retroalimentación.[7]

En agosto del año 1955, en el contexto de la Conferencia de Investigación de Verano realizada en el Dartmouth College, John McCarthy de la

---

4 Rubén Ardila, "Inteligencia. ¿Qué sabemos y qué nos falta por investigar?", *Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas y Físicas Naturales* 35, n.° 134 (2011), http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-39082011000100009

5 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *Op. Cit.*

6 Thomas Hardy, "Inteligencia artificial", *Polis. Revista Latinoamericana* 2 (2002): pp. 1-21, https://journals.openedition.org/polis/pdf/7970

7 Joel Jiménez Cruz, "Cibernética, inteligencia artificial y robótica", *Casa del Tiempo* 4, n.° 13 (2008): pp. 52-56, http://www.uam.mx/difusion/casadeltiempo/13_iv_nov_2008/casa_del_tiempo_eIV_num13_52_56.pdf

misma institución, Marvin Minsky de la Universidad de Harvard, Nathaniel Rochester del IBM y Claude Shannon de los Laboratorios de Bell Telephone, presentaron una propuesta para tratar el tema de la IA durante la versión del mismo evento, que tendría lugar el año siguiente, con un eje central sobre las siguientes materias: máquinas automáticas, computadoras para entender un lenguaje, redes neuronales, teoría del tamaño de un cálculo, mejoras automáticas, automáticas y creatividad azarosa.[8]

El objetivo de esta reunión era analizar si el aprendizaje o cualquier otro aspecto de la inteligencia humana podía describirse de forma tan precisa que una máquina fuera capaz de simularlos. En efecto, en el año de 1956 —durante la Conferencia de IA organizada por McCarthy— se presentaron trabajos innovadores como el programa creado por Allen Newell y Herbert Simon llamado Logic Theorist, diseñado para probar un teorema matemático y pionero en utilizar el razonamiento heurístico. Pero, tal vez, el logro más destacado fue la definición del término IA, el cual fue adoptado por McCarthy para designar una nueva ciencia que consistía en hacer máquinas inteligentes, en particular programas de cálculo inteligente.[9] Tiempo después, Minsky se refirió a la IA como una ciencia capaz de hacer que las máquinas llevaran a cabo procesos que requerían de inteligencia, como si los hubiera hecho un humano.[10]

Hay que advertir que esta primigenia noción de IA ha sido en varias ocasiones malinterpretada, pues suele utilizarse para hacer referencia a un ente artificial dotado de inteligencia y con la capacidad de confrontar al ser humano. Como explica Ganascia, lo que McCarthy, Minsky, Rochester y Shannon pretendían con su proyecto investigativo era construir una máquina capaz de simular algunas de las facultades de la inteligencia de los seres vivos.[11]
Luego del nacimiento oficial de la IA como disciplina científica, este componente científico se ha venido desarrollando de manera constante a través del tiempo, contribuyendo al logro de importantes transformaciones en el mundo.

8 Luis Barrera Arrestegui, "Fundamentos históricos y filosóficos de la inteligencia artificial", *UCV-HACER. Revista de Investigación y Cultura* 1, n.° 1 (2012): pp. 87-92, https://www.redalyc.org/pdf/5217/521752338014.pdf

9 J. M. de la Cruz y Sebastián Dormido Bencomo, "Inteligencia artificial: Pasado, presente y futuro", *Aldaba: Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla* 14 (1989): pp. 9-22, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1980249.pdf

10 Javier Sampedro, "Marvin Minsky, cerebro de la inteligencia artificial", *El País*, 2 de enero de 2016, https://elpais.com/elpais/2016/01/26/ciencia/1453809513_840043.html

11 Jean-Gabriel Ganascia, "La inteligencia artificial: entre el mito y la realidad", *El correo de la UNESCO*, (2018): pp. 7-9. Recuperado de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265211_spa

Así también, en la medida en que las investigaciones en este campo han avanzado, son muchas más las opiniones en torno a su significado. Por ejemplo, Lewis plantea que es una ciencia dedicada al estudio del comportamiento inteligente en tanto comprende las estructuras, los procesos cognitivos y el diseño de las formas de representar y razonar de manera efectiva, además de desarrollar teorías, modelos, datos, ecuaciones, algoritmos y sistemas que incorporan esa comprensión.[12]

Pazos Sierra, Pedreira Suoto, Rabuñal Dopico y Pereira Loureiro afirman que la IA corresponde a un campo de la ciencia y la ingeniería relacionado con la creación de sistemas de la información, que facilitan el desarrollo de funciones similares a las humanas como el aprendizaje, la comprensión, el razonamiento lógico o la experiencia.[13] Rainer Granados y Rodríguez Baena aseguran que la IA es una rama de las ciencias de la computación que se ocupa de la comprensión, desde el punto de vista informático, de lo que se denomina comúnmente comportamiento inteligente.[14] Por su parte, Rodríguez Pérez sugiere que es un subcampo de la informática que se dedica a buscar la forma en que las máquinas puedan aprender a imitar la inteligencia humana, es decir, a realizar tareas exclusivas de la cognición humana como reconocer patrones, predecir resultados y tomar decisiones complejas.[15] El Comité Internacional de la Cruz Roja determina que son programas informáticos destinados a ejecutar tareas, por lo general asociadas con la inteligencia humana, que requieren de cognición, razonamiento o aprendizaje.[16]

12 Dustin A. Lewis, "Legal reviews of weapons, means and methods of warfare involving artificial intelligence: 16 elements to consider", *Humanitarian Law & Policy*, 21 de marzo de 2019, https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2019/03/21/legal-reviews-weapons-means-methods-warfare-artificial-intelligence-16-elements-consider/

13 Alejandro Pazos Sierra, Nieves Pedreira Souto, Juan Ramón Rabuñal Dopico y Javier Pereira Loureiro, "Inteligencia artificial y computación avanzada", en *Inteligencia artificial y avanzada*, ed. por Juan Jesús Romero, Carlos Dafonte, Ángel Gómez Fernando y Jorge Penousal (Santiago de Compostela: Fundación Alfredo Brañas, 2007): pp. 9-34, https://docplayer.es/4280488-Inteligencia-artificial-y-computacion-avanzada.html

14 José Javier Rainer Granados y Luis Rodríguez Baena, "Perspectiva histórica y evolución de la inteligencia artificial", en *Documentos de Seguridad y Defensa 79. La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos (Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2019): pp. 17-38, https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

15 Katia Rodríguez Pérez, "Aplicaciones militares de la inteligencia artificial", *América Latina en movimiento*, n.°544 (2019), https://www.alainet.org/es/articulo/203286

16 Comité Internacional de la Cruz Roja, *XIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. El derecho internacional humanitario y los desafíos delos conflictos armados contemporáneos. Reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 701º aniver-*

La Asociación China de control de armas y desarme concibe la inteligencia artificial como un proceso investigativo dentro de la rama de la informática que permite desarrollar teorías, métodos, tecnologías y sistemas de aplicación para simular, extender y expandir la inteligencia humana. El principal objetivo de estas investigaciones es lograr que las máquinas posean la capacidad de realizar tareas complejas que con normalidad requieren inteligencia humana. En ese sentido, se trata de comprender la esencia de la inteligencia humana y producir máquinas provistas de una inteligencia que intenta imitar, sobrepasar o desplazar la inteligencia humana.[17] Cummings señala que son programas mediante los cuales las máquinas pueden simular la secuencia humana conocida como ciclo de procesamiento de información (percepción-cognición-acción). En este caso, la computadora detecta el mundo que la rodea para después procesar la información entrante a través de algoritmos de optimización y verificación, con una elección de acción realizada de manera similar a la de los humanos.[18]

Como ya se advertía al principio de este acápite, la manera en la cual se concibe la IA suele ser distinta. No obstante, más allá de esta gran variedad de significados, hay un denominador común en todos ellos: la idea de crear programas en una computadora o máquinas con la capacidad de desarrollar ciertas conductas que podrían ser consideradas inteligentes si las realizara un ser humano. Ahora bien, como cualquier otra ciencias, la IA comporta la conjunción de una serie de campos del conocimiento para su desarrollo como sistema, entre los que se pueden mencionar el *machine learning*, una herramienta para el mejoramiento del análisis de datos mediante el uso de algoritmos;[19] el *reinforcement learning* o aprendizaje reforzado, el cual crea algoritmos que

---

sario de los Convenios de Ginebra (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019), https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/10/33IC-IHL-Challenges-report_ES.pdf

17 China Arms Control and Disarmament Association, "Artificial Intelligence and Its Military Implications", en *The Militarization of Artificial Intelligence*, Stanley Center for Peace and Security (New York: United Nations, 2019): pp. 19-24, https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/06/Stanley-Stimson-UNODA-2020- TheMilitarization-ArtificialIntelligence.pdf

18 Mary Louise Cummings, "Artificial Intelligence and the Future of Warfare", *Research Paper. Chatham House. The Royal Institute of International Affairs*, enero de 2017, https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2017-01-26-artificial-intelligence-future-warfare-cummings-final.pdf

19 Denniye Hinestroza Ramírez, *El machine learning a través de los tiempos y los aportes a la humanidad* (Pereira: Universidad Libre, 2018), https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17289/EL%20MACHINE%20LEARNING.pdf?sequence=1&isAllowed=y

aprenden a actuar en un entorno desconocido mediante prueba y error;[20] la ingeniería de conocimiento, cuyo objetivo es establecer metodologías para facilitar el perfeccionamiento de sistemas básicos de conocimiento;[21] y el *deep learning* o aprendizaje profundo, que permite generar algoritmos que emulan la manera en la cual los seres humanos utilizan el aprendizaje para obtener determinados conocimientos.[22]

Aparte de las características básicas que debe poseer la IA como sistema, también cuenta con ciertas capacidades cuya clasificación fue introducida por Searle: débil y fuerte. La IA débil se refiere a la inteligencia artificial que puede simular comportamientos inteligentes específicos de los seres humanos como el reconocimiento, el aprendizaje, el razonamiento y el juicio. Tiene como objetivo resolver tareas específicas tales como el reconocimiento de voz e imágenes y la traducción de algunos materiales específicos; esto es, realizar actividades en entornos muy concretos. Hoy por hoy, todos los sistemas de IA operan mediante IA débil, lo que se traduce en sistemas creados para llevar a cabo tareas limitadas y específicas.[23] Mientras tanto, la IA fuerte se refiere a aquella que tiene una conciencia autónoma y una capacidad innovadora similar a la del cerebro humano; este tipo de sistemas están diseñados para pensar, hacer planes y resolver problemas, así como para participar en el pensamiento abstracto, comprender ideas complejas, aprender rápidamente y aprender de las experiencias, lo que los acerca aún más a la inteligencia humana.[24]

Beneficios de la IA en el ámbito militar

La aparición de la IA en el mundo ha representado grandes avances de tipo tecnológico para la industria y, por ende, para las organizaciones e institucio-

20 Fernando Domínguez Estévez, *Entrenando bots para juegos online mediante aprendizaje por refuerzo basado en casos* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2017), https://eprints.ucm.es/44576/1/Memoria.pdf

21 J. T. Palma, E. Paniagua, F. Martín y R. Marín, "Ingeniería del conocimiento. De la extracción al modelado de conocimiento inteligencia artificial", *Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial* 4, n.° 11 (2000): pp. 46-72, https://www.redalyc.org/pdf/925/92541105.pdf

22 Camilo Andrés Gamarra Torroledo y Manuel Sebastián Ríos Beltrán, *Aplicación de técnicas de aprendizaje profundo para la clasificación y reconocimiento de objetos en imágenes* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2018), https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10680/2018Gamarracamilo.pdf?sequence=1

23 José Cabanelas Omil, "Inteligencia artificial ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?", *Mercados y negocios* 1, n.° 40 (2019): pp. 5-22, https://core.ac.uk/download/pdf/322549947.pdf

24 Yolvi Ocaña-Fernández, Luis Alex Valenzuela-Fernández, Luzmila Lourdes Garro-Aburto, "Inteligencia artificial y sus implicaciones en la educación superior", *Propósitos y representaciones* 7, n.° 2 (agosto de 2019): pp. 536-568, http://www.scielo.org.pe/pdf/pyr/v7n2/a21v7n2.pdf

nes tanto privadas como del Estado, facilitando el desarrollo de sus funciones. La IA es aplicable a diferentes campos del conocimiento, labores diarias del ser humano y un sinnúmero de escenarios, de acuerdo con el objetivo que se proponga un determinado sujeto. Esto quiere decir que este tipo de sistemas se pueden aplicar de manera satisfactoria a tareas como la configuración, el diseño, el diagnóstico, la interpretación, el análisis, la planificación, la programación, las interfaces inteligentes, los gestores de bases de datos, el lenguaje natural, la visión y la programación automática. En adición, la IA ha demostrado ser una herramienta útil para el procesamiento rápido y eficaz de los datos, dado el gran volumen de información que muchas organizaciones manejan para la toma de decisiones.[25] Estas razones son las que han llevado a las Fuerzas Armadas de distintos Estados a inclinarse por incorporar la IA a las funciones que desarrollan.

La IA ha ganado terreno en los sistemas de mando y control, es decir, aquellos que apoyan el mando operativo en tareas de conducción y seguimiento de fuerzas asignadas a cualquier operación militar. Estos sistemas permiten aprovechar de manera más eficiente el capital humano, la información, los materiales y el tiempo; además, contribuyen a establecer una conexión más sólida del mando y control en los niveles estratégico, operacional y táctico.[26] Hay que recordar que el comandante debe estar interconectado con todo el conjunto de sus subalternos con el fin de recibir la mayor cantidad de información posible y guiar de manera estratégica las distintas fuerzas bajo su mando. En ese sentido, los sistemas basados en IA permiten mejorar las distintas etapas del proceso de mando y control: recopilación e integración de información, planificación, preparación, ejecución y evaluación continua. De la misma forma, posibilitan el flujo de datos entre emisores y receptores; así, los distintos miembros del escalafón tendrán una visión global y en tiempo real de todo el proceso que se está llevando a cabo en ese momento.[27]

25 Arturo Arévalo Marentes, *Inteligencia artificial, prioridad en la estrategia de defensa de EE.UU* (Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, (2018), https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/21066/ArevaloMarentesArturo2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y

26 Raúl Valencia, "Artificial intelligence in command and control systems", Gmv innovating solutions blog, 16 de junio de 2020, https://www.gmv.com/blog_gmv/language/en/artificial-intelligence-in-command-and-control-systems/

27 Rocío Barragán Montes, "Integración de datos para obtener la Common Operational Picture a nivel operacional y estratégico", en *Documento de Trabajo 04/2019. Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (Madrid: Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, 2019): pp. 45-69, adadm/http://www.ieee.es/

El empleo de IA para tratar grandes volúmenes de datos y para desplegar sensores en amplias áreas le aporta al mando la información necesaria para planear y ejecutar la operación. En zonas lejanas, con complejas características físicas y humanas, los sistemas con IA contribuyen a aportar al comandante y a sus asesores un adecuado conocimiento de la situación, en tiempo real o casi real, mediante el uso de datos y métodos para su procesamiento poco accesibles al ser humano, debido a su cantidad, velocidad y alto grado de dificultad.[28] Los procesos de mando y control apoyados por IA mejoran de manera considerable la capacidad de un ejército, pues acortan los ciclos de toma de decisiones, aportando una ventaja determinante frente al enemigo. Del mismo modo, permiten realizar simulaciones sobre un sinnúmero de escenarios, los cuales contribuyen a determinar la mejor línea de acción para dar cumplimiento al objetivo de la misión. Una ventaja adicional es el análisis automatizado y la actualización en tiempo real de la situación, otorgan un conocimiento continúo acerca de la situación y, por tanto, reaccionar de manera rápida para cambiar hacia un curso de acción más favorable en el área de operaciones.[29]

Con acceso a un amplio y actualizado conocimiento de la situación, la aplicación de la IA al planeamiento permite analizar la naturaleza del problema por resolver. Este conocimiento es necesario para generar los objetivos a alcanzar, realizar una asignación efectiva de los recursos, monitorear el desarrollo operativo y proponer la replanificación de actividades según sea necesario[30]. Los planes se pueden analizar con métodos cualitativos o cuantitativos durante la planificación. proceso y antes de la ejecución. En un enfoque cualitativo para analizar cursos de acción, se puede utilizar un marco que resalte las similitudes y diferencias entre los modelos de argumentación.

Galerias/fichero/docs_trabajo/2019/DIEEET04-2019InteligenciaRobotica.pd

28 José Manuel Roldán Tudela, "La inteligencia artificial y la fricción de la guerra", en *Documentos de Seguridad y Defensa 79. La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos (Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2017): pp. 99-126, https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

29 The Bipartisan Policy Center y Gorgetaown University's Center for Security and Emerging Technology, *Artificial Intelligence and National Security* (Washington: The Bipartisan Policy Center y Gorgetaown University's Center for Security and Emerging Technology, 2020), https://bipartisanpolicy.org/wp-content/uploads/2020/07/BPC-Artificial-Intelligence-and-National-Security_Brief-Final-1.pdf

30 Nohra May Galindo Ramírez, *Inteligencia artificial aplicada a las organizaciones* (Bogotá: Universidad Militar, 2016), adadm/https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15965/GalindoRamírezNohraMay2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Como alternativa al análisis cualitativo, se pueden utilizar métodos cuantitativos. En términos generales, todos estos recursos de IA comportan una ventaja para los tomadores de decisiones, quienes están en la posibilidad de explorar los distintos desarrollos de eventos que pueden afectar a los objetivos, descubrir y evaluar nuestras propias vulnerabilidades, aprender a comprender el comportamiento del enemigo y encontrar estrategias para ganar.[31]

Una vez que se han procesado los datos sobre la situación del área que se quiere intervenir y se ha planificado la operación, se procede a su ejecución. De este modo, se da inicio a acciones tendientes a conseguir el objetivo de la misión asignada, incluyendo todas aquellas que hacen posible la derrota de la parte contraria. Dado que la maniobra está considerada como una de las funciones fundamentales de una fuerza militar y aporta credibilidad a su capacidad de disuasión, la unidad o unidades involucradas en la ejecución de la operación deberán propender a obtener el máximo de eficacia en sus tareas a través de la integración hombre-máquina. Esto facilitará a las fuerzas su movilidad y capacidad para operar en los diferentes dominios físicos (tierra, mar, aire y espacio) y virtuales (ciberespacio), en distintos tipos de ambientes y en zonas geográficas dispersas y con características difíciles. A su vez, las unidades podrán actuar con discreción, sin dejar la menor huella, pero disponiendo de gran capacidad de maniobra y de los elementos de apoyo necesarios.[32]

En este punto, los sistemas basados en IA también son aplicables a la gestión del uso de la fuerza para destruir al enemigo o las formaciones, instalaciones e infraestructuras donde se encuentra ubicado en el área operativa, sin que se presenten efectos colaterales. Debido a la creciente capacidad de los grupos armados organizados al margen del Estado y el terrorismo de mezclarse entre la población, cada vez hay una mayor necesidad de detectar y clasificar las amenazas con precisión, minimizando los efectos.[33] En la me-

31 Johan Schubert, Joel Brynielsson, Mattias Nilsson y Peter Svenmarck, "Artificial Intelligence for Decision Support in Command and Control Systems", *23rd International Command and Control Research and Technology Symposium* (noviembre de 2018), https://www.foi.se/download/18.41db20b3168815026e010/1548412090368/Artificial-intelligence-decision_FOI-S--5904--SE.pdf

32 José Carlos de la Fuente Chacón, "La inteligencia artificial y su aplicación en el mundo militar", en *Documentos de Seguridad y Defensa 79. La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos (Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2019): pp. 69-98, https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

33 Niklas Masuhr, "AI in Military Enabling Applications", *Analyses in Security Policy,* n.° 251 (2019): pp. 1-4, https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/CSSAnalyse251-EN.pdf

dida en que aumenten las capacidades de focalización de los sistemas basados en IA, también lo hará la capacidad para verificar con precisión los objetivos como legítimos o ilegítimos. La tecnología inteligente se puede entrenar para reducir el número de crímenes de guerra contra personas civiles o prisioneros de guerra, la destrucción de propiedad civil, la tortura de rehenes, saqueos, etc., al mismo tiempo que situaciones adversas, producto de la confusión y la confrontación.[34]

Otras de las ventajas que tiene la incorporación de la IA al desarrollo de las funciones de los miembros de las fuerzas armadas de un país es la protección que ofrece a las propias tropas, lo que se traduce en una mayor posibilidad de salvar la vida de los soldados y prevenir lesiones.[35] La IA posee un gran potencial como herramienta para cumplir funciones que suelen ser peligrosas, por cuanto este tipo de tecnología se considera un medio para evitar poner en riesgo vidas humanas o asignar a los humanos tareas que podrían costarles la vida o afectar su integridad física y mental.[36] Además, los dispositivos con IA son fáciles de sustituir en caso de sufrir algún tipo de daño y, por lo tanto, son prescindibles, lo que no ocurre con los combatientes humanos, cuya vida es invaluable. A esto se puede añadir la resistencia y permanencia de este tipo de máquinas, pues no se encuentran de ningún modo supeditadas a las limitaciones biológicas típicas de un humano. De ahí que puedan operar durante largos períodos de tiempo sin fatigarse o estresarse, así como tampoco verse influidas por su estado de ánimo u otro tipo de sentimientos.[37] Sobre esto Moliner expone:

> La adquisición de capacidades militares mediante el desarrollo de tecnologías avanzadas […] tiene uno de sus principios esenciales, desde la perspectiva ética, en la disminución del riesgo, en "incrementar la supervivencia de los soldados", así como contribuir a "llevar a cabo misiones imposibles para los humanos". Es

34 Vijaya Singh, "Principle of distinction vis a vis artificial intelligence: beginning of a bloodless revolution?", *MJIL* (2019), http://www.mjilonline.org/3930-2/

35 José María Blanco y Jessica Cohen, "Inteligencia artificial y poder", *ARI*, n.° 93 (24 de julio de 2018), http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/ff63c902-09f1-4453-ba9a-cdf2e3946f9c/ARI93-2018-Blanco-Cohen-Inteligencia-artificial-poder.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ff63c902-09f1-4453-ba9a-cdf2e3946f9c

36 Melanie Sisson, "Multistakeholder Perspectives on the Potential Benefits, Risks, and Governance Options for Military Applications of Artificial Intelligence", en *The Militarization of Artificial Intelligence*, Stanley Center for Peace and Security (New York: United Nations, 2019): pp. 3-5, https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/06/Stanley-Stimson-UNODA-2020-TheMilitarization-ArtificialIntelligence.pdf

37 José Manuel Roldán Tudela, *Óp. Cit.*

> lo que se denomina "principio del riesgo innecesario". Dada la obligación ética de todo comandante militar de reducir al máximo las bajas entre los combatientes a sus órdenes, el empleo de sistemas de armas autónomos apoyados en la IA contribuye a ese objetivo. Las misiones que pudieran ser desempeñadas por sistemas autónomos con mayor eficacia en entornos peligrosos, desde la inteligencia, vigilancia y reconocimiento del campo de batalla en todos los dominios hasta el desminado y el combate en áreas urbanas, la lucha antisubmarina o las misiones de interdicción aérea, evitan la sobreexposición a riesgos de soldados mucho más vulnerables físicamente y con menos capacidades funcionales. Además de otras ventajas en los ámbitos de la fiabilidad, el coste y la multiplicación de fuerzas. También se argumenta en sentido favorable a los sistemas autónomos y robóticos que, además de evitar las bajas militares propias causadas por el conflicto, las máquinas no estarían sujetas al influjo de emociones humanas como la ira o el temor, por lo que sería mucho más difícil que cometieran violaciones o actos punibles en conflictos y guerras.[38]

Asimismo, la IA puede contribuir a solucionar problemas importantes en la parte logística. La IA aplicada a la logística y el mantenimiento es sin duda uno de los campos de aplicación más duales. Los beneficios de su uso en estas áreas se pueden ver a corto plazo, pues su explotación es hoy una realidad.[39] Los sistemas de este tipo ofrecen oportunidades operativas en las siguientes áreas: aumento de la eficiencia en la cadena de suministro al hacer más fluido el transporte, planificación optimizada del mantenimiento de las máquinas y de otros equipos, mejora del conocimiento y gestión de la disponibilidad de los equipos gracias al mantenimiento predictivo y la optimización de mantenimiento preventivo y automatización de determinadas tareas como almacenamiento, pedidos, etc.[40] La IA IA también puede ser empleada en la ayuda médica, que muchas veces por diversas circunstancias no está disponible de manera inmediata en el campo de batalla.[41]

38 Juan Antonio Moliner González, "Desafíos éticos en el uso militar de la inteligencia artificial", en *Documentos de Seguridad y Defensa 79. La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos (Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2019): pp. 127-152, https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

39 Carlos Fernando Enríquez González, "Escenarios para el empleo de inteligencia artificial en el horizonte 2035", *Revista del Ejército de tierra Español*, n.° 936 (2019): pp. 28-24, https://ejercito.defensa.gob.es/Galerias/multimedia/revista-ejercito/2019/936/accesible/Revista_Ejercito_Accesible.pdf

40 Florence Parly, *Artificial Intelligence in Support of Defence. Report of the AI Task Force* (Paris: Ministère des Armèes, 2019), https://www.defense.gouv.fr/content/download/573877/9834690/Stratégie%20de%20l%27IA-UK_9%201%202020.pdf

41 Millicent Abadicio, "Artificial Intelligence for Military Logistics – Current Applications", *The AI Research and Advisory Company*, 30 de abril de 2019, https://emerj.com/ai-sector-overviews/arti-

La defensa del ciberespacio es otro de los campos a los que la IA puede ser aplicada. La ciberseguridad implica el diseño de estrategias de defensa que preservan los recursos informáticos, las redes, los programas y los datos del acceso, el cambio o la destrucción no autorizados. Debido a los dramáticos avances en las tecnologías de la información y la comunicación, han surgido y cambiado con rapidez nuevas amenazas de ciberseguridad. Los ciberdelincuentes están adoptando técnicas nuevas y sofisticadas que aumentan la velocidad y la escala de sus ataques.[42] Teniendo en cuenta la velocidad de los procesos y la cantidad de datos que se utilizan en el ciberespacio, no se puede esperar que tenga una defensa eficaz sin ayuda de sistemas IA, haciendo uso de manera exclusiva de la fuerza humana. Entonces, para hacer efectiva esta defensa frente a los ciberataques se pueden utilizar algoritmos de IA para identificar y responder a amenazas en un tiempo mucho más rápido, incluso si la amenaza cambia o se transforma.[43]

Trabajo mixto: solución a las críticas al uso militar de la IA

Como ya se ha podido establecer, los avances tecnológicos generados desde la segunda mitad del siglo pasado han implicado transformaciones en la vida humana. Gracias a estas novedades, el mundo permanece interconectado por medio de sistemas que manejan ingentes volúmenes de información que pueden transmitirse a cualquier parte del mundo, casi de manera instantánea y con asombrosa facilidad. Esto ha provocado cambios en la manera en la cual se desarrollan las operaciones militares, por lo que no es extraño que la IA se haya venido incorporando de manera paulatina en distintos aspectos militares. Según se vio en el punto anterior, la IA proporciona a la institución castrense y a sus integrantes una capacidad sin precedentes para tener, procesar, filtrar e interpretar ingentes cantidades de información de interés militar, compartirla con todos lososuarios que la necesiten de forma casi instantánea y neutralizar cualquier amenaza con rapidez, precisión, eficacia y sin exponer las fuerzas propias al fuego enemigo.[44]

---

ficial-intelligence-military-logistics/

42 Thanh Cong Truong, Quoc Bao Diep y Ivan Zelinka, "Artificial Intelligence in the Cyber Domain: Offense and Defense", *Symmetry* 12, n.° 410 (2020): pp. 1-24, https://res.mdpi.com/d_attachment/symmetry/symmetry-12-00410/article_deploy/symmetry-12-00410-v2.pdf

43 Ensar Şeker, "Use of Artificial Intelligence Techniques. Applications in Cyber Defense", *ArXiV* (2019), https://www.researchgate.net/publication/333674372_Use_of_Artificial_Intelligence_Techniques_Applications_in_Cyber_Defense

44 Guillem Colom Piella, "Una relectura acerca de la revolución en los asuntos militares y la transformación de la guerra", *Revista de Ciencias Sociales* XXIII, n.° 1 (2017): pp. 34-45, https://www.

Allende estas bondades, algunas instituciones del Estado y la sociedad civil, así como organismos internacionales encargados de velar por el estricto cumplimiento y observancia de las normas de los derechos humanos (en adelante DD. HH.) y del derecho internacional humanitario (en adelante DIH), han mostrado su desacuerdo en el uso de la IA en el campo militar y de manera más específica con su utilización en la creación de armas autónomas. El Comité Internacional de la Cruz Roja define este tipo de armas como "robots autónomos letales" o "robots asesinos", los cuales están diseñados para buscar, identificar y atacar objetivos —incluyendo seres humanos— haciendo uso de la fuerza y sin que exista la intervención de un humano. Aunque se reconoce que este tipo de armas no ha sido utilizado en la actualidad en el campo de batalla, es un aspecto bastante atractivo y para cuya investigación se han recaudado fondos, lo que indica que podrían convertirse en una característica de la guerra en unos cuantos años.[45]

El Comité Internacional de la Cruz Roja agrega que, bajo estas circunstancias, el software IA y de aprendizaje automático desarrollado para el reconocimiento autónomo de objetivos supone un verdadero inconveniente, toda vez que se corre el riesgo de generar datos incorrectos (texto, audio, fotos o videos) que eviten distinguir entre combatientes y civiles, combatientes activos y fuera de combate, así como entre civiles que participan de manera directa en las hostilidades y civiles armados, algunos de los cuales se encuentran protegidos por la normatividad humanitaria contra los ataques directos. Además, como este tipo de sistemas carecen de emociones humanas como la compasión, el juicio y la experiencia humana, están impedidas para evaluar de manera correcta un intento genuino de rendirse o la ventaja militar directa y concreta prevista de un ataque. En el marco de un conflicto armado, las debilidades de esta tecnología podrían ser empleadas para manipular la opinión o decisión de una persona, ubicando en una situación de peligro a los civiles.[46]

Una segunda cuestión que se ha examinado en relación a los sistemas de armas autónomas es su velocidad. Respecto a ello, Spindel sostiene que el proceso de análisis de datos es mucho más rápido que el de los humanos y, por ende, se reduce el tiempo en la toma de decisiones, lo que aumenta las pro-

redalyc.org/pdf/280/28056725004.pdf

45 Comité Internacional de la Cruz Roja, "Armas autónomas: los Estados deben abordar importantes retos humanitarios y éticos", 2 de septiembre de 2013, https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/faq/q-and-a-autonomous-weapons.htm

46 *Ibídem*.

babilidades de un accidente. En un escenario de combate no existen árbitros para exigir un tiempo de espera, por lo que se deberá equilibrar el deseo de una respuesta rápida para evitar posibles consecuencias de las acciones. Estas acciones que se le han habilitado al sistema de IA superan la capacidad humana para la toma decisiones y esto representa una disminución de la facultad de control por parte del individuo durante un ataque. Por otro lado, si en un momento o situación determinada un sistema IA quisiera revertir la decisión de una acción armada contra un objetivo, difícilmente se lograría, pues el sistema de IA no dispone de la misma capacidad de reflexión que un humano sobre sus decisiones.[47]

En una tercera medida, el Comité de la Cruz Roja Internacional advierte sobre los peligros que existen respecto a la información errónea transmitida por parte de los sistemas IA. Estas herramientas de aprendizaje automático reúnen información de identificación personal de múltiples fuentes, incluidos sensores, comunicaciones, bases de datos, redes sociales y datos biométricos para crear un análisis sobre diferentes aspectos de la persona. De modo que, al emplearse de mala manera, podría conducir a arrestos, malos tratos, discriminación, denegar acceso a servicios esenciales o ataques.[48] Finalmente, la Asociación China de Control de Armas y Desarme expone la preocupación que supone una posible carrera armamentista entre potencias mundiales, las cuales no son una novedad para estos tiempos en los que la competencia por la innovación militar es un asunto casi de carácter consuetudinario. Como ha sucedido con otro tipo de adelantos tecnológicos, la competencia por obtener el control de los sistemas de IA puede decantar en el estallido de conflictos armados entre potencias mundiales.[49]

Uno de los elementos más problemáticos que se presentan en el uso de máquinas con sistemas IA es la determinación de objetivos y la capacidad de hacer fuego o no. Lo primero que debe tenerse claro es que a largo plazo la introducción de este tipo de tecnologías será inminente; aunque un Estado tome

47 Jennifer Spindel, "Artificial Intelligence, Nuclear Weapons and Strategic Stability", en *The Militarizarion of Artificial Intelligence*, S. C. Security (New York: United Nations, 2019): pp. 6-10, https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/06/Stanley

48 International Comitte Red Cross, "Artificial intelligence and machine learning armed conflict: A human-centred approach", International Comitte Red Cross, 6 de junio de 2019, https://www.icrc.org/en/download/
file/96992/ai_and_machine_learning_in_armed_conflict-icrc.pdf

49 China Arms Control and Disarmament Association, *Op. Cit.*

la decisión de no emplear dispositivos con IA , ello no evitará que otros Estados o actores armados hagan uso de ellos. Siendo así, se encontrarán en una situación de franca desventaja y avocados a recurrir a ellos como medio de defensa. En segunda instancia, es importante recordar que el uso de máquinas con IA dotadas con armas no implica *per se* la puesta en peligro de vida humanas, bien sea de enemigos o de civiles, toda vez que muchos de estos sistemas están diseñados para realizar funciones defensivas.[50] Como tercer punto, hay que reconocer que el concepto de autonomía tiene distintas interpretaciones, de acuerdo con el contexto. De esta manera, en ciertas áreas puede hacer referencia a la capacidad de elegir objetivo de manera libre; no obstante, en el caso del ámbito militar se hace referencia a máquinas que pueden actuar con independencia, en función del logro de un objetivo determinado por un agente externo.[51] Esto refiere entonces a una perspectiva donde la autonomía no se refiere a la inteligencia de la máquina, sino a su relación con el controlador humano, la cual puede establecerse de tres maneras distintas:

- Semiautónomos (*Human in the loop*). Se refiere a aquellos sistemas en los cuales los humanos toman la decisión sobre las acciones que se van a llevar a cabo; incluso cuando se va a lanzar un ataque, el humano trabaja con el sistema para determinar en qué momento y a qué o quién disparar.[52] Dentro de esta categoría se hallan el *Pack Bot* (detención y desactivación de dispositivos explosivos), el *Guardium, Talon* o *MQ-1 Predator* (vehículos no tripulados para misiones de reconocimiento y combate), cuya liberación de fuerza destructiva está supeditadas a la orden de operadores humanos. Una vez que los sistemas semiautónomos se activan, solo están programados para enfrentarse a objetivos específicos que han sido seleccionados con anterioridad por el operador humano. El hecho de que sean los humanos quienes toman la decisión final sobre el uso de la fuerza implica un esquema de responsabilidad al de los pilotos de aeronaves.[53]

50 Jules Palayer, *Robótica e Inteligencia Artificial: ¿Hacia la sustitución del componente humano en las Fuerzas Armadas?* (Barcelona: Universitat de Barcelona, 2019), https://recercat.cat/bitstream/handle/2072/376677/Palayer%2C%20Jules.pdf?sequence=1

51 Willem F. G. Haselager, "Robotics, philosophy and the problems of autonomy", *Programaticsand congnition* 13, n.° 3 (2005): pp. 515-532, http://www.socsci.ru.nl/haselag/publications/PragCogHaselager05.pdf

52 Peter Singer, "In the Loop? Armed Robots and the Future of War", *Brookings* 28 de enero de 2019, https://www.brookings.edu/articles/in-the-loop-armed-robots-and-the-future-of-war/

53 Daniele Amoroso y Guglielmo Tamburrini, "Autonomous Weapons Systems and Meaningful Hu-

- Autónomos supervisados por el hombre (*human on the loop)*. Como su mismo nombre lo indica, este grupo se compone de sistemas con capacidad para actuar de manera autónoma en actividades que van desde la detección e identificación de un objetivo hostil hasta el ataque para neutralizarlo. En este caso, el sistema de defensa actúa en forma autónoma, observa, detecta e identifica el objetivo hallado dentro de su espacio de vigilancia y lo neutraliza, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento que se han establecido previamente. El operador humano realiza la supervisión de la acción y solo interviene en aquellas ocasiones en las cuales se considere necesario. Algunos ejemplos son los sistemas de defensa naval como el AEGIS (defensa de buques y bases militares) y *Phalanx Close-In Weapon System* (sistema de armamento de proximidad empleado en buques de guerra para la defensa contra misiles antibuques).[54]
- Completamente autónomos (*human out of the loop*). Este se convierte en el último eslabón en la cadena de autonomía de los sistemas IA. Se trata de sistemas capaces de tomar decisiones por sí mismos, incluso de disparar sobre un objetivo humano sin ningún de supervisión humana. Sin embargo, este tipo de artefactos no existen en la actualidad, pues suponen un reto tecnológico dadas las implicaciones jurídicas que tiene su utilización. Por el momento, los sistemas autónomos sin supervisión huma se encuentran circunscritos al campo del ciberespacio, donde no pueden desencadenar daños humanos ni materiales importantes.[55]

De lo que se ha visto hasta aquí, se tiene que a instancias de habilitar el juicio humano sobre el uso de la fuerza y otorgar validez a los resultados de la información procesada, los dispositivos guiados por sistemas IA deben mantenerse bajo la supervisión de un humano. Esto por cuanto serán estas personas quienes a fin de cuentas autoricen o determinen su empleo en forma

man Control: Ethical and Legal Issues", *Current Robotics Reports*, n.° 1 (2020): pp. 187-194, https://link.springer.com/article/10.1007/s43154-020-00024-3

54 Andreas Westhues, *Sistemas de armas autónomas letales: ¿autónomas o automatizadas?* (Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2020), http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:master-IUGM-PSD-Awesthues/Westhues_Andreas_TFM.pdf

55 José Luis Aznar Lahoz, "La robótica en la guerra del futuro", *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 27 de enero de 2020, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2020/DIEEEM02_2020JOSAZN_robots.pdf

responsable. De esto se colige que más allá las preocupaciones que existan por la incorporación de los sistemas IA a las diversas funciones que cumple la institución militar, se requiere el desarrollo y la implementación de un trabajo conjunto entre humanos y sistemas IA para aprovechar los beneficios que otorga este tipo de tecnología como potenciadora de fuerza.[56] Si se vuelve sobre las críticas realizadas al uso de los sistemas IA en el campo militar, se encuentra que el trasfondo de todas ellas es la protección de la dignidad humana. Entre las razones esgrimidas no se discute el hecho de matar o de que lo hagan máquinas, siempre y cuando estén bajo la supervisión y control de un humano. La cuestión subyace en el hecho de despersonalizar estas situaciones, el alejamiento de los humanos del mismo campo.

4. Aplicación del DIH en el uso de los sistemas con IA

En apartados anteriores se ha insistido en que la IA y su implementación en el campo militar son cada vez más recurrentes, lo que evidencia un impulso orientado a mejorar el desarrollo de las actividades militares y el cumplimiento de las funciones definidas por un Estado a los miembros de sus Fuerzas Armadas. Asimismo, se ha visto la preocupación que existe por parte de diversas instancias de la sociedad acerca del empleo de sistemas con IA, en especial relacionadas con las afectaciones que puedan producir en el campo de batalla. Ya se ha tratado de dar respuestas a algunos de estos interrogantes; empero, queda por resolver una pregunta relacionada con la aplicación de las normas establecidas por el DIH. Si bien, una de las razones principales de la existencia del DIH es contribuir a minimizar los daños provocados por un conflicto armado, principalmente en la población civil, hay una discusión vigente entre diferentes académicos que descansa en la forma de conciliar el uso de sistemas de armas autónomas en operaciones militares con la aplicación del DIH.

Para muchos de ellos, la aplicación de las normas que rigen los conflictos armados en estos casos es, por demás, objetable y cuestionada. Se trata de máquinas y, por lo tanto, el elemento humano se encuentra excluido; esto complica la situación, en especial en aquellos aspectos relativos a las responsabilidades de mando y control, porque implica delegar funciones humanas

56 Marlon Brown, "Confiar en los sistemas de inteligencia artificial de los equipos de combate", *Military Review*, (2020): pp. 26-35. https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/Brown-preparandonos-para-confiar-en-los-sistemas-de-inteligencia-artificial-de-los-equipos-de-combate-SPA-Q2-2020.pdf

a sistema de IA . En definitiva, la aplicación de un corpus normativo como el DIH, el cual está adecuado al comportamiento humano a máquinas, parece una idea bastante incongruente.[57] La delegación de funciones en un algoritmo podría causar problemas al aplicar el principio de distinción. No es posible encargar la selección y ataque de objetivos a sistemas autónomos, pues no están preparados para comprender el contexto y las dificultades de aplicar reglas del DIH a la población civil o a personas fuera de combate (combatientes rendidos, heridos o enfermos); aparte de los inconvenientes propios de un conflicto con características asimétricas, donde se hace difícil distinguir quién es y quién no es un combatiente.[58]

Además, se ha argumentado que los sistemas de armas autónomos no pueden satisfacer el principio de proporcionalidad, porque requieren una valoración subjetiva caso por caso del perjuicio de posibles efectos colaterales ponderados con la importancia del objetivo militar. Hacer un juicio de proporcionalidad requiere más que un balance de datos cuantitativos; implica una valoración evaluativa, cualitativa y ética por parte de un ser humano que pondera y compara valores complejos de la situación sobre la que debe tomar la decisión.[59] Por el momento, es imposible que los sistemas totalmente autónomos desarrollen comportamientos y valores específicamente humanos que les permitan cumplir con requisitos legales para conducirse en el campo de batalla. Esto lleva a reconocer que, mientras no existan avances en la materia, la probabilidad de errores continúa estando latente y sigue constituyendo un desafío para los científicos. En consecuencia, la necesidad de mantener el desempeño de estas máquinas bajo la mirada estricta de supervisores humanos es absoluta.[60]

Ahora bien, aunque los Convenios de Ginebra, los Protocolos Adicionales y las convenciones sobre armas biológicas y armas convencionales

57 Fulio Queirolo Pellerano, "Sistemas de armas autónomas letales (LAWS). Reflexiones para un debate", *Política y Estrategia,* n.° 134 (2019): pp. 147-170, https://www.politicayestrategia.cl/index.php/rpye/article/download/790/467

58 Eugenio García, "Artificial Intelligence, Peace and Security: Challenge for International Humanitarian Law", *Cuadernos de Política Exterior*, n.° 8 (2019): pp. 1-16, https://www.researchgate.net/publication/335787943_Artificial_Intelligence_Peace_and_Security_Challenges_for_International_Humanitarian_Law

59 Forrest E. Morgan, Benjamin Boudreaux, Andrew J. Lohn, Mark Ashby, Christian Curriden, Kelly Klima y Derek Grossman, *Military Aplications of Artificial Intelligence. Ethical concerns in a uncertain world* (Santa Monica: Rand Carporation, 2020), https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR3139-1.html

60 Juan Antonio Moliner González, *Op. Cit.*

no se refieren a los sistemas de IA, los principios y normas para regular los métodos y medios de guerra no se limitan únicamente a las situaciones de contexto donde se originaron. De modo que, en cualquier circunstancia, el empleo de los sistemas con IA en el contexto de operaciones militares debe hacerse bajo la más estricta observancia de los principios y normas del DIH.[61] Esta idea ha sido reforzada por los últimos informes de los expertos de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCW, por sus siglas en inglés), quienes han incluido como principio rector seguir aplicando a todos los sistemas IA el derecho internacional humanitario y procurar mantener sobre el ser humano la responsabilidad por las decisiones que se adopten sobre su uso.[62] Por su puesto, el hecho de que por ahora no se tenga respuesta para ciertos interrogantes no se traduce en la prohibición a los científicos de seguir investigando.

En tiempo presente, no existe un pronunciamiento oficial que indique que sea posible el desarrollo de sistemas IA con la capacidad de regir su accionar por medio del DIH, ni se tiene conocimiento de nadie que sugiera que se puede usar este tipo de tecnologías incluso si tal desarrollo resulta ser posible. Por ahora no se prevé un despliegue de producción de sistemas autónomos mediante la aplicación de IA por parte de los gobiernos con la posible capacidad para hacerlo, excepto en entornos muy limitados y con anterioridad definidos.[63] Pese al escepticismo que existe en relación a crear una máquina con la inteligencia contextual necesaria para adaptarse a la gran variedad de situaciones que puedan surgir en un contexto hostil, no es posible predecir los desarrollos científicos a futuro. El hecho de que los sistemas autónomos funcionen en circunstancias dinámicas y desestructuradas no significa que dichas situaciones sean imprevisibles y pueda lograrse una cierta adaptación a la normativa que se requiere.

61 Javier Alberto Ayala Amaya, *Los ciberconflictos a la luz del derecho internacional humanitario* (Bogotá: Ibáñez, 2018).

62 Ángel Gómez de Ágreda, "La inteligencia artificial en el campo de batalla", en *Documento de Trabajo 04/2019. Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (Madrid: Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, 2019): pp. 127-148, adadm/http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2019/DIEEET04-2019InteligenciaRobotica.pdf

63 David Wallace y Shane Reeves, "Modern Weapons and the Law of Armed Conflict", en *U.S. Military Operations: Law, Policy, and Practice*, Geoffrey S. Corn, Rachel E. VanLandingham, Shane R. Reeves y Stanley A. McChrystal (Oxford: Oxford University, 2015): pp. 42-66, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2707292

Dados los beneficios que el uso de sistemas con IA tiene para el ejercicio de las funciones militares, se deben magnificar los esfuerzos en investigación procurando prevenir los malos efectos que podrían provenir de las próximas creaciones. Por esto, son los científicos encargados de programar los algoritmos y desarrollar los sistemas con IA quienes han de contribuir a regular su uso en el ámbito militar.[64] Los investigadores son quienes, en principio, deben adoptar todas las medidas necesarias para su empleo y utilización, siguiendo principios éticos y legales. El reto para los científicos es asegurarse de que los estudios y creaciones encaminadas a corregir los errores humanos en la esfera de acción del campo de batalla no terminen superando los daños que pretendían remediar. En ese sentido, los procesos de invención y producción de sistemas con IA para el uso militar deben estar bajo la responsabilidad de un humano, incluso si se trata de armas que pueden llegar a ser letales.[65]

Si un Estado o sus fuerzas militares quieren evaluar la legalidad del uso de un sistema autónomo, debe tener en cuenta ciertos criterios como, por ejemplo, si el sistema se encuentra acorde con convenciones internacionales específicas tales como la Convención sobre el empleo de armas nocivas o de efectos indiscriminados y sus Protocolos.[66] De igual modo, se debe verificar que las armas cuyo sistema funciona a partir de IA no causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente (art. 35.° del Protocolo I adicional); que se utilicen para atacar a la población civil o a las personas que gozan de protección general contra los peligros procedentes de las operaciones militares, cometer actos o amenazas de violencia con la finalidad de aterrorizar a la población civil, provocar ataques indiscriminados, ataques dirigidos como represalias contra la población (art. 51.° del Protocolo I adicional); y, si están en concordancia con los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública (art. 1.° del Protocolo I adicional).[67]

64 Patricia Guzmán, "La inteligencia artificial, la ética y el derecho", *Asuntos legales*, 6 de noviembre de 2020, https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-inteligencia-artificial-la-etica-y-el-derecho-3085059

65 Marco Sassóli, *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified* (New Port: U.S. Naval College, 2014), https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=ils

66 Asamblea General de las Naciones Unidas, "Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados", 10 de octubre de 1980, https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/40BDE99D98467348C12571DE0060141E/$file/CCW+text.pdf

67 Comité Internacional de la Cruz Roja, "Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949", 8 de junio de 1977, https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-gine-

Del mismo modo, se puede hacer uso de la Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos, cuyo propósito es ayudar a los Estados a establecer o mejorar los procedimientos para determinar la licitud de las armas, los medios y métodos de guerra nuevos de conformidad con el artículo 36.° del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. Esta guía propone llevar a cabo el reconocimiento técnico de armas nuevas en las etapas más tempranas posibles de su investigación, desarrollo o adquisición. Cuando se trata de un Estado productor de armas se aconseja efectuar el examen en la etapa de concepción, diseño del arma y desarrollo tecnológico, y cuando el Estado es el comprador del armamento el examen debe realizarse durante la etapa de estudio del arma que se ha propuesto para la compra y antes de comenzar el proceso de adquisición. Según el CICR, el Estado comprador está obligado a hacer su propio examen del arma, con independencia de las pruebas del vendedor o el fabricante.[68]

Es claro que la solución no está en la prohibición del uso de dichos sistemas a las instituciones castrenses. Recuérdese cómo durante la Edad Media el Concilio Lateranense, a través del Decreto No. 29, proscribió el uso de las ballestas contra los cristianos, bajo la pena de anatema.[69] Como quiera que sea, el intento de prohibir las ballestas fue fallido; aun después de declararse una pena para ello muchos de los ejércitos europeos, incluyendo los del Papa, incorporaron grupos de ballesteros durante sus campañas.[70] De tal modo que el uso de sistemas IA en el ámbito militar —y sobre todo en el campo de batalla— es inevitable; de por sí, su aplicación ya es una realidad y en el futuro se incrementará cada vez más gracias a las ventajas tácticas y estratégicas que proporcionan. Su aportación más importante no es —como muchos imaginan— la autonomía, sino la capacidad que poseen para interconectarse y permitir un conocimiento absoluto de todo lo que está ocurriendo en tiempo real. La solución no es pues su prohibición, sino la potenciación de las capacidades humanas en temas de IA y de las diferentes formas de interacción entre hombre-máquina.[71]

bra-1949-proteccion-victimas- conflictos-armados-internacionales-1977

68 Kathleen Lawand, *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos. Medidas para aplicar el artículo 36 del Protocolo adicional I de 1977* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006).

69 "Lateranense II 1139. Concilia oecumenica et generalia Ecclesiae catholicae", Clerus, http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/es/index3.htm

70 María González Castañón, "Un conjunto de punta de proyectil recuperadas en la excavación del Castro de los Judíos (Puente Castro, León) y el uso de arcos y ballestas en la Edad Media", *Estudios humanísticos*, n.° 6 (2007): pp. 65-84, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2886756

71 Ángel Gómez de Ágreda, *Op. Cit*.

La participación de los humanos en el desarrollo y empleo de sistemas IA para ser aplicados en el contexto militar es un aspecto de gran importancia, en especial para mantener el éxito operacional derivado de la legalidad y legitimidad con que se conduce cada misión. Por tal razón, los miembros de las Fuerzas Armadas de los diferentes países requerirán cada vez más de capacidades cognitivas que los preparen, no solo para maximizar el desarrollo de estas tecnologías, sino para funcionar en conjunto con ellas. Ello requiere dotar a los militares de cuerpos de conocimiento específico para ser efectivos en las actividades que se proponen realizar y formarlos con un orden de pensamiento superior que les permita observar, reflexionar, sintetizar e imaginar conceptos e información y comunicar los resultados del proceso. Si bien las máquinas han logrado avanzar en algunos de estos aspectos propios del ser humano, no han conseguido su comprensión completa. Así, el conocimiento y la comprensión humana continuarán siendo necesarias pese a la existencia de sistemas IA.[72]

Conclusiones

La tecnología ha revolucionado la forma de vida de los seres humanos al satisfacer continuamente sus necesidades previamente insatisfechas. Un ejemplo de esto es el advenimiento de la IA como una ciencia que utiliza técnicas computacionales sofisticadas para producir sistemas capaces de simular diversas funciones del ser humano que los hacen inteligentes. Impulsada por los avances recientes en el aprendizaje automático y las tecnologías de redes neuronales, la IA se ha convertido en uno de los avances más importante de la historia. Estas novedades han llevado a que esta tecnología esté siendo acogida por las instituciones militares para adquirir superioridad, tanto así que en la actualidad existen ejércitos dirigiendo sus esfuerzos a la implementación de sistemas IA en distintas áreas, donde han resultado ser maravillosamente eficientes.

La autonomía que permiten estos sistemas en el desarrollo de las funciones militares ha provocado mejoras importantes en el mando y control en la logística y en la protección de las propias tropas. Aunque estos elementos aún permanecen bajo la supervisión humana, la idea de que en algún momento puedan ejecutar acciones por completo autónomas ha provocado una serie

72 Joseph E. Aoun, *A prueba de robot. Educación más alta en la edad de la inteligencia artificial* (Londres: Instituto Tecnológico de Massachusetts, 2017).

de críticas respecto a la precisión con la cual puedan aplicar las normas del Derecho Internacional Humanitario. Si bien hasta el día de hoy no se conocen sistemas cuya autonomía sea completa, el uso de sistemas con IA para reforzar las eficiencias de las labores militares es innegable. Frente a esto, no es necesario ni su prohibición ni la expedición de unas normas especiales para estas tecnologías, pues ya existen un cuerpo normativo que es independiente de los avances tecnológicos. Lo importante es que quienes producen estos sistemas cumplan con las normas jurídicas para su creación e implementación y también que se procure una educación para que los militares empiecen a entender su papel en la interacción con la IA.

Bibliografía

Abadicio, Millicent. "Artificial Intelligence for Military Logistics – Current Applications". *The AI Research and Advisory Company*, 30 de abril de 2019. https://emerj.com/ai-sector-overviews/artificial-intelligence-military-logistics/

Amoroso, Daniele y Tamburrini, Guglielmo. "Autonomous Weapons Systems and Meaningful Human Control: Ethical and Legal Issues". *Current Robotics Reports,* n.° 1 (2020): pp. 187-194. https://link.springer.com/article/10.1007/s43154-020-00024-3

Aoun, Joseph E. *A prueba de robot. Educación más alta en la edad de la inteligencia artificial*. Londres: Instituto Tecnológico de Massachusetts, 2017.

Ardila, Rubén. "Inteligencia. ¿Qué sabemos y qué nos falta por investigar?". *Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas y Físicas Naturales* 35, n.° 134 (2011). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-39082011000100009

Arévalo Marentes, Arturo. *Inteligencia artificial, prioridad en la estrategia de defensa de EE.UU*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2018. https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/21066/ArevaloMarentesArturo2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Ayala Amaya, Javier Alberto. *Los ciberconflictos a la luz del derecho internacional humanitario*. Bogotá: Ibáñez, 2018.

Aznar Lahoz, José Luis. "La robótica en la guerra del futuro". *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 27 de enero de 2020. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2020/DIEEEM02_2020JOSAZN_robots.pdf

Barragán Montes, Rocío. "Integración de datos para obtener la Common Operational Picture a nivel operacional y estratégico". En *Documento de Trabajo 04/2019. Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Madrid: Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, 2019. adadm/http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2019/DIEEET04-2019InteligenciaRobotica.pd

Barrera Arrestegui, Luis. "Fundamentos históricos y filosóficos de la inteligencia artificial". *UCV-HACER. Revista de Investigación y Cultura* 1, n.° 1 (2012): pp. 87-92. https://www.redalyc.org/pdf/5217/521752338014.pdf

Bipartisan Policy Center y Gorgetaown University's Center for Security and Emerging Technology. *Artificial Intelligence and National Security*. Washington: The Bipartisan Policy Center y Gorgetaown University's Center for Security and Emerging Technology, 2020. https://bipartisanpolicy.org/wp-content/uploads/2020/07/BPC-Artificial-Intelligence-and-National-Security_Brief-Final-1.pdf

Blanco, José María y Cohen, Jessica. "Inteligencia artificial y poder". *ARI*, n.° 93 (24 de julio de 2018). http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/ff63c902-09f1-4453-ba9a-cdf2e3946f9c/ARI93-2018-Blanco-Cohen-Inteligencia-artificial-poder.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ff63c902-09f1-4453-ba9a-cdf2e3946f9c

Brown, Marlon. "Confiar en los sistemas de inteligencia artificial de los equipos de combate", *Military Review*, (2020): pp. 26-35. https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/Brown-preparandonos-para-confiar-en-los-sistemas-de-inteligencia-artificial-de-los-equipos-de-combate-SPA-Q2-2020.pdf

Cabanelas Omil, José. "Inteligencia artificial ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?". *Mercados y negocios* 1, n.° 40 (2019): pp. 5-22. https://core.ac.uk/download/pdf/322549947.pdf

China Arms Control and Disarmament Association. "Artificial Intelligence and Its Military Implications". En *The Militarization of Artificial Intelligence*, Stanley Center for Peace and Security. New York: United Nations, 2019. https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/06/Stanley-Stimson-UNODA-2020- TheMilitarization-ArtificialIntelligence.pdf

Clerus. "Lateranense II 1139. Concilia oecumenica et generalia Ecclesiae catholicae". http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/es/index3.htm

Colom Piella, Guillem. "Una relectura acerca de la revolución en los asuntos militares y la transformación de la guerra". *Revista de Ciencias Sociales* XXIII, n.° 1 (2017): pp. 34-45. https://www.redalyc.org/pdf/280/28056725004.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja. "Armas autónomas: los Estados deben abordar importantes retos humanitarios y éticos", 2 de septiembre de 2013. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/faq/q-and-a-autonomous-weapons.htm

Comité Internacional de la Cruz Roja. "Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949", 8 de junio de 1977. https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas- conflictos-armados-internacionales-1977

Comité Internacional de la Cruz Roja. *XIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. El derecho internacional humanitario y los desafíos delos conflictos armados contemporáneos. Reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 701º aniversario de los Convenios de Ginebra*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019. https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/10/33IC-IHL-Challenges-report_ES.pdf

Cong Truong, Thanh; Bao Diep, Quoc y Zelinka, Ivan. "Artificial Intelligence in the Cyber Domain: Offense and Defense". *Symmetry* 12, n.° 410 (2020): pp. 1-24. https://res.mdpi.com/d_attachment/symmetry/symmetry-12-00410/article_deploy/symmetry-12-00410-v2.pdf

Cummings, Mary Louise. "Artificial Intelligence and the Future of Warfare". *Research Paper. Chatham House. The Royal Institute of International Affairs*, enero de 2017. https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2017-01-26-artificial-intelligence-future-warfare-cummings-final.pdf

De la Cruz J. M. y Dormido Bencomo, Sebastián. "Inteligencia artificial: Pasado, presente y futuro". *Aldaba: Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla* 14 (1989): pp. 9-22. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1980249.pdf

De la Fuente Chacón, José Carlos. "La inteligencia artificial y su aplicación en el mundo militar". En *Documentos de Seguridad y Defensa 79. La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2019. https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. "Inteligencia", 2020. https://dle.rae.es/inteligencia

Domínguez Estévez, Fernando. *Entrenando bots para juegos online mediante aprendizaje por refuerzo basado en casos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2017. https://eprints.ucm.es/44576/1/Memoria.pdf

Enríquez González, Carlos Fernando. "Escenarios para el empleo de inteligencia artificial en el horizonte 2035". *Revista del Ejército de tierra Español*, n.° 936 (2019): pp. 28-24. https://ejercito.defensa.gob.es/Galerias/multimedia/revista-ejercito/2019/936/accesible/Revista_Ejercito_Accesible.pdf

file/96992/ai_and_machine_learning_in_armed_conflict-icrc.pdf

Galindo Ramírez, Nohra May. *Inteligencia artificial aplicada a las organizaciones*. Bogotá: Universidad Militar, 2016. adadm/https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15965/GalindoRamírezNohraMay2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gamarra Torroledo, Camilo Andrés y Ríos Beltrán, Manuel Sebastián. *Aplicación de técnicas de aprendizaje profundo para la clasificación y reconocimiento de objetos en imágenes*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2018. https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10680/2018Gamarracamilo.pdf?sequence=1

Ganascia, Jean-Gabriel. "La inteligencia artificial: entre el mito y la realidad". *El correo de la UNESCO*, (2018): pp. 7-9. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265211_spa

García, Eugenio. "Artificial Intelligence, Peace and Security: Challenge for International Humanitarian Law". *Cuadernos de Política Exterior*, n.° 8 (2019): pp. 1-16. https://www.researchgate.net/publication/335787943_Artificial_Intelligence_Peace_and_Security_Challenges_for_International_Humanitarian_Law

Gómez de Ágreda, Ángel. "La inteligencia artificial en el campo de batalla". En *Documento de Trabajo 04/2019. Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (Madrid: Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, 2019): pp. 127-148, adadm/http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2019/DIEEET04-2019InteligenciaRobotica.pdf

González Castañón, María. "Un conjunto de punta de proyectil recuperadas en la excavación del Castro de los Judíos (Puente Castro, León) y el uso de arcos y ballestas en la Edad Media", *Estudios humanísticos*, n.° 6 (2007): pp. 65-84. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2886756

Guzmán, Patricia. "La inteligencia artificial, la ética y el derecho". *Asuntos legales*, 6 de noviembre de 2020. https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-inteligencia-artificial-la-etica-y-el-derecho-3085059

Hardy, Thomas. "Inteligencia artificial". *Polis. Revista Latinoamericana* 2 (2002): pp. 1-21. https://journals.openedition.org/polis/pdf/7970

Haselager, Willem F. G. "Robotics, philosophy and the problems of autonomy". *Programaticsand congnition* 13, n.° 3 (2005): pp. 515-532. http://www.socsci.ru.nl/haselag/publications/PragCogHaselager05.pdf

Hinestroza Ramírez, Denniye. *El machine learning a través de los tiempos y los aportes a la humanidad*. Pereira: Universidad Libre, 2018. https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17289/EL%20MACHINE%20LEARNING.pdf?sequence=1&isAllowed=y

International Comitte Red Cross. "Artificial intelligence and machine learning armed conflict: A human-centred approach", 6 de junio de 2019. https://www.icrc.org/en/download/

Jiménez Cruz, Joel. "Cibernética, inteligencia artificial y robótica". *Casa del Tiempo* 4, n.° 13 (2008): pp. 52-56. http://www.uam.mx/difusion/casadeltiempo/13_iv_nov_2008/casa_del_tiempo_eIV_num13_52_56.pdf

Lawand, Kathleen. *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos. Medidas para aplicar el artículo 36 del Protocolo adicional I de 1977*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006.

Lewis, Dustin A. "Legal reviews of weapons, means and methods of warfare involving artificial intelligence: 16 elements to consider". *Humanitarian Law & Policy*, 21 de marzo de 2019. https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2019/03/21/legal-reviews-weapons-means-methods-warfare-artificial-intelligence-16-elements-consider/

Masuhr, Niklas. "AI in Military Enabling Applications", *Analyses in Security Policy,* n.° 251 (2019): pp. 1-4. https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/CSSAnalyse251-EN.pdf

Moliner González, Juan Antonio. "Desafíos éticos en el uso militar de la inteligencia artificial". En *Documentos de Seguridad y Defensa 79. La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2019. pp. 127-152, https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

Morgan, Forrest E.; Boudreaux, Benjamin; Lohn, Andrew J.; Ashby, Mark; Curriden, Christian; Klima, Kelly y Grossman, Derek. *Military Aplications of Artificial Intelligence. Ethical concerns in a uncertain world*. Santa Monica: Rand Carporation, 2020. https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR3139-1.html

Ocaña-Fernández, Yolvi; Valenzuela-Fernández, Luis Alex; Garro-Aburto, Luzmila Lourdes. "Inteligencia artificial y sus implicaciones en la educación superior". *Propósitos y representaciones* 7, n.° 2 (agosto de 2019): pp. 536-568. http://www.scielo.org.pe/pdf/pyr/v7n2/a21v7n2.pdf

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. "Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados", 10 de octubre de 1980. https://

www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/40BDE99D98467348C-12571DE0060141E/$file/CCW+text.pdf

Palayer, Jules. *Robótica e Inteligencia Artificial: ¿Hacia la sustitución del componente humano en las Fuerzas Armadas?* Barcelona: Universitat de Barcelona, 2019. https://recercat.cat/bitstream/handle/2072/376677/Palayer%2C%20Jules.pdf?sequence=1

Palma, J. T.; Paniagua, E.; Martín, F. y Marín, R. "Ingeniería del conocimiento. De la extracción al modelado de conocimiento inteligencia artificial". *Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial* 4, n.° 11 (2000): pp. 46-72. https://www.redalyc.org/pdf/925/92541105.pdf

Parly, Florence. *Artificial Intelligence in Support of Defence*. *Report of the AI Task Force*. Paris: Ministère des Armèes, 2019. https://www.defense.gouv.fr/content/download/573877/9834690/Stratégie%20de%20l%27IA-UK_9%201%202020.pdf

Pazos Sierra, Alejandro; Pedreira Souto, Nieves; Rabuñal Dopico, Juan Ramón y Pereira Loureiro, Javier. "Inteligencia artificial y computación avanzada", en *Inteligencia artificial y avanzada*, editado por Juan Jesús Romero, Carlos Dafonte, Ángel Gómez Fernando y Jorge Penousal (Santiago de Compostela: Fundación Alfredo Brañas, 2007): pp. 9-34. https://docplayer.es/4280488-Inteligencia-artificial-y-computacion-avanzada.html

Queirolo Pellerano, Fulio. "Sistemas de armas autónomas letales (LAWS). Reflexiones para un debate". *Política y Estrategia,* n.° 134 (2019): pp. 147-170. https://www.politicayestrategia.cl/index.php/rpye/article/download/790/467

Rainer Granados, José Javier y Rodríguez Baena, Luis. "Perspectiva histórica y evolución de la inteligencia artificial". En *Documentos de Seguridad y Defensa 79*. *La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2019. https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

Rodríguez Pérez, Katia. "Aplicaciones militares de la inteligencia artificial". *América Latina en movimiento*, n.°544 (2019). https://www.alainet.org/es/articulo/203286

Roldán Tudela, José Manuel. "La inteligencia artificial y la fricción de la guerra". En *Documentos de Seguridad y Defensa 79*. *La inteligencia artificial aplicada a la defensa*, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid: Ministerio de Defensa Español, 2017. https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/731297.pdf

Sampedro, Javier. "Marvin Minsky, cerebro de la inteligencia artificial". *El País*, 2 de enero de 2016. https://elpais.com/elpais/2016/01/26/ciencia/1453809513_840043.html

Sánchez Cánovas, José; Puelles, Luis y Albertos, Pedro. "Inteligencia artificial e inteligencia humana". *Anales de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia 1993-1994* (1994): pp. 69-94. http://rseap.webs.upv.es/Anales/93_94/A_Indice.pdf

Sassóli, Marco. *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified*. New Port: U.S. Naval College, 2014. https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=ils

Schubert, Johan; Brynielsson, Joel; Nilsson, Mattias y Svenmarck, Peter. "Artificial Intelligence for Decision Support in Command and Control Systems". *23rd International Command and Control Research and Technology Symposium* (noviembre de 2018). https://

www.foi.se/download/18.41db20b3168815026e010/1548412090368/Artificial-intelligence-decision_FOI-S--5904--SE.pdf

Şeker, Ensar. "Use of Artificial Intelligence Techniques. Applications in Cyber Defense". *ArXiV* (2019). https://www.researchgate.net/publication/333674372_Use_of_Artificial_Intelligence_Techniques_Applications_in_Cyber_Defense

Singer, Peter. "In the Loop? Armed Robots and the Future of War". *Brookings* 28 de enero de 2019. https://www.brookings.edu/articles/in-the-loop-armed-robots-and-the-future-of-war/

Singh, Vijaya. "Principle of distinction vis a vis artificial intelligence: beginning of a bloodless revolution?". *MJIL* (2019). http://www.mjilonline.org/3930-2/

Sisson, Melanie. "Multistakeholder Perspectives on the Potential Benefits, Risks, and Governance Options for Military Applications of Artificial Intelligence". En *The Militarization of Artificial Intelligence*, Stanley Center for Peace and Security. New York: United Nations, 2019. https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/06/Stanley-Stimson-UNODA-2020-TheMilitarization-ArtificialIntelligence.pdf

Spindel, Jennifer. "Artificial Intelligence, Nuclear Weapons and Strategic Stability". En *The Militarizarion of Artificial Intelligence*, S. C. Security. New York: United Nations, 2019. https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/06/Stanley

Valencia, Raúl. "Artificial intelligence in command and control systems", Gmv innovating solutions blog, 16 de junio de 2020. https://www.gmv.com/blog_gmv/language/en/artificial-intelligence-in-command-and-control-systems/

Wallace, David y Reeves, Shane. "Modern Weapons and the Law of Armed Conflict". En *U.S. Military Operations: Law, Policy, and Practice*, Geoffrey S. Corn, Rachel E. VanLandingham, Shane R. Reeves y Stanley A. McChrystal. Oxford: Oxford University, 2015. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2707292

Westhues, Andreas. *Sistemas de armas autónomas letales: ¿autónomas o automatizadas?* Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2020. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:master-IUGM-PSD-Awesthues/Westhues_Andreas_TFM.pdf

CAPÍTULO XXIV

El derecho internacional humanitario y los sistemas de armas autónomas letales

Francisco Rubio Damián[1]

Es moralmente repugnante la perspectiva de unas máquinas con la facultad y el poder para quitar la vida humana. Estas palabras fueron dirigidas en 2018 por el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, a la Asamblea General.[2] Guterres, que desde entonces ha repetido este mensaje siempre que ha tenido ocasión, se refería a los sistemas de armas autónomas letales (SAAL o LAWS por sus siglas en inglés), también llamados robots de combate, armas autónomas o, según sus más acérrimos detractores, robots asesinos.

Los SAAL son más que robots o armas; son sistemas, es decir, un "conjunto de cosas que, relacionadas entre sí ordenadamente, contribuyen a determinado objeto"[3]. En este caso, el objeto es matar o destruir, que es para lo

1 Coronel de Infantería del Ejército de Tierra de España en situación de Reserva y Doctor en Sociología (2012). Ha dedicado la práctica totalidad de su trayectoria profesional (39 años) a sus dos especialidades: operaciones especiales (18 años) y estado mayor (17 años), en este caso, siempre en las áreas de operaciones, planeamiento e inteligencia. En total ha estado 9 años destinado fuera de España.

2 António Guterres, "The prospect of machines with the discretion and power to take human life is morally repugnant" (discurso ante la Asamblea General, Secretaría General de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2018), https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-09-25/secretary-generals-address-general-assembly-delivered-trilingual

3 Diccionario de la Real Academia Española, "sistema", 2020, https://dle.rae.es/

que sirven las armas letales (las hay no letales). El "conjunto de cosas" que lo componen son, además del armamento, la plataforma que porta el arma, los sensores, el software, las telecomunicaciones, la base operativa, etc. Los SAAL disponen de Inteligencia Artificial (IA) que les permite operar sin control ni supervisión humana y ya están desarrollados por las principales potencias militares. Como ejemplo, el X-47B americano, el S-70 ruso y el CH-7 chino son aviones autónomos capaces de despegar, volar a la zona de objetivos, cumplir una misión de combate, regresar y aterrizar sin necesidad de intervención humana. Dicho de otro modo, vuelan de forma inteligente, tienen conciencia de la situación, identifican los objetivos y toman las decisiones de ataque de forma autónoma.

Guterres pone el foco en el aspecto ético del problema y llama la atención sobre lo grave que sería ceder a las máquinas la facultad discrecional de matar personas. Nadie en su sano juicio duda de ello, pero además de la ética, también el derecho y, particularmente, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) es esencial para poner orden en el desarrollo y uso de las armas autónomas.

El derecho internacional define y regula las relaciones entre Estados. Contiene, entre otras, las leyes y disposiciones que establecen cuándo y cómo una nación puede participar en una guerra. El cuándo indica si la guerra está justificada y el cómo determina la manera correcta de hacer la guerra. Para que una guerra esté justificada tienen que concurrir determinadas condiciones excepcionales previstas en la Carta de las Naciones Unidas.

El cómo se debe hacer la guerra compete al DIH, que entre otras cosas regula el tipo de armas que se pueden usar, su modo de empleo y la conducta exigible al combatiente. Como sabemos, el DIH prohíbe los métodos y medios de guerra que causan daño excesivo o sufrimiento innecesario. Por eso, armas como las minas antipersonal (Convención de Ottawa de 1997) y las municiones en racimo (Convención de Dublín de 2008) están prohibidas y otras como las armas incendiarias tienen restringido su empleo (Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales). De la misma forma, podría interpretarse que el empleo de los SAAL —siendo tan repugnantes moralmente— debería estar sujeto a limitación o, aún mejor, a prohibición. Sin embargo, el derecho no siempre se acomoda a lo establecido por la moral y la conciencia pública dominantes; requiere de argumentos jurídicos basados en unos principios que en el DIH están muy bien definidos. Veamos a continuación cómo el empleo

de robots militares podría afectar a la legitimidad de la guerra, a los medios y procedimientos y al respeto por los principios del DIH. Finalmente trataremos los aspectos éticos y la necesidad de mantener el control humano.

Los SAAL y la legitimidad de la guerra

La Carta de las Naciones Unidas (en adelante, la Carta) niega el derecho a la guerra en su el artículo 2.4: "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado…". Este artículo debe interpretarse como una prohibición expresa de la guerra en *casi* cualquier circunstancia. De hecho, la Carta prevé que podría ser legítimo recurrir al uso de la fuerza cuando se den ciertas condiciones excepcionales relacionadas con la legítima defensa o con la defensa colectiva. La legítima defensa está prevista en su artículo 51:

"Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad…". Es decir, mientras el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) no restablezca la paz y la seguridad, las naciones (defensa individual) o coaliciones (defensa colectiva) tienen derecho a defenderse de un ataque armado. En un caso así, lo normal es que una buena defensa requiera el uso de la fuerza militar, lo que inevitablemente llevará a una confrontación bélica que será legítima para el defensor e ilegítima para el agresor.

El esquema de agresión y legítima defensa no es tan sencillo, claro y lógico como parece. Primero, por la dificultad de calibrar la intensidad del ataque necesaria para que el agredido tenga derecho a responder militarmente. Y segundo, porque la respuesta debe ser proporcional, de manera que la agresión no se convierta en una excusa para realizar un ataque desmedido. Respecto a lo primero, no es necesario que se materialice un ataque para ejercer el derecho de defensa; la existencia de una amenaza creíble e inminente debería ser motivo suficiente para poder ejecutar acciones de legítima defensa preventiva. La seguridad colectiva, prevista en el artículo 42 es la otra circunstancia excepcional que justifica el uso de la fuerza. El término se refiere a la competencia que tiene el CSNU para autorizar acciones armadas:

"Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 (medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada) pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". Estas acciones las puede ejecutar una coalición, una alianza o la propia ONU. Es muy raro que un Estado asuma en solitario las acciones armadas autorizadas por el CSNU. Lo normal es que se busque la alianza o coalición con otros Estados para dejar patente que es la comunidad internacional la que actúa.

A la legítima defensa y la seguridad colectiva se añaden otras dos circunstancias en las que se puede hacer uso de la fuerza: la intervención humanitaria y la rebelión legítima. La intervención humanitaria es una forma ejecutiva que tienen las naciones de ejercer la responsabilidad de proteger a personas oprimidas e incapaces de defenderse por sí mismas. La responsabilidad de proteger es un compromiso adoptado en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de 2005 para actuar en caso de genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes de lesa humanidad. Por su parte, la rebelión armada o insurrección revolucionaria puede ser legítima cuando la llevan a cabo personas oprimidas por una "tiranía evidente y prolongada que atentase gravemente a los derechos fundamentales de la persona y dañase peligrosamente el bien común del país".[4]

Simplificando al máximo un asunto bastante complejo, las únicas intervenciones armadas permitidas por el derecho internacional son las derivadas de la legítima defensa, las autorizadas por el CSNU y, en su caso, las ejecutadas contra una tiranía opresora por la propia población oprimida o por un tercer país o coalición que interviene por razones humanitarias. Cualquier otra guerra es contraria a la legalidad internacional.

Visto lo anterior, el tipo de armamento y los procedimientos empleados en los conflictos armados no influyen en la legitimación del uso de la fuerza. Una guerra legítima lo sigue siendo, aunque se empleen armas autónomas, ya que la legitimación no depende de cómo se emplee la fuerza, sino de por qué se recurre a ella. Esta afirmación se refuerza por el hecho de que, de momento, el uso de los SAAL no está prohibido ni regulado. Sin embargo, hay otra forma de entender la legitimidad de la guerra. Veámosla.

4 Pablo VI, *Carta Encíclica Populorum progressio sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos* (Roma: Librería Editrice Vaticana, 26 de marzo de 1967).

Los SAAL y los medios y procedimientos legítimos

Los métodos y medios de la guerra se regulan en la Convención de La Haya de 1907, en los Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 y en una serie de acuerdos sobre armas específicas. En general, el DIH prohíbe los métodos y medios que son extraordinariamente destructivos y los que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios. Esto quiere decir que debe haber equilibrio entre la ventaja militar que se obtiene con un ataque y los daños que produce. Por este motivo, algunas armas están prohibidas y otras tienen restringido su modo de empleo, como ocurre con la Convención de Ottawa de 1997 sobre la prohibición de las minas antipersonal, el Protocolo de 2003 sobre restos explosivos de guerra (añadido a la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales) y la Convención de Dublín sobre municiones en racimo.

Siendo así, se podría entender que la causa para entrar en una guerra y los medios empleados son dos parámetros independientes y que una guerra justa se puede ejecutar de forma ilegítima y al revés. Si esto es así, deberíamos reafirmarnos en que el empleo de robots letales solo afectaría, incluso si estuvieran prohibidos, a la legalidad de la forma de hacer la guerra. Sin embargo, hay una importante corriente de opinión entre cuyos defensores destaca el filósofo Jefferson (Jeff) Allen McMahan, que rechaza la separación entre derecho a la guerra y derecho de la guerra. Su argumento es que la conducta de un combatiente que participa en una agresión ilegal no tiene justificación moral, aunque se ajuste a todas las disposiciones del DIH.[5]

Esta forma integradora de entender la legitimidad de la guerra rechaza la igualdad moral de los combatientes, pues implica que quienes luchan por una causa injusta no tienen el derecho a combatir que sí se otorga a quienes lo hacen por una causa justa. Esta postura que rechaza la separación entre el derecho al uso de la fuerza y la forma de ejercerlo suscita algunas cuestiones complejas, como la de pretender que los soldados disciernan si está justificada la guerra a la que les mandan, cosa harto difícil cuando ni siquiera los expertos se ponen siempre de acuerdo. Otra de las cuestiones es determinar si para luchar contra el bando agresor estaría justificado emplear cualquier medio que no esté expresamente prohibido por el DIH. Dicho de otro modo, establecer si los soldados legítimos deben ser protegidos a toda costa desde el mo-

5 Las ideas del Profesor McMahan sobre la teoría de la guerra justa están volcadas en su libro *Killing in war* (Estados Unidos: Oxford University, 2009).

mento en que no hay igualdad moral entre combatientes de uno u otro bando. En tal caso, el empleo de SAAL para proteger a los soldados del bando agredido y atacar a los agresores podría admitirse, aunque existan dudas morales sobre su uso y siempre que estos robots no estén prohibidos expresamente.

El armamento no regulado

El DIH prohíbe o regula el empleo de gran cantidad de armas. Son muy conocidos y relativamente recientes los casos de las minas antipersonal y las municiones en racimo. También está prohibida la guerra biológica, el napalm, los agentes venenosos, las balas expansivas, el fósforo blanco, las armas láser cegadoras, etc. Al repasar la lista vemos que casi todas estas armas se emplearon antes de ser prohibidas, con excepción de las balas expansivas y las armas láser cegadoras. Estas últimas iban a ser producidas a gran escala cuando en 1995 se aprobó su prohibición en el Protocolo IV de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales. Es decir, lo normal es que las armas se prohíban después de que su empleo haya mostrado que provocan daños atroces o descontrolados.

Lo ideal sería que la regulación de un determinado tipo de arma se adelante a la constatación de sus efectos. El láser cegador se pudo prohibir porque era un arma específicamente concebida para provocar la ceguera permanente, que es una forma manifiestamente inaceptable de hacer la guerra. En el caso de los SAAL, la dificultad para conseguirlo estriba en que el armamento que portan los robots está permitido por el DIH y solo sería factible su regulación o prohibición si se demostrase que, al no estar bajo control humano directo, las máquinas podrían infligir daños excesivos o que afecten de forma involuntaria a objetivos civiles.

Sin embargo, el hecho de que un arma no esté prohibida de forma específica no significa necesariamente que esté permitida. Esto es particularmente importante con las armas más innovadoras, cuyo desarrollo va por delante del derecho. La cláusula Martens, que aparece en los preámbulos de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, prevé la falta de normativa aplicable a los casos no regulados, como podría ser el de los SAAL:

> En espera de que pueda ser dictado un código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno comprobar que, en los casos

> no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tal como resulta de los usos bélicos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Esta cláusula se podría aplicar para regular el uso de los SAAL si se considera que la falta de control humano sobre las acciones letales de estas armas autónomas va en contra de las "leyes de la humanidad" o de los "dictados de la conciencia pública". Este criterio también está previsto en el artículo 22 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1907: "Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo".

Por su parte, en el artículo 35.1 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 se dicta: "En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado". Es decir, cualquier arma cuyos efectos sean incompatibles con la humanidad y la conciencia pública se considera prohibida, aunque no esté incluida en un reglamento, convención o protocolo. Esta es una aplicación particular del *principio inspirador*, llamado así porque inspira todos los demás y que viene a decir que las necesidades militares en la guerra deben armonizarse con las consideraciones humanitarias. Por lo tanto, los SAAL letales podrían considerarse prohibidos si su empleo atenta contra tan noble principio. La cuestión es determinar en qué circunstancias, si las hay, esto ocurre.

Los SAAL y el principio de distinción

La determinación de los objetivos lícitos es un asunto de capital importancia en el DIH. En la guerra, los combatientes tienen derecho a participar en las hostilidades siempre que lo hagan por una causa lícita y con la finalidad de lograr un objetivo militar del modo más efectivo.[6] No nos engañemos; el soldado está legitimado para matar y destruir, siempre que lo haga bajo determinadas condiciones. El principio de distinción o de discriminación establece quién o qué puede ser objeto de un ataque.

Este principio divide a las personas en dos categorías, combatientes y población civil, y lo mismo hace con los bienes, separándolos en objetivos

6 Artículo 43.2 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

militares y bienes civiles.[7] Una vez diferenciados, el DIH determina que los actos de guerra solo se pueden dirigir contra combatientes y objetivos militares, debiendo evitarse los daños innecesarios y excesivos a las personas y bienes civiles.[8] Los combatientes son los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, con excepción del personal sanitario y religioso.[9] El resto son civiles que no deben ser objeto de ataques militares, salvo si participan de forma directa en las hostilidades, en cuyo caso es lícito atacarles. Por lo tanto, no se debe diferenciar entre civil y militar, sino entre combatiente y no combatiente. Veamos más casos.

Un soldado deja de ser objetivo militar cuando cae prisionero, está herido o inconsciente sin poder combatir o se rinde sin intención de luchar. En estos casos el militar está fuera de combate y ha perdido la condición de objetivo porque, aunque no es un civil, tampoco es un combatiente.[10] Sin embargo, el soldado que descansa sigue siendo un objetivo militar, del mismo modo que sigue comprometido con la guerra.

Hay muchos más matices que no son objeto de este capítulo. Nos limitaremos a mencionar algunos para resaltar las dificultades que puede llegar a tener un robot, por muy inteligente que sea, para diferenciar un combatiente de un no combatiente. Por ejemplo, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil cuando toman parte en un ataque o en una operación preparatoria.[11] Normalmente lo hacen vistiendo uniforme, pero también pueden llevar un distintivo reconocible e incluso bastaría con que portaran sus armas abiertamente. Otro ejemplo; un no combatiente puede convertirse en objetivo legítimo cuando el resultado directo del ataque sea moralmente aceptable, como lo sería la destrucción de un polvorín. En este caso, no se tratar de un ataque indiscriminado, por lo que no atenta contra el principio de discriminación.[12]

Por lo que respecta a los bienes, se consideran objetivos militares los que cumplen estas dos condiciones: que contribuyan eficazmente a la acción militar del enemigo y que su destrucción, captura o neutralización otorgue una

7 Art. 48 *ibídem*.
8 Art. 51 *ibídem*.
9 Art. 43.2 *ibídem*.
10 Art. 41 *ibídem*.
11 Art. 44.3 *ibídem*.
12 Art. 51.5 *ibídem*.

ventaja militar concreta al atacante[13]. Los bienes que no respondan a estos requisitos tienen carácter civil y no deben ser atacados. En particular, está protegido el medio ambiente natural y el patrimonio cultural y espiritual de los pueblos, así como los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como alimentos, zonas agrícolas, ganado o instalaciones de riego y suministro de agua potable. Además, deben respetarse las instalaciones que contengan fuerzas peligrosas como las centrales nucleares, estaciones eléctricas, presas y diques.[14]

Visto lo anterior, se comprende la gran dificultad que tendrán los robots para discernir entre un combatiente y un no combatiente y entre un objetivo militar y un bien civil. Al robot, como al militar, no le basta con identificar soldados bien uniformados y cañones. Tiene que analizar su entorno y determinar si un vehículo es un carro de combate o un tractor, si un civil con un instrumento en las manos porta un arma o una herramienta, si un militar herido está fuera de combate o no, si su actitud es la de combatir o la de rendirse, si está durmiendo o inconsciente, etc. Es decir, deberá ser capaz de identificarlo como combatiente y, además, tendrá que comprender el contexto en el que se encuentra. Conseguir esto último es en extremo complicado con la tecnología actual, puesto que la máquina tiene que determinar la actitud e intención agresiva o pasiva del potencial objetivo e interpretar sus emociones. No solo eso, también tendrá que reconocer y diferenciar los lugares de culto, los monumentos y las obras de arte, además de discernir entre un depósito de material militar y un almacén de víveres para la población civil.

En definitiva, el robot autónomo necesita una IA capaz de emular la capacidad de empatía, inteligencia emocional y experiencia vital que se nos supone a los humanos, además de ser capaz de aplicar las destrezas de combate que solo adquiere un soldado bien entrenado y adiestrado. Y por si todo esto fuera poco, cuando aun así no tenga la certeza absoluta sobre la legitimidad del objetivo, el SAAL tendrá que evaluar si la duda es suficiente como para abortar el ataque.

Sin embargo, la incapacidad actual de las máquinas inteligentes para comprender el contexto de forma parecida a como lo hace un soldado bien adiestrado, parece más un reto tecnológico que un obstáculo insalvable. De ser así, el principio de distinción carece de la solidez necesaria para reclamar

13 Art. 52.2 *ibídem*.
14 Art. 53, 54, 55 y 56 *ibídem*.

la prohibición definitiva de los SAAL. No obstante, sí sería suficiente para exigir la prohibición preventiva de la autonomía plena de las armas, al menos hasta que la IA pueda comprender en su totalidad el contexto bélico en el que tendría que operar.

Los SAAL y el principio de proporcionalidad

Una vez determinado quién o qué puede ser objeto lícito de un ataque, el principio de proporcionalidad marca los límites de los daños que se pueden infligir. Este principio preconiza que los daños ocasionados a un objetivo deben ser proporcionales a los beneficios militares obtenidos. Esto significa que la fuerza debe adecuarse a la entidad del objetivo, no por evitar el empleo sin medida de recursos costosos, sino por el daño y el dolor innecesario que provocan los ataques desproporcionados. Por lo tanto, el uso desmedido de recursos no solo es un problema de planificación y dirección estratégica contrario al sentido común, también es un atentado humanitario, pues provoca dolor superfluo a las personas y daños exagerados a los bienes.

Así las cosas, las partes en conflicto deben abstenerse de realizar ataques que puedan causar muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar prevista. También están prohibidos los métodos y medios de guerra con el potencial de causar daños graves, generalizados y a largo plazo al medio ambiente, ya que amenazan la salud y la supervivencia de la población civil.

Los detractores de los SAAL, entre los que destaca la *Campaign to stop killer robots* (campaña para detener a los robots asesinos), consideran que el sentido común y la buena fe del soldado es lo único que asegura que un ataque sea proporcionado.[15] Expresado así, solo la facultad humana de discernimiento puede garantizar la proporcionalidad de un ataque y, por lo tanto, para que una máquina pueda actuar de forma similar, debería ser capaz de emular los procesos psicológicos de las personas. Si admitimos esta premisa, nos encontramos con una exigencia similar a la que vimos al tratar el principio de distinción. Sin embargo, como veremos, la proposición inicial es discutible.

15 Este argumento está muy bien expuesto en el Informe 39 del Centre Delàs, titulado "Nuevas armas contra la ética y las personas. Drones armados y drones autónomos", de Joaquín Rodríguez, Xavi Mojal, Tica Font y Pere Brunet. Centre Delàs d'Estudis per la Pau. Barcelona, noviembre de 2019. file:///F:/LIBROS/GUERRA%20ROBOTS/Complementario/informe39_DronesArmados_CAST_web_DEF.pdf

El sentido común es la capacidad de entender o juzgar conforme a razón o de forma proporcionada.[16] Esto se consigue obrando de acuerdo a la lógica y por eso llamamos lógico al modo de actuar sensato o de sentido común.[17] Por lo tanto, sentido común, razón, sensatez y lógica expresan la misma cualidad referida a una acción. Sin embargo, quienes afirman que la proporcionalidad es exclusiva de humanos evitan emplear la palabra *lógica* por lo absurdo que sería pretender que la IA no actúa de acuerdo a una lógica. *Sentido común, sensatez* y *razonable* son términos que se emplean como base de un argumento contrario a la IA, argumento que, en cambio, se debilitaría si se basara en la *lógica*.

El hombre es un animal racional, dotado de razón, que tiende a creer que esta cualidad que nos distingue de los otros animales también nos separa de las máquinas. Esto ha sido así hasta que la IA lo ha cambiado todo y permite a las máquinas actuar de acuerdo a lo que se puede considerar lógico y razonable. Más aún, en circunstancias críticas, la postura sensata puede ser diferente a la emocional. De hecho, el sentido común suele ser homogéneo (común) en situaciones poco complejas, en ausencia de presión o emociones, todo lo contrario de lo que ocurre en la guerra. Durante el combate, el comportamiento humano deja de ser común porque cada soldado reacciona de forma personal y distinta ante el miedo, la tensión, el dolor y el agotamiento. Por eso, la instrucción militar tiene como objetivo que el combatiente responda de manera resolutiva, rápida y automática ante situaciones en las que, para sobrevivir, tiene que actuar casi sin pensar.

Cuanto más extrema sea la situación, más personalizado será el comportamiento del individuo sometido a la presión del desánimo, el miedo y el dolor. Las variables son tantas y tan difíciles de cuantificar que, en situaciones límite, no se puede anticipar un modo racional de actuar común ni siquiera en los individuos mentalmente sanos. Así, la conducta se vuelve impredecible y puede dar lugar a actos extremos, desde acciones heroicas a estados de bloqueo por pánico y reacciones criminales o histéricas. Una conducta así, tan humana como poco razonable, es todo lo contrario de lo que haría un robot inteligente.

La buena fe es el otro elemento humano que se supone que garantiza la proporcionalidad de una acción de combate. *Buena fe* es un término jurídico que

16 *Diccionario de la Real Academia Española*, definición de "sentido común".
17 *Ibídem,* definición de "lógico".

define el estándar de conducta ética y que, como es sabido, puede eximir o atenuar la responsabilidad de un acusado cuando existe una interpretación errónea, pero razonable, de la norma.[18] Así, la buena fe, que es un valor esencialmente humano, puede servir para eludir la responsabilidad de las acciones desproporcionadas, siempre que se hayan cometido con la mejor de las intenciones.

Por todo lo dicho, es ciertamente discutible que se necesite el sentido común y la buena fe humanos para garantizar la proporcionalidad de un ataque. Primero, porque el sentido común es demasiado subjetivo en las situaciones críticas del combate. Segundo, porque la buena fe exime o atenúa la responsabilidad de un acto, justo lo contrario de lo que se pretende. En realidad, parecen argumentos contraproducentes, puesto que un robot no se verá influido por las emociones y sentimientos que afectan al sentido común y la sensatez, ni tampoco se le puede aplicar la eximente o atenuante de buena fe.

La asignación de responsabilidades

Una máquina no es responsable de sus actos y por eso a un SAAL no se le puede imputar un crimen de guerra o de lesa humanidad, ni la violación de derechos humanos, ni el uso excesivo de la fuerza letal. A este respecto, nos planteamos la siguiente cuestión: si un SAAL realiza una acción contraria al DIH como, por ejemplo, atacar a civiles, ¿sobre quién debería actuar la justicia? Para responder con criterio habría que determinar, primero, por qué se produjo el ataque ilegítimo: por un error humano; por un fallo del sistema; por una programación maliciosa; por un ciberataque al programa; por una manipulación de la señal satelital de posicionamiento, etc. Si el fallo es consecuencia de un defecto de diseño, el responsable sería el fabricante o el encargado de su mantenimiento. Si se programó mal, el culpable sería el programador informático. Si el SAAL sufrió un ciberataque o se manipuló la señal GPS, el hacker tendría que responder ante la justicia. A ello habría que añadir la responsabilidad achacable al militar a cargo del sistema y al político que autorizó su empleo. Por otra parte, los SAAL podrían reaccionar de forma inapropiada ante situaciones imprevistas y, como cualquier arma legal, puede fallar. Y todo suponiendo que no hay fallos humanos previos en la obtención de información, la elaboración de inteligencia, la carga de datos y la caracterización del objetivo.

Ante tantos candidatos, la responsabilidad se podría desvanecer. Es posible que el desarrollo de las armas autónomas permita crear un *sistema de*

18 *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, "buena fe", https://dpej.rae.es/lema/buena-fe

irresponsabilidades organizadas que diluya la responsabilidad de unos y otros hasta que no pueda determinarse el último responsable. Es decir, que las múltiples opciones de culpabilidad planteadas ante un delito convertirían a los SAAL en una especie de escudo de impunidad para quienes estén detrás de los crímenes de guerra.

Con todo, debemos confiar en los instrumentos y procedimientos del derecho para resolver las investigaciones penales más complejas. Son conocidas, por ejemplo, las dificultades para evaluar la responsabilidad en los delitos de guante blanco cometidos por grandes corporaciones donde se ven implicados accionistas, consejeros, ejecutivos, gerentes y empleados. Sin embargo, nadie sensato plantea que las empresas no puedan organizarse en estructuras tan complejas como consideren necesario para su mejor gestión. De la misma manera, el aumento de los potenciales responsables de un delito de guerra no es razón suficiente para limitar el avance tecnológico. En definitiva, no se debería prohibir preventivamente el empleo de los SAAL en razón a lo complejo que será la identificación de los responsables de hipotéticos delitos cometidos a su costa.

Dicho todo lo anterior, existe un factor que dificulta enormemente la asignación de responsabilidades en los delitos cometidos con sistemas de armas no tripuladas (autónomas o teledirigidas). Nos referimos a la ocultación del atacante, es decir, del comandante, operador o supervisor de estas armas, pues estas personas participan en las hostilidades de forma encubierta y a gran distancia.

La forma oculta, distante y, a menudo, anónima de los ataques ejecutados con armas teledirigidas o autónomas hará mucho más fácil tomar la decisión política de acabar con la vida de una persona, ya que no entrañará casi ningún riesgo para el ejecutor y se percibirá por la población como un hecho lejano en lo geográfico y lo emocional. Esta facilidad para decidir podría convertir en habitual este tipo de ataques, hasta ahora muy raros y al alcance de pocos.

En enero de 2020 cuatro misiles Hellfire lanzados desde un dron MQ-9 Reaper estadounidense mataron en el aeropuerto de Bagdad (Irak) al general Qassem Soleimani, comandante de la fuerza de elite Al Quds de la Guardia Revolucionaria iraní, y a Abu Mahdi al Muhandis, segundo jefe de las milicias iraquíes Hasd Al Shaabi. La eliminación de un objetivo estratégico empleando armas teledirigidas era algo nuevo para Estados Unidos que, para

realizar este tipo de misiones de gran valor estratégico, había optado por acciones de operaciones especiales. Así es como acabaron en 2011 con el líder de al-Qaeda, Osama bin Laden, y con el líder del Estado Islámico, Abu Bakr al Bagdadi, en octubre de 2019, pocos meses antes del ataque en el aeropuerto de Bagdad. Este es un buen ejemplo de impunidad por ocultación del agresor en una acción cuya legalidad fue cuestionada por la relatora para ejecuciones extrajudiciales de las Naciones Unidas, Agnes Callamard, quien se manifestó así en su cuenta de Twitter:

> Las muertes selectivas de Qasem Soleimani y Abu Mahdi al Muhandis son ilegales y violan el derecho internacional humanitario: fuera del contexto de hostilidades activas, el uso de drones u otros medios para muertes selectivas casi nunca será legal.[19]

Para Callamard, la inexistencia de hostilidades entre Estados Unidos e Irán determina que la forma de acabar con Soleimani fue contraria al DIH y que su muerte debe ser considerada una ejecución extrajudicial. Por lo tanto, nada habría cambiado si la acción hubiera sido ejecutada por un SAAL o por cualquier otro medio. Con independencia de su legalidad, es de destacar que el ataque se produjo sin mediar guerra de por medio entre las dos naciones, lo que corroboraría la tranquilidad con la que los dirigentes políticos adoptarán estas decisiones cuando dispongan de los medios adecuados y se sientan liberados de rendir cuentas por sus acciones.

Salvada esta digresión y volviendo a la exigencia de responsabilidades, es interesante comparar dos posturas opuestas pero bien argumentadas: la de EE. UU., líder mundial en el desarrollo de SAAL, y la de la Campaña Stop Killer Robots, antes mencionada. Para EE. UU. los principios de distinción y de proporcionalidad deben ser aplicados por las personas y las partes en conflicto, no por los robots, ya que no se puede exigir a una máquina que respete los principios del DIH.[20] Incluso si el robot actúa sin control humano, el responsa-

19 Agnes Callamard (@AgnesCallamard), "The targeted killings of Qasem Soleimani and Abu Mahdi Al-Muhandis are most likely unlawful and violate international human rights law…", Twitter, 2 de enero de 2020, https://twitter.com/agnescallamard/status/1212910555809361920?lang=es

20 Delegación de Estados Unidos, "Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects" (Documento de trabajo CCW/GGE.1/2017/WP.6, primera reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre sistemas de armas autónomas letales, 10 de noviembre de 2017). https://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2017/gge/documents/WP6.pdf

ble es quien no previó la posibilidad de que se produjeran daños a civiles. Por lo tanto, los comandantes y los operarios deben tomar las precauciones para controlar los SAAL y detenerlos cuando no funcionen correctamente o cambien las circunstancias del combate.

Con este criterio, EE. UU insiste en que los Estados son los responsables últimos de la forma en que sus ejércitos usan los SAAL. Como ocurre con cualquier otra arma, los militares que usen robots para atacar a la población civil no pueden eludir su responsabilidad individual por el hecho de que la máquina sea autónoma. Es más, cada persona debe asumir la carga que le corresponda en función de su puesto en la organización, empezando por el que tenga la autoridad para decidir el empleo del arma, por ejemplo, el comandante militar que ordena el ataque con SAAL. Por lo tanto, los que tienen la obligación de cumplir con los principios de distinción y proporcionalidad son los que autorizan el uso de las armas, los que dirigen sus acciones y los que las manejan.

En cuanto a la postura de la Campaña Stop Killer Robots, el razonamiento básico se explica de la siguiente manera en el Informe 39 del Centre Delàs antes mencionado:

> El ser humano debe ser siempre el último responsable de la actuación de una máquina, no solo en la identificación del objetivo sino en la selección y operación final. En términos generales, la inteligencia artificial no debería ser utilizada para reemplazar la toma de decisiones de los humanos en asuntos delicados que se basan en juicios éticos o de moral.

Este argumento parte de la idea, ciertamente discutible, de que el SAAL es el que toma la decisión de matar y que quien lo programa no es responsable de los actos cometidos por la máquina. Dicho de otra manera, y siempre según este punto de vista, la IA tiene criterio propio para determinar cuál es el objetivo del robot y proceder a destruirlo. De ser así, sería un claro ataque a la dignidad humana y a los derechos de las personas.

La ética y el empleo de los SAAL

El empleo de los SAAL en el campo de batalla plantea cuestiones éticas que sobrepasan los límites del DIH: ¿es ético combatir sin poner en riesgo la vida propia?, ¿es moralmente exigible arriesgar la vida en combate?, ¿se puede delegar en una máquina la responsabilidad moral de matar y destruir?, ¿es bueno o malo que los robots no tengan sentimientos? y ¿puede un robot actuar según un código de conducta ético? Vayamos por partes.

Los soldados arriesgan sus vidas en el combate, pero su intención no es la de perder la vida, todo lo contrario. Asumen ese riesgo siempre que se den determinadas condiciones, entre otras, que puedan emplear todos los medios lícitos para mantener su integridad física y alcanzar los objetivos militares. Es decir, no escatimar en medios cuando ponen en riesgo lo más valioso e irrecuperable que tienen. Este planteamiento no deja lugar para sacrificios altruistas que beneficien a un enemigo agresor que amenaza la seguridad nacional. La defensa de la nación es la razón de ser de los ejércitos y una obligación moral de los militares por la que arriesgan su vida, lo que no significa que sea motivo para morir innecesariamente. Si alguien tiene que poner muertos en el campo de batalla, que sea el enemigo. En la guerra, por tanto, los ejércitos velan por la vida de los civiles y de *sus* soldados.

Los civiles y sus bienes están protegidos por el DIH, pero los Estados también tienen la obligación, no solo moral, de proteger a sus soldados, evitando sobreexponerlos. Una vez protegida la vida de los civiles y, en la medida de lo posible, la de los efectivos propios, es deseable alcanzar los objetivos militares causando el menor daño al enemigo. En estas condiciones, no parece muy ético la renuncia unilateral a la protección que proporciona el empleo de SAAL, con independencia de que se considere moralmente deleznable. En la guerra no todo vale, pero el sacrificio altruista no tiene sentido.

En cuanto a la falta de sentimientos de la máquina, se plantean situaciones contradictorias. Por una parte, los partidarios de los SAAL recalcan que las máquinas no actúan movidas por el miedo, el rencor, el odio, la venganza o la ira. Tampoco violan mujeres, torturan prisioneros o causan daños intencionados a la población. Todo esto supone, en principio, salvar vidas humanas y ahorrar sufrimientos, lo que es moralmente bueno. Por su parte, los detractores insisten en que sin compasión y lástima es más fácil matar. También nos advierten que las máquinas no pueden prever las consecuencias de sus actos y carecen de intuición, comprensión de intenciones, visión de conjunto y otras habilidades y emociones que permiten a las personas aplicar un criterio ético en el uso de la fuerza.

En este aspecto, los argumentos a favor y en contra son muy sólidos, sobre todo porque es imposible cuantificar *a priori* cuál de las dos opciones causaría menos muertes y sufrimiento innecesario. Además, el hecho de que la falibilidad sea parte de la condición humana, ¿implica que debemos asumir

las consecuencias de los errores fatales que cometerán inevitablemente los soldados en el combate o es preferible "deshumanizar" algo la guerra empleando robots que no cometan errores, aunque tampoco tengan capacidad de actuar con compasión? Difícil de responder.

La programación o generación de software tiene una influencia decisiva en la conducta del SAAL. La cuestión consiste en determinar si es posible programar un robot para que actúe con ética y respetando el DIH, en particular los principios de distinción y de proporcionalidad. El problema, como hemos visto, estriba en la extrema complejidad que existe hoy en día para diferenciar a un combatiente de un civil. Cada vez es más frecuente que los combatientes intenten pasar desapercibidos confundiéndose con la población y empleen edificios protegidos como escudos. Incluso los soldados mejor entrenados tienen dificultades para identificar combatientes que no portan armas de forma visible, no visten uniforme, no llevan distintivos y se esconden en colegios y hospitales.

El otro aspecto relevante de la programación es el de conseguir que los SAAL tengan un comportamiento ético. La introducción de un código ético en la programación de los robots inteligentes es una de las acciones que se plantean con más insistencia para asegurar que en todo momento se mantienen al servicio de las personas. Es un tema recurrente que debe tenerse en consideración porque, de hecho, podría marcar la diferencia entre lo admisible y lo inadmisible. Lo cierto es que, por el momento, hay suficiente incertidumbre sobre la capacidad de desarrollar SAAL que cumplan con lo establecido por el DIH y se comporten de acuerdo a los principios éticos. En este caso, debería primar la prudencia y evitar el uso de robots de combate de forma totalmente autónoma. Con todo, este razonamiento solo es válido mientras la creación de software no tenga la capacidad tecnológica suficiente como para introducir un código ético en las máquinas. Cuestión de tiempo.

Pero volviendo al planteamiento inicial de Guterres y más allá de las reflexiones anteriores, la principal cuestión ética es establecer si es moralmente respetuoso con el ser humano que una máquina decida sobre la vida o la muerte de una persona. La respuesta inmediata parece clara: no. Sin embargo, también esto tiene su matiz, porque para que la máquina decida matar, tendría que poder actuar con libertad de elección. Pero si el arma autónoma mata como resultado de ejecutar un programa, la responsabilidad última reside

siempre en una persona, ya sea el programador, el que ha tomado la decisión de emplear el robot, el que ha dado la orden de ejecutar el ataque o todos ellos.

En todo caso, la responsabilidad moral de matar no se puede delegar en una máquina, por lo que es imprescindible limitar su autonomía imponiendo el control humano sobre las acciones letales de los SAAL. Es una cuestión ética y de conciencia pública. Si el control humano sobre las acciones letales de los SAAL es efectivo, solucionará las cuestiones éticas que plantea su empleo y, además, facilitará el cumplimiento de los principios del DIH. En este punto, hay que determinar cómo debe ejercerse dicho control para que sea efectivo. Las opciones son varias y no existe un acuerdo al respecto. La postura más laxa supone aplicar el control humano exclusivamente en el ámbito más amplio de la toma de decisiones, lo que significa que las personas programan el robot y dirigen el planeamiento y la toma de decisiones *anteriores* al ataque. Este control inicial se complementa con la valoración *posterior* de los daños producidos, por si hubiera que depurar responsabilidades.[21]

Sin embargo, el planteamiento dominante señala que no basta con que una persona imponga su criterio humano sobre las decisiones de la guerra en un sentido amplio; también debe ejercer cierto control sobre las funciones críticas e individuales del combate. Por lo tanto, además de decidir su empleo y de realizar las consabidas acciones de programación, planeamiento y valoración, hay dos acciones que también deben ser controladas: la selección de los objetivos y la decisión de vida o muerte.

El control sobre la selección de objetivos es fundamental para evitar que, por error de juicio o de ejecución, el arma autónoma se disponga a destruir bienes civiles o a matar personas inocentes o no combatientes. Por otra parte, aunque la selección del objetivo haya sido acertada, debe ser una persona la que permita a la máquina ejecutar el ataque final. Con ello disminuyen las probabilidades de que se produzca una agresión desproporcionada, con excesivas bajas colaterales o sobre personal fuera de combate o indefenso. En la guerra, son muchas las posibilidades de cometer un error fatal de apreciación, incluso para un robot inteligente, por lo que la participación humana puede ser una ayuda inestimable para disminuirlas.

21 Esta es la postura, entre otros, de los Países Bajos y está contenida de forma reiterada en los documentos relacionados con la posición de la Unión Europea en esta materia o en los documentos de trabajo de este país en el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre sistemas de armas autónomas.

Conclusión: la necesidad de control humano

No cabe duda de que las armas autónomas tienen un lado positivo. Las máquinas reaccionan más rápido y de forma más uniforme y precisa que las personas. Son inmunes a la fatiga, al estrés, al miedo y a cualquier otra penalidad del combate. Si están bien programadas, no torturan, ni violan, ni explotan a menores, ni matan a personas indefensas. Son incapaces de experimentar sentimientos xenófobos, racistas, misóginos, de odio, ira, venganza o frustración, que con tanta frecuencia son la causa de que los humanos cometan delitos de lesa humanidad o violaciones de los derechos humanos. Además, tienen todas las ventajas de la mecanización: son económicas, eficientes y liberan a los soldados de las actividades más peligrosas y pesadas.

Tampoco cabe duda de que las armas autónomas tienen un lado negativo. Aunque sea circunstancialmente, la IA puede tener dificultades para discernir con certeza si un objetivo es lícito, si un soldado está fuera de combate o si ha renunciado a seguir luchando. También es posible que los robots militares no siempre puedan evaluar correctamente las consecuencias de sus acciones más letales y destructivas. Además, no tienen la empatía que se le supone a una persona y no manifiestan ninguna de las buenas intenciones, sentimientos y emociones que humanizan, por decirlo de algún modo, la guerra. Muchas de estas carencias probablemente se subsanarán con el perfeccionamiento de la IA, pero en la situación actual aún pueden provocar situaciones que atenten contra los principios de distinción, proporcionalidad y humanidad del DIH.

No está garantizado que los robots militares sean capaces actuar de acuerdo a principios éticos, interpretar adecuadamente contextos complejos, diferenciar con claridad los objetivos lícitos e ilícitos y valorar la proporcionalidad de sus ataques. A todo esto, se suma lo problemático que resulta establecer responsabilidades jurídicas en caso de error o crimen de guerra. Si se solucionaran estas limitaciones, es de suponer que se moderarían los posicionamientos contrarios a los "robots asesinos". Mientras tanto, el mantenimiento del control humano sobre las acciones letales y de destrucción parece la alternativa factible y razonable, toda vez que la prohibición preventiva de los SAAL ya no es posible.

Con todo, lo realmente problemático es el conflicto ético planteado ante el escenario de una máquina inteligente decidiendo cuándo, dónde, cómo y a quién matar. Muchos científicos creen que no se podrá desarrollar un progra-

ma ético que condicione el comportamiento de un robot de forma similar a como ocurre con las personas. De todas formas, aunque se lograra un avance de tal magnitud, la cuestión ética sería la misma porque estaríamos ante una máquina; con código ético, pero decidiendo sobre la vida de una persona.

La regulación del control humano se debería complementar en la medida de lo posible con la incorporación de filtros éticos en la programación de los robots militares. Al menos sería deseable que se pudieran programar de manera que siguieran un código de conducta militar basado en los principios que rigen el DIH.

Limitar la autonomía de las armas letales es, por lo tanto, una exigencia ética ligada al principio de humanidad, a la conciencia pública y al DIH. La comunidad internacional y la sociedad civil deberían enfocar sus esfuerzos en lograr una regulación que minimice la posibilidad de que los robots militares produzcan daños irremediables a personas inocentes. La regulación se debería materializar en el establecimiento de un control humano y, a ser posible, informático. El control humano será efectivo si se aplica sobre el ámbito de la decisión y sobre las acciones críticas del combate. El control informático, cuando se pueda implementar, tendrá que incorporar filtros éticos en la programación de los robots que, como poco, incluya un código de conducta militar.

Bibliografía

Callamard, Agnes. (@AgnesCallamard). "The targeted killings of Qasem Soleimani and Abu Mahdi Al-Muhandis are most likely unlawful and violate international human rights law…". Twitter, 2 de enero de 2020. https://twitter.com/agnescallamard/status/1212910555809361920?lang=es

Delegación de Estados Unidos. "Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects". Documento de trabajo CCW/GGE.1/2017/WP.6, 10 de noviembre de 2017. https://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2017/gge/documents/WP6.pdf

Diccionario de la Real Academia Española. "Sistema", 2020. https://dle.rae.es/

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. "Buena fe", https://dpej.rae.es/lema/buena-fe

Guterres, António. "The prospect of machines with the discretion and power to take human life is morally repugnant". Discurso ante la Asamblea General, Secretaría General de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2018. https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-09-25/secretary-generals-address-general-assembly-delivered-trilingual

McMahan, Allen. *Killing in war*. Estados Unidos: Oxford University, 2009.

Pablo VI, *Carta Encíclica Populorum progressio sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos*. Roma: Librería Editrice Vaticana, 26 de marzo de 1967.

Rodríguez, Joaquín; Mojal, Xavi; Font, Tica y Brunet, Pere. "Nuevas armas contra la ética y las personas. Drones armados y drones autónomos". Centre Delàs d'Estudis per la Pau. Barcelona, noviembre de 2019. file:///F:/LIBROS/GUERRA%20ROBOTS/Complementario/informe39_DronesArmados_CAST_web_DEF.pdf

CAPÍTULO XXV

La violencia transita la Alianza del Pacífico, reacciones desde los estados y el uso de la fuerza en situaciones de vigencia de derechos humanos: casos de Chile, Colombia, México y Perú

Víctor Gonzáles Jáuregui[1]

Introducción

El presente artículo aspira a realizar una breve aproximación comparativa entre las vigentes normas de uso de la fuerza utilizadas durante las operaciones de mantenimiento del orden por la Fuerza Pública en Chile, Colombia, México y Perú —países que integran la Alianza del Pacifico y que representan la octava economía del mundo— durante las diversas situaciones de violencia que han atravesado en los últimos años con ocasión de diversas crisis político-sociales y actividades de la criminalidad organizada que afectan sus democracias y regímenes de gobierno, además de su economía.

Los referidos Estados han realizado esfuerzos para dotar a sus funcionarios de normas adecuadas que sirvan para controlar a ciudadanos que incurren en diversos actos de violencia, en razón a la obligación vinculante que les genera la Convención Americana de Derechos Humanos de respetar los derechos y libertades de las personas y el derecho de reunión pacífica y sin armas.

Pero los Estados también tienen la obligación de brindar seguridad a las personas, tienen la potestad de restringir o suspender determinados derechos

1 Abogado y Magister en Ciencia Política con mención en Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Oficial Superior del Cuerpo Jurídico de la Marina de Guerra del Perú en situación de retiro. Actualmente es consultor, conferencista y docente en materias de derecho internacional público, derecho internacional humanitario, derechos humanos, justicia transicional y empleo y uso de la fuerza, en diversos Centros de Educación Superior de su país y en el extranjero.

humanos por el tiempo que consideren necesario, además de que la propia Convención no solo contiene derechos sino también deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.[2] Las operaciones de mantenimiento del orden, control del orden interno o tareas de seguridad pública han generado una situación de enfrentamiento y hostilidad entre la Fuerza Pública y la población, situación que se ha venido agravando en proporción con la intensidad y frecuencia de los acontecimientos de violencia.

Los factores que podrían estar generando esta situación serían la ausencia de una adecuada comunicación entre las autoridades y la población, la insuficiente educación en valores cívicos y democráticos, las expectativas no cumplidas por sucesivos gobiernos, el hartazgo de los actos de corrupción, la presencia de ideologías excluyentes y radicales, así como la escasa comprensión por parte de la población respecto a la labor que realizan los miembros de la Fuerza Pública. Lo anterior propicia que la población los perciba como enemigos, como miembros de aparatos de represión y discutan o desconozcan su autoridad minimizando la importancia de su labor, situación alarmante si se considera que nuestras sociedades aún tienen —a corto, mediano y largo plazo— muchos motivos para protestar. En consecuencia, estas situaciones de violencia se vuelvan más recurrentes y resulta paradójico que para recuperar la paz y la tranquilidad pública en la sociedad, la Fuerza Pública tenga que hacer uso de la fuerza; por ello es urgente proponer y encontrar vías pacíficas de diálogo y negociación con la finalidad de menguar esa percepción de la población hacia su propia Fuerza Pública, pues sus consecuencias pueden ser muy graves y nefastas para el futuro de las sociedades y para el rumbo trazado por los países miembros de la Alianza del Pacífico.

La Alianza del Pacifico como área regional de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales

La Alianza del Pacifico es un área de integración regional creada en el año 2011 compuesta por las naciones de Chile, Colombia, México y Perú. En el artículo 2.° de su Acuerdo Marco se establece que las partes instituyen como requisitos esenciales para su participación la vigencia del Estado de Derecho, de la democracia y de los respectivos órdenes constitucionales; la separación

2 Convención Americana de Derechos Humanos, en vigor desde el 18 de julio de 1978, artículo 32.°.

de poderes del Estado; y la protección, la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales.[3]

La visión de la Alianza al año 2030 es continuar con el impulso y consolidación de un área de integración profunda; generar un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad; y contribuir al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en la búsqueda de enfocar sus trabajos en cuatro ejes que contribuirán a alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas en 2030: Más integrada, más global, más conectada y más ciudadana.

Para efectos de este trabajo, el enfoque gira en torno al eje referido a la intención de construir un área de integración más ciudadana, en razón de que gozará de la libre circulación de personas y se caracterizará por proveer oportunidades laborales, académicas, culturales y de negocios a sus ciudadanos, coadyuvando a consolidar una identidad ampliamente reconocida basada en valores, principios, costumbres y una visión común. De lograrse, se habrá reforzado el diálogo y los programas estratégicos entre gobiernos, empresarios, academia y sociedad civil, en beneficio de los cuatro países. Para ello, la Alianza del Pacífico busca alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y asegurar que los beneficios lleguen a todos los ciudadanos, contribuyendo, entre otras cosas, a la superación de la desigualdad y la pobreza, así como a la inclusión mediante la transversalización del enfoque de género.[4]

Como se aprecia, uno de los objetivos principales se encuentra ligado al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; sin embargo, frente a la ola de violencia que alcanzó sus mayores niveles de agitación durante los dos últimos años, el citado mecanismo regional no mostró una estrategia común para enfrentar dicho fenómeno, no se observaron mecanismos de cooperación para regular o mejorar las normas de uso de la fuerza en situaciones de mantenimiento del orden y tampoco se percibieron acciones conjuntas para enfrentar estas anómalas situaciones.

A continuación, se presenta un breve análisis de cada uno de los Estados miembros de la Alianza del Pacífico en relación a su actual organización política y económica, la problemática social que atraviesan y que estaría gene-

3 "Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico", Alianza del Pacífico, 17 de febrero de 2018, https://alianzapacifico.net/download/acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/

4 "Visión Estratégica de la Alianza del Pacífico al año 2030", Alianza del Pacífico, 2018, https://alianzapacifico.net/wpcontent/uploads/V.-final-julio24.pdf.

rando estas situaciones de violencia, así como las vigentes normas aplicadas para el uso de la fuerza por parte de la Fuerza Pública.

Caso Chile

Chile es una república democrática que se rige por la Constitución Política vigente (1980) y está organizada en torno a tres poderes del Estado: Ejecutivo (encabezado por el presidente de la República), Legislativo (Senado y Cámara de Diputados) y Judicial (Tribunales de Justicia). En lo que respecta a su economía, es de carácter emergente muy bien evaluada en la región latinoamericana y reconocida a nivel mundial.[5] El crecimiento económico sostenido del país, así como sus avances en el desarrollo social, han sido destacados por distintos organismos internacionales. En efecto, en 2010 Chile fue la primera nación sudamericana incorporada como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La disciplina fiscal es uno de los principales pilares de la sólida economía chilena.

Las cuentas fiscales del país mantienen una estabilidad sostenida en el tiempo y el crecimiento económico en los últimos tres años ha sido de un promedio de 2.36 % (crecimiento promedio del período 2016-2018, según el Banco Central de Chile). Al mismo tiempo, la inflación para el año 2018 fue de 2.5 % (inflación IPC promedio, proyección 2018 del Banco Central de Chile). El país sudamericano tiene 26 acuerdos comerciales con 64 mercados, que representan el 64.1 % de la población mundial y el 86.3 % del PIB global.

Sin embargo, al existir una inadecuada distribución de la riqueza, es un país que busca un agenda más humanista y social. La situación de Chile implica un cambio político y cultural, hay grupos anarquistas que han aparecido en la última década y se les conoce como los bombazos, que atacan cuando hay convulsión social; por ejemplo, en las estaciones del Metro y a los Carabineros. Estos grupos anarquistas tienen como referencia a los chalecos amarillos de Francia.[6]

La observación de la actividad contenciosa en la última década en Chile sugiere que el estallido social del 2019 responde a procesos iniciados al menos desde el 2011. Aunque globalmente no se aprecia una tendencia constante

5 "Países integrantes: Chile", Alianza del Pacífico, (s. f.), https://alianzapacifico.net/chile/

6 Carlos Melendez, entrevista por el Centro de Estudios de Conflictos y Cohesión social (COES), 11 de noviembre de 2019, https://coes.cl/prensa-melendez-el-problema-en-chile-no-es-la-extrema-pobreza-sino-la-excesiva-riqueza/

al alza, esto sí ocurre para las demandas por reformas políticas y de pueblos originarios, dos formas de protesta que cuestionan a fondo los fundamentos institucionales del país.

En particular, el paquete de demandas políticas y de protestas contra la corrupción en el primer semestre del año 2015 marca un punto de inflexión en la pérdida de confianza social en las élites gobernantes. De forma paralela, resulta engañoso el debilitamiento de las demandas por servicios de bienestar —que manifiestan un malestar heterogéneo frente a las condiciones de vida— tras el pico alcanzado en 2011. En retrospectiva, en ese año se observó una capacidad de estructuración relativamente alta de la protesta social bajo el liderazgo de organizaciones estudiantiles: aunque limitada, esa estructuración fue en términos comparativos más fuerte que la atomización y dilución de la protesta en años posteriores, donde se observa una fuerte circulación y heterogeneidad de actores y tipos de demandas. En el fondo, se infiere una tendencia subyacente de pérdida de dirección y debilitamiento de interlocutores válidos para canalizar la protesta social hacia formas pacíficas de resolución de conflictos.

En tal sentido, la diferencia es enorme entre el 2011 y el 2019, lo que culmina en un estallido social en particular intenso, violento e indefinido en cuanto a sus demandas y dinámicas internas. El diagnóstico actual es bastante sombrío, con mecanismos de negociación debilitados entre los poderes ejecutivo, legislativo y movimientos de protesta carentes de liderazgo estable, cada vez más desconectados y hostiles hacia los partidos políticos. En este contexto, el éxito de procesos de modernización institucional en curso (como por ejemplo, el proceso constituyente) es clave para fortalecer instancias de construcción de acuerdos en diversos ámbitos de negociación política y económica.[7]

El "estallido social" que comenzó el 18 de octubre de 2019 y continuó en los meses posteriores sacudió a la población chilena por su magnitud. Fue un fenómeno complejo y variado: siguiendo la definición del último informe del Observatorio de Conflictos podría calificarse como un "proceso contencioso", es decir, "una sucesión de dos o más episodios explícitamente relacionados y que ocurren en jornadas diferentes", y no cualquier proceso contencioso sino

7 "El conflicto social en Chile: 11 años de observaciones de eventos contenciosos (2009-2019)", Centro de Estudios de Conflictos y Cohesión social (COES), Informe Anual del Observatorio de Conflictos 2020, p. 9.

posiblemente el mayor en décadas. Por eso mismo el estallido es difícil de entender tanto para los ciudadanos movilizados en las calles como para las élites políticas que trataron de encauzarlo o contenerlo. El Observatorio de Conflictos del COES, al mapear las acciones contenciosas con gran detalle, permite un abordaje parcial pero novedoso para comprender el estallido social.[8]

Respecto a las relaciones entre protesta violenta y represión policial, una afirmación frecuente durante el estallido fue que la represión policial —investigada y condenada por varios organismos de derechos humanos nacionales e internacionales— habría producido más violencia de parte de los manifestantes. La hipótesis subyacente es que el uso indiscriminado de gases, armas de fuego, arrestos y otras formas de violencia para controlar a los manifestantes (fueran estos pacíficos o no) habría producido más rabia y radicalización, lo que equivaldría, coloquialmente, a tratar de "apagar el fuego con bencina". Por esto el estallido revitalizó la discusión sobre los procedimientos de control de multitudes y la necesidad de una reforma policial.

El Observatorio de Conflictos permite abordar empíricamente estas cuestiones y ha determinado que los manifestantes reaccionan más rápido con tácticas violentas a la represión policial pasada que la policía con represión ante la protesta violenta. Esto es comprensible si consideramos que las fuerzas policiales precisan reagruparse y planificar sus acciones, además de ser eventualmente sensibles a la opinión pública una vez conocidos los efectos más dramáticos de la represión, mientras que los manifestantes actúan de manera más desorganizada y espontánea. Asimismo, destaca la alta significancia estadística del efecto de estimulación recíproca entre tácticas violentas y represión policial en la región de la Araucanía y un efecto muy significativo de la represión como causa de violencia en la Región Metropolitana.[9]

Durante el estallido de la violencia, el presidente Sebastián Piñera declaró el Estado de Excepción Constitucional de Emergencia a partir del 19 de octubre de 2019, disponiendo el despliegue de efectivos militares; posteriormente, el 27 de octubre las Fuerzas Armadas retornaron a sus cuarteles, habiéndose presentado denuncias por el uso excesivo de la fuerza y el quebrantamiento de sus protocolos. Ante esta situación, el Ministerio de Defensa y la Contraloría General de la República elaboraron una propuesta de reglas de uso de la fuerza para ser aplicada por las Fuerzas Armadas, lo que arrojó como resultado

8 *Ibídem*, p. 11.
9 *Ibídem*, p.19.

que el 21 de enero de 2020 el presidente Piñera expidiera el *Decreto N° 8 mediante el cual se establecen las reglas de uso de la fuerza para las fuerzas armadas en los estados de excepción constitucional* del Ministro de Defensa Nacional, publicado el 22 de febrero de 2020 en el Diario Oficial N° 42.586, que establece en su artículo 1.° que el uso de la fuerza tiene el objeto de velar por el orden público y reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional, y que los Jefes de la Defensa Nacional dictarán instrucciones que precisen el uso de la fuerza por parte de las unidades militares durante los estados de excepción constitucional de catástrofe, emergencia y sitio. Para este efecto, deberán precisar el empleo de armamento y otros dispositivos en conformidad a las Reglas de Uso de la Fuerza (RUF).

Por su parte, los comandantes subordinados deberán difundir dichas instrucciones para ser aplicadas por las diferentes unidades y personal bajo su responsabilidad. En el artículo 3.° se dispone que los Jefes de la Defensa Nacional implementarán las siguientes RUF y, en el ejercicio de sus facultades, podrán precisarlas de acuerdo con las circunstancias, de conformidad a los principios y deberes correspondientes:

- Regla N° 1. Empleo disuasivo de vehículos militares, porte de armas y despliegue de fuerzas.
- Regla N° 2. Efectuar negociación, demostración visual, advertencias verbales.
- Regla N° 3. Empleo disuasivo de fumígenos (granadas de humo, gas pimienta o lacrimógeno, entre otros), sistemas de sonido, luz o agua.
- Regla N° 4. Empleo disuasivo de dispositivos o armamentos no letales: bastones, dispositivos eléctricos, proyectiles de pintura, de gas pimienta y lacrimógeno y otros análogos.
- Regla N° 5. Empleo de armamento antidisturbios, sin disparar a quemarropa ni apuntar directo al rostro.
- Regla N° 6. Preparar el arma de fuego con clara intención de utilizarla.
- Regla N° 7. Efectuar disparos de advertencia con el arma de fuego, sin apuntar a personas.
- Regla N° 8. Usar armas de fuego en legítima defensa, de acuerdo a lo establecido en el Código Penal y el Código de Justicia Militar.
- Regla N° 9. Usar armas de fuego como último recurso, cuando las

medidas anteriormente señaladas resultaren insuficientes y solo en el caso de enfrentamiento con personas que utilicen o se apresten a utilizar armas de fuego u otras armas letales.

En adición, las personas detenidas por parte de las Fuerzas Armadas deberán ser puestas a disposición de Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones a la brevedad posible. En el caso de niños, niñas y adolescentes, el empleo de la fuerza deberá limitarse al mínimo necesario, considerando el interés superior del niño. Resulta preciso señalar que este Decreto es aplicable para las Fuerzas Armadas en caso de estados de excepción constitucional, mas no sería aplicable en otras situaciones de violencia donde rigen las normas del derecho internacional de los derechos humanos y donde no se ha decretado el estado de excepción.

Como se puede apreciar, el Decreto en análisis cumple en parte con lo estipulado en el *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*[10] y en los *Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*,[11] por lo que se puede concluir que con algunas subsanaciones es una norma capaz de utilizarse por las Fuerzas Armadas de Chile en el control de otras situaciones de violencia durante estados de excepción. Sin embargo, en esta nación se han levantado voces para que se emita una norma con rango de ley para regular el uso de la fuerza puesto que la vigente norma tiene solo el nivel de Decreto; habría que preguntarse si el rango de ley va a garantizar el uso adecuado del uso de la fuerza.

En relación con la función policial y el uso de la fuerza que emplea, la Dirección General de Carabineros de Chile ha emitido la Circular N° 1832 con fecha del 1 de marzo de 2019, mediante la cual se actualizan las instrucciones respecto al uso de la fuerza. La circular contiene referencias legales internas, y en el ámbito internacional se refiere a los antes citados *Código de Conducta* y los *Principios Básicos de las Naciones Unidas*. Con notable claridad se establece que la fuerza solo debe aplicarse cuando sea en estricto necesaria y en la medida requerida para el desempeño de sus funciones policiales; que se deben aplicar en lo posible medios no violentos antes de recurrir a la fuerza

10 Aprobado por Resolución 34/169 con fecha del 17 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

11 Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, con fecha del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990.

y que solo podrán hacer uso de la misma de forma gradual y proporcional en aquellos casos que se obre en legítima defensa y donde el empleo de armas letales es una medida extrema, aceptable solo en circunstancias excepcionales que supongan un peligro inminente de muerte y lesiones graves para el Carabinero o para cualquier otra persona.

Se concluye, pues, que en Chile las Fuerzas Armadas tienen reglas para el uso de la fuerza en situaciones de estados de excepción mas no tendrían participación en situaciones de Estado de Derecho; en tanto para su función policial los Carabineros cuentan con una Circular expedida por su Director General que regula la utilización del uso de la fuerza en Estado de Derecho y en otras situaciones de violencia.

Caso México

México es una república democrática que se rige por la Constitución Política vigente (1917) y que está organizada en torno a tres poderes del Estado: Ejecutivo (encabezado por el Presidente de la República), Legislativo (Cámara de Senadores y Cámara de Diputados) y Judicial (Suprema Corte de Justicia, Tribunal Electoral, tribunales colegiados y unitarios de circuito y juzgados de distrito). Con relación a su economía se ha posicionado como la décimo quinta economía con un PIB que representa el 1.4 % del total mundial. Su comercio con el exterior equivale al 73 % del PIB con productos como automóviles, autopartes, máquinas para el procesamiento de datos, aceites crudos de petróleo, teléfonos, monitores y proyectores. México es uno de los países más abiertos al comercio internacional, con acceso preferencial a más de 1554.3 millones de consumidores potenciales; importa autopartes, aceites de petróleo, circuitos electrónicos, teléfonos, automóviles y máquinas para procesamiento de datos.[12]

En cuanto al tema de seguridad no se vislumbra un avance sustancial. Ya son casi tres sexenios con un aumento de la criminalidad organizada, una expansión hacia nuevas dimensiones y áreas en dónde penetra. Esto no genera la confianza necesaria para la realización de inversiones en turismo, pese a la restringida situación derivada del COVID-19. "La situación de seguridad afecta la imagen del país", afirma el politólogo alemán Günther Maihold, subdirector del Instituto Alemán para Asuntos Internacionales y de Seguridad (SWP, por sus siglas en alemán), un *think tank* con sede en Berlín.

12 "Países integrantes: México", Alianza del Pacífico (s. f.), https://alianzapacifico.net/mexico-2/

El presidente Andrés Manuel López Obrador ya cumplió más de dos años de haber sido electo el 1° de julio de 2018, y al asumir su gestión anunció su política de seguridad contraria a la militarización llevada a cabo por sus predecesores, que resumió con la frase "Abrazos y no balazos"; pero contrariamente a esa intención, según las estadísticas divulgadas por el Sistema Nacional de Seguridad Pública de México (SNSP), los homicidios dolosos pasaron de 8867 en 2007 a 35 588 en 2019. Entre enero y abril de 2020 la cifra es de 11535 casos, que incluye también feminicidios, los cometidos contra mujeres y niñas. El aumento de la violencia no ha sido detenido por el nuevo coronavirus, pues la curva de homicidios sigue ascendente.

En consecuencia, se denota la ausencia de una estrategia de seguridad. Es identificable un trabajo de inteligencia, un interés por contribuir a la pacificación del país a través de un discurso que busca alejarse del dramatismo del vocabulario belicista anterior, pero en esencia se mantiene una visión ligada a la presencia militar. Al mismo tiempo vemos una situación preocupante ligada a una sobrecarga de tareas sobre la nueva fuerza de seguridad que se ha inaugurado con la Guardia Nacional, desplegada en todo el territorio nacional y no centrada para lo que fue inicialmente anunciada: aumentar la seguridad del país.[13]

Maihold señala que ciertas organizaciones criminales están aprovechando la situación, mientras que el gobierno no se da abasto con el envío de efectivos de la Guardia Nacional en donde son requeridos. El Cártel Jalisco Nueva Generación (CJNG) ha avanzado hasta convertirse en uno de los más peligrosos del país. Las autoridades mexicanas atestaron varios golpes recientes al grupo criminal, como el bloqueo de 1939 cuentas bancarias, después de que la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda detectara el movimiento de 20 000 millones de pesos, unos 900 millones de dólares en dichas cuentas.

En México, desde hace más de 12 años las Fuerzas Armadas, el Ejército y la Armada se encuentran enfrascados en una lucha frontal contra los cárteles de la droga, con una complicación mayor en relación al escenario de violencia en el cual se desempeñan. El informe de la Universidad de Leiden[14] señala

13 Eva Usi, "La situación de seguridad afecta la imagen de México", Deutsche Welle, 1 de julio de 2017, https://www.dw.com/es/la-situaci%C3%B3n-de-seguridad-afecta-la-imagen-de-m%C3%A9xico/a-54018737

14 Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) y Comisión Mexi-

que la situación de violencia relacionada con las drogas se podría calificar como un conflicto armado no internacional; en esa situación los fiscales del Ministerio Público y jueces del órgano jurisdiccional debieran investigar procesalmente a los efectivos militares, según corresponda, por delitos contra el derecho internacional humanitario o derecho internacional de los derechos humanos, puesto que los principios de ambos derechos difieren ostensiblemente en relación al uso de las armas de fuego y a los efectos letales de las mismas.

El 23 de mayo de 2019, el presidente López Obrador expidió la Ley Nacional sobre el uso de la fuerza, la cual establece en su artículo 1.° que las disposiciones de la Ley son de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional; que tienen como fin regular el uso de la fuerza que ejercen las instituciones de seguridad pública del Estado, así como de la Fuerza Armada permanente cuando actúe en tareas de seguridad pública. En el artículo 2.° y siguientes se señala que la norma tiene por objeto establecer las pautas generales bajo las cuales los integrantes de las instituciones de seguridad pueden ejercer el uso de la fuerza y utilizar el armamento oficial para el desempeño de sus funciones; regular el catálogo normativo de funciones, derechos, obligaciones y prohibiciones para sus integrantes que ejercen el uso de la fuerza; establecer las reglas para el control y administración del equipamiento oficial; normar los esquemas de coordinación operativa para las instituciones de seguridad en el uso de la fuerza y del armamento oficial; brindar certeza jurídica y transparencia a la ciudadanía en relación con el uso de la fuerza que realicen en el ejercicio de sus funciones; y el establecimiento del régimen de responsabilidades por la inobservancia de la Ley.

También establece que un agente es el servidor público integrante de las instituciones de seguridad que, con motivo de su empleo, cargo o comisión, hace uso de la fuerza, y se considera agente permanente cuando actúa en tareas de seguridad pública, así como a las personas que prestan servicios de seguridad privada en términos de la ley cuando colaboran en tareas de seguridad pública. De igual manera define lo que son armas de fuego letales, armas menos letales, control, detención, lesión, lesión grave y uso de la fuerza, entre otros términos.

cana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *La situación de la violencia relacionada con las drogas en México del 2006 al 2017: ¿es un conflicto armado no internacional?* (México: ITESO y CMDPDH, 2019).

Además, contiene los principios del uso de la fuerza, considerando la absoluta necesidad para que esta sea la última alternativa para tutelar la vida e integridad de las personas, evitar que se vulneren bienes jurídicamente protegidos y con el fin de mantener el orden y la paz pública, toda vez que se hayan agotado otros medios para el desistimiento de la conducta del agresor, además del principio de legalidad, prevención, proporcionalidad y rendición de cuentas y vigilancia. Asimismo, enfatiza en su artículo 5.° que el uso de la fuerza se hará en todo momento con pleno respeto a los derechos humanos. Sus normas tienen un gran avance en relación con que sus protocolos consideran la perspectiva de género, la protección de niñas, niños y adolescentes, así como la atención de situaciones de riesgo en el interior o en las inmediaciones de guarderías, escuelas, hospitales, templos, centros de reclusión y otros lugares en los que se congreguen personas ajenas a los agresores.

En relación al uso de la fuerza letal, el artículo 13.° determina que será el último recurso en cualquier operativo. En su caso, los agentes deberán comprobar que la agresión era real, actual o inminente, sin derecho, que ponía o podría poner en peligro la vida o integridad física de personas ajenas o de uno de ellos y que el uso de la fuerza en los niveles anteriores era insuficiente para repeler, contrarrestar o neutralizar los actos de resistencia.

Respecto a la actuación de la policía en manifestaciones y reuniones públicas, por ningún motivo se podrá hacer uso de armas contra quienes participen en las mismas con objeto lícito, y en estos casos, la actuación policial deberá asegurar la protección de los manifestantes y los derechos de terceros, así como garantizar la paz y el orden públicos. En cambio, cuando las manifestaciones o reuniones públicas se tornen violentas, las policías deberán actuar de acuerdo con los distintos niveles de fuerza establecidos en la Ley y también establece que los superiores jerárquicos serán responsables cuando tengan conocimiento de que los agentes bajo su mando hayan empleado ilícitamente la fuerza, los instrumentos o armas de fuego a su cargo y no lo impidan o no lo denuncien ante las autoridades correspondientes.

La capacitación de los agentes también se encuentra dispuesta y establece que la misma considerará los estándares nacionales e internacionales en la materia y deberá incluir, al menos, los aspectos de Derechos Humanos, No discriminación, Perspectiva de género, Principios para el uso de la fuerza, Adiestramiento en medios, métodos y técnicas para el control físico; en suma

una serie de materias para asegurar el cumplimento adecuado de sus funciones, pero sobre todo que considere el uso diferenciado, escalonado y gradual de la fuerza, tanto de armas letales como menos letales, siempre con el objetivo de evitar daño a la integridad física de las personas.

En el caso de México, la Ley Nacional sobre el uso de la fuerza debe ser aplicada por los agentes que son servidores públicos civiles integrantes de las instituciones de seguridad que, con motivo de su empleo, cargo o comisión, hacen uso de la fuerza y también considera agente al elemento de la Fuerza Armada permanente cuando actúa en tareas de seguridad pública, así como a las personas que prestan servicios de seguridad privada en términos de la ley.

En cuanto a los miembros de las Fuerzas Armadas, esta situación es por decir lo menos compleja porque realizan actividades netamente de policía con el marco del derecho internacional de los derechos humanos cuando están enfrentando a organizaciones de criminalidad organizada que en muchas ocasiones los superan en medios logísticos y armamento; no es suficiente dictar leyes que cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos sino que las normas deben responder a la situación de violencia que van a enfrentar la Fuerza Pública.

Caso Colombia

Colombia es una república unitaria con centralización política y descentralización administrativa, que se rige por la Constitución Política vigente de 1991 y está organizada en tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El presidente ejerce como Jefe de Estado y de Gobierno a la vez. El parlamento bicameral está conformado por el Congreso de la República y está compuesto por el Senado y la Cámara de Representantes.

Respecto a su economía, por su estabilidad y destacado crecimiento Colombia se ha posicionado como uno de los países con mayor estabilidad económica en la región. En los últimos seis años ha crecido en promedio por encima de 4 %, lo cual, aunado a un ambiente de negocios propicio, talento humano calificado, incentivos y la calidad de vida, la convierten en un excelente lugar para invertir. En la actualidad cuenta con acuerdos comerciales vigentes que le permiten tener acceso preferencial a cerca de 1500 millones de consumidores en importantes mercados.[15]

15 "Países integrantes: Colombia", Alianza del Pacífico (s. f.), https://alianzapacifico.net/colombia/

Este país podría afirmar que la década pasada fue una buena década, como lo apuntan los siguientes algunos:

1. La clase media pasó de ser el 22 % al 32 % de la población.
2. La pobreza bajó del 40 al 27 %.
3. El crecimiento del PIB fue en promedio 3.7 % en toda la década.
4. La cobertura de educación superior pasó de 31 % en 2007 a 58 % en 2019.
5. El ingreso per cápita aumento 52 % en dólares corrientes.
6. Cerramos el 2019 con una cobertura en salud de 95 %.
7. Se logró firmar la paz con las FARC después de más de medio siglo de conflicto armado. Los homicidios cayeron de 35 a 22 por 100 000 habitantes. Hace 15 años había 600 municipios afectados por la presencia de grupos armados ilegales; hoy son 130.
8. Colombia ha sido líder mundial en la defensa de los derechos sexuales y reproductivos y en la protección constitucional de derechos de las minorías.[16]

Pero quizá una de las fortalezas más significativas —y que emerge de la modernización del país— es el nuevo poder de sus regiones. Colombia cuenta con seis grandes ciudades con más de un millón de habitantes y decenas de ciudades intermedias distribuidas en todo el territorio que se han beneficiado del crecimiento de la economía y de la repartición de las regalías. Sobre esos nuevos epicentros de desarrollo cabalgará gran parte del dinamismo en la próxima década. Sin duda este proceso de modernización, y también de búsqueda de identidad, no ha estado exento de grandes obstáculos. El primero, la dicotomía entre país rural vs país urbano. Un territorio rural marginado donde no hay institucionalidad —o está capturada por mafias o clanes— donde asesinan a los líderes sociales ante la impotencia del Estado y que ha protagonizado el conflicto de las guerrillas y los grupos ilegales y donde no ha existido el Estado por décadas es, y seguirá siendo, un pesado lastre que impide abrazar enteramente el siglo XXI. El 60 por ciento de la desigualdad proviene de la brecha urbano-rural. Es la tensión entre esas dos Colombias donde radica gran parte de su problema estructural.

16 Alejandro Santos, "Foro Colombia 2020. ¿Para dónde va Colombia?", Semana, 28 de enero 2020, https://www.semana.com/nacion/articulo/para-donde-va-el-pais-foro-colombia-2020-y-discurso-de-alejandro-santos/649753/

Pero no se ha podido enfrentar con la creciente desigualdad: las satisfactorias cifras macroeconómicas de la última década y la acelerada generación de riqueza no se han reflejado en una mejor redistribución. Colombia es el tercer país con mayor desigualdad en América Latina y se encuentra en el 10 % de los más desiguales del mundo. Logró convertirse en un país de ingreso medio y ser el segundo país que más ha crecido en el continente durante la última década, pero no ha logrado que esa prosperidad se reparta más equitativamente, gran drama que viven la mayoría de los países de América Latina.

El fantasma del narcotráfico sigue vigente, ha perseguido al país por más de medio siglo y está más vivo que nunca. Las casi 200 000 hectáreas de coca sembradas son un problema de seguridad nacional. Aceitan el brazo armado de las disidencias y los grupos ilegales y es la principal causa de muchos de los asesinatos de líderes sociales que tienen consternado al país.

En Colombia todas las encuestas señalan que la principal preocupación de los ciudadanos, muy por encima de las demás, es la inseguridad. Si bien los homicidios han bajado, la gente se siente más insegura**.** Los nuevos alcaldes tendrán que reducir la inseguridad ciudadana y el gobierno tendrá que controlar los grupos ilegales y las disidencias de una nueva violencia que se está reciclando en los territorios y que ya tiene en alerta roja regiones como el Catatumbo, el Bajo Atrato, el Bajo Cauca y la costa nariñense. Los ataques del ELN, el rearme de disidencias de las FARC, la mutación de las bandas criminales, la retaguardia de Venezuela, los territorios en disputa y el creciente número de desplazados en estas zonas rojas son un cuadro dramático de un país que pareciera que las había superado.

El más evidente es la protesta social. La calle es el nuevo actor político en Colombia y el mundo. Sin caras demasiado nítidas, con reivindicaciones legítimas y demandas utópicas, con marchantes pacíficos e infiltrados violentos, la voz de la calle hay que oírla y saberla tramitar. Es un fenómeno global, pero tiene una identidad local. Las redes facilitan la movilización, exacerban la rabia y la indignación embiste a las élites, pero sus motivaciones varían según el país.

El otro desafío es la migración venezolana. La experiencia de los países europeos nos muestra que los sentimientos de xenofobia se incuban con el tiempo y son terreno fértil para el populismo y el nacionalismo. Como socie-

dad, se tiene que evitar una estigmatización que discrimine y genere tensiones sociales, y lograr que esa población pueda ser atendida en el sistema de salud, se eduque y consiga trabajo. Se vienen años donde Colombia tendrá que ponerse de acuerdo en los temas fundamentales, una virtud esquiva en medio de tanto odio y polarización. Para un país que quiere proyectarse con optimismo al futuro se necesita liderazgo y capacidad para generar consensos, y justo uno de esos factores es el excesivo, arbitrario y a veces abusivo uso de la fuerza.[17]

En relación a las normas vigentes, tiene la Ley N° 1801 del Código Nacional de Policía y Convivencia, con fecha del 29 de julio de 2016, que define al uso de la fuerza como el medio material, necesario, proporcional y racional empleado por el personal uniformado de la Policía Nacional como último recurso para proteger la vida e integridad física de las personas —incluida la de ellos mismos—, sin mandamiento previo y escrito para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública, de conformidad con la ley.

La Policía Nacional también cuenta con la Resolución N° 02903 con fecha del 23 de junio de 2017, del Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, la cual contiene los principios para el uso de la fuerza y además establece una valoración para la aplicación diferenciada y proporcionada de la fuerza donde el funcionario de policía —al intervenir en el cumplimiento de su actividad— podrá encontrar como respuesta una serie de conductas clasificadas en niveles de resistencia que van desde el riesgo latente hasta la agresión letal, estableciendo entre los medios disponibles aquellos que sean proporcionales para controlar la situación. Se define lo que es la resistencia física, la agresión no letal y la agresión letal, determinada esta última como la acción que pone en peligro inminente de muerte o lesiones graves al funcionario policial o a terceras personas involucradas en el procedimiento.

También se encuentra vigente la Resolución N° 03002, con fecha 29 de junio de 2017, del Manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios para la Policía Nacional, con la finalidad de guiar a las unidades policiales respecto al acompañamiento e intervención en las manifestaciones y en el control de disturbios. La Resolución indica los parámetros legales que deben acatar los funcionarios de policía en pro de las garantías constitucionales

17 *Ibídem*.

y legales; de igual forma exige encaminar la correcta prestación del servicio de policía cuando los ciudadanos se reúnan o manifiesten pública y pacíficamente, o cuando producto de una aglomeración de personas se altere la seguridad y la convivencia. Sobre las armas de fuego, dispone que los funcionarios de policía que intervienen en los servicios de acompañamiento, prevención e intervención en manifestaciones y control de disturbios no portarán armas de fuego; sin embargo, los comandantes de región, metropolitana y departamento —en el caso en que avizoren ataques letales contra los uniformados— contemplarán dentro de la planeación del servicio la seguridad de los grupos antidisturbios y/o unidades policiales que intervienen en estos eventos.

En conclusión, la Policía Nacional de Colombia cuenta con un marco legal bastante adecuado al uso de la fuerza, en tanto que sus Fuerzas Armadas no cuentan con una norma con rango de ley en este aspecto, pues solo existen órdenes, directivas y manuales internos institucionales.

Caso Perú

Perú es una república democrática que se rige por la Constitución Política vigente (19 de diciembre 1993) y que está organizada en torno a tres poderes del Estado: Ejecutivo, encabezado por el presidente de la República; Legislativo, con una sola cámara de 130 asientos; y Judicial, encabezado por una Corte Suprema de Justicia.

Referente a su economía, ha crecido un promedio de 5.9 % anual en la última década debido en parte al incremento en la inversión privada, en específico en el sector minero, que representa más del 60 % de las exportaciones totales de Perú. El país tiene un tipo de cambio ligeramente apreciado. Su rápida expansión en inversión ha ayudado a reducir la tasa nacional de pobreza en 33 puntos porcentuales entre 2005 y 2015. Además, cuenta con una amplia gama de recursos minerales importantes que se encuentran en las zonas montañosas y costeras, así como excelentes recursos pesqueros en sus aguas. Entre sus principales socios comerciales se encuentran China, EE.UU., Canadá y Japón.[18]

En su mayor parte, la sociedad peruana es indiferente a la política. Le ha perdido la fe. El motor de su economía es una clase media precaria, informal y de espaldas al Estado. Es una sociedad que no avisa; hay que tomarle la temperatura vía encuestas. Sin capacidad de agregación de demandas, dicha

18 "Países integrantes: Perú", Alianza del Pacífico (s. f.), https://alianzapacifico.net/peru/

sociedad se siente reivindicada con medidas antiinstitucionalistas. Así se han sucedido dos disoluciones del Congreso en menos de 30 años (1992 y 2019). Esta última satisface superficialmente necesidades morales, pues la lucha anticorrupción peruana tiene tanto de espejismo como el modelo económico chileno. Aparenta un mayor bienestar del que realmente goza.

La política peruana está sumergida en una espiral de crisis permanente, con episodios de colisiones entre poderes que se repiten aunque los elencos cambien. La volatilidad de los actores, la vorágine de reformas normativas y los efectos de la crisis pandémica hacen difícil la tarea de seguir con visión analítica los eventos políticos de un país sin estructuras partidarias. Esa crisis se refleja en las siguientes preguntas: ¿En qué se basa la racionalidad de gobernar sin partido ni bancada parlamentaria? ¿Con qué criterios legislan los congresistas sin vínculos estables con la sociedad? ¿Qué representación política tiene la incertidumbre y el cortoplacismo? ¿Cómo son las elecciones con organizaciones políticas efímeras, desconectadas de la sociedad y candidaturas improvisadas?[19]

Hace aproximadamente 30 años una"pandemia política"empezó sigilosamente a expandirse por América Latina. No tiene un nombre preciso, pero solemos llamarle"crisis de representación". Los "síntomas" son conocidos: partidos políticos que repentinamente pierden simpatizantes y electores, políticos que abandonan las tiendas partidarias para convertirse en "independientes", movimientos políticos "prometedores" que apenas sobreviven una campaña electoral, individuos movilizados o indiferentes, pero de espaldas a los partidos. Este malestar de la ciudadanía frente a los sistemas partidarios comenzó en Perú a inicios de los años noventa y produjo la caída de su entonces embrionario sistema de partidos. Los países andinos parecieron contagiarse rápidamente de este "virus": la caída del bipartidismo venezolano a fines de los noventa; el entierro a inicios de siglo de las clases partidarias tradicionales en Ecuador y Bolivia; los cuidados intensivos que atravesó el bipartidismo colombiano. Perú fue el Wuhan de aquel virus, aunque otras "cepas" aparecieron en diversas partes del orbe, como en Italia y Guatemala, por señalar solo dos ejemplos.[20]

---

19 Carlos Melendez, "Crisis política en Perú I: La cuadratura del círculo", Centro de Investigaciones Periodísticas (CIPER), 30 de octubre de 2020, https://www.ciperchile.cl/2020/10/30/crisis-politica-en-peru-i-la-cuadratura-del-circulo/

20 *Ibídem*.

Según Peter Mair, los partidos políticos —desconectados socialmente— han perdido su significado, al punto de que se muestran incapaces de sostener la democracia como la conocemos.[21] Todo parece indicar que no hay marcha atrás, por lo menos en aquellos países donde el mal cundió. El investigador Juan Pablo Luna comparte cifras que grafican la gravedad de la situación predominante en la región: en 40 años se han formado más de 300 partidos políticos en América Latina, de los cuales solo 5 o 6 parecen haber desarrollado cierta "inmunidad", es decir, razones para sobrevivir, por lo menos hasta ahora.

Muchos esfuerzos de reforma —desde la cooperación internacional y hasta bien intencionados legisladores— han obrado para fortalecer partidos políticos, confundiendo el fin con el medio. Esas estructuras corporativas y jerarquizadas, con vínculos estrechos con la sociedad civil, son periódico de ayer; al menos en las arenas del postcolapso partidario. El enfoque debería ser distinto: cómo fortalecer la representación política, a pesar de la debilidad partidaria sin pretender resolver esta última.

Lo real es que existe una gran escasez de recursos políticos organizativos e ideaciones para una política posterior a esta caída del sistema partidario, como es el caso peruano, arquetipo extremo de debilidad institucional. No existen incentivos para que políticos ambiciosos construyan organizaciones partidarias y adopten líneas doctrinales elaboradas, y difícilmente serán creados por reformas políticas, dado que la realidad informal supera cualquier ánimo de institucionalidad.[22]

La situación antes referida ha ocasionado diversas crisis políticas con situaciones muy delicadas, vacíos de poder y enfrentamientos violentos. Así, el 9 de noviembre de 2020 el Congreso de la Republica destituyó al presidente de la República Martín Vizcarra por la causal de incapacidad moral permanente, quien asumió luego que su antecesor Pedro Pablo Kuczynski (PPK), enfrentara dos pedidos de vacancia (destitución) y renunciara ante la inminencia de que se concretara la segunda. Al día siguiente, presentó juramento como presidente interino el propio presidente de la Mesa Directiva del Congreso, Manual Merino De Lama, hecho que originó marchas multitudinarias de pro-

21 Peter Mair, *Ruling The Void: The Hollwing of Western Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

22 Carlos Melendez, "Crisis política en Perú V: elecciones en tiempos de política post partidaria", Centro de Investigación Periodística (ciper), 20 de noviembre de 2020, https://coes.cl/prensa-crisis-politica-en-peru-v-elecciones-en-tiempos-de-politica-post-partidaria/

testa en Lima y en casi todo el país repudiando al recién juramentado. En estas marchas fallecieron dos jóvenes manifestantes por un presunto exceso en el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional, lo que generó más violencia y arduos enfrentamientos entre la Fuerza Pública y los manifestantes. La situación se tornó inmanejable, los Ministros de Estado recién juramentados empezaron a renunciar y ello desencadenó que el presidente Merino renunciara el 15 de noviembre; por cauces constitucionales se eligió en el Congreso de la República una nueva Mesa Directiva, designándose a Francisco Sagasti, el 17 de noviembre, quien a la fecha de terminar este artículo y ejerce como mandatario de la República del Perú.

Tres presidentes en menos de diez días; ¿qué sistema político puede subsistir a esta situación, qué gobernanza se puede implementar, qué políticas se pueden diseñar? A este clima se suma una sociedad que vive a la defensiva, con la piel crispada y lista para la reacción, por lo que la intervención de la Fuerza Pública resulta un asunto muy delicado y complejo.

Cuando se presentan situaciones de violencia y hay que recuperar el orden interno, en Perú las Fuerzas Armadas cuentan con el Decreto Legislativo N° 1095 —decreto con rango de ley que establece Reglas de Empleo y Uso de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional— con fecha 31 de agosto de 2010, norma que considera tres escenarios. El primero surge cuando en estado de emergencia las Fuerzas Armadas ejecutan operaciones contra objetivos militares encuadrados en la categoría de grupo hostil o grupo armado organizado, en aplicación de las normas del derecho internacional humanitario, y especialmente con lo regulado en el artículo 3.° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II de 1977. Las operaciones militares se ciñen a Reglas de Enfrentamiento dentro de un conflicto armado de carácter no internacional.

El segundo escenario considerado por la norma surge cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en estado de emergencia se orienta a enfrentar otras situaciones de violencia en las que no se configura un conflicto armado; en consecuencia, no se establecen objetivos militares, no enfrenta a un grupo hostil ni se llevan a cabo operaciones militares, por lo que en estas circunstancias no se aplica el derecho internacional humanitario. En casos como el descrito, las Fuerzas Armadas realizan acciones militares y el uso de la fuerza se encuadra dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

Las Fuerzas Armadas actúan aplicando Reglas del Uso de la Fuerza, de conformidad a los estándares del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Es decir, son situaciones en las cuales los militares cumplen funciones de "policía" o de "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley". En tales situaciones, solo se puede hacer uso de la fuerza letal en forma excepcional, en defensa propia y cuando sea estrictamente inevitable para salvar una vida o las vidas que se encuentren bajo su responsabilidad.

Finalmente, el tercer escenario define la actuación de las Fuerzas Armadas en apoyo de la Policía Nacional ante situaciones de disturbios internos y en casos que se presenten escenarios de la comisión de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, de servicios públicos esenciales y otros casos constitucionalmente justificados en que la capacidad de la Policía sea sobrepasada en el control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que esto ocurriera. En estos casos pueden las Fuerzas Armadas hacer uso de la fuerza en el marco del derecho internacional de los derechos humanos; su zona de actuación tiene la particularidad de que no se encuentra declarada en estado de emergencia sino rige el Estado de derecho.[23]

El citado Decreto Legislativo ha sido reglamentado a través del Decreto Supremo N° 003-2020 con fecha del 15 de marzo de 2020, y ahora se establecen seis situaciones que regulan la intervención de las Fuerzas Armadas; la primera de ellas bajo la aplicación del derecho internacional humanitario y las otras cinco restantes con aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

En Perú el uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad debe ser considerado como una medida de último recurso y que va más allá de la orden que pueda emanar del superior jerárquico: el criterio para emplear la fuerza letal es que se encuentre en peligro la vida de otra persona.[24] Por su parte, la Policía Nacional cuenta con su propia Ley de uso de la fuerza,[25] misma que se

23 Víctor Gonzáles Jáuregui, "Dimensiones de la participación de las Fuerzas Armadas en los nuevos contextos de violencia y criminalidad en América Latina: roles de las Fuerzas Armadas en el Perú", *Contextualizaciones Latinoamericanas* 11, n.° 19 (2018): pp. 451-472.

24 Fundamento 56 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente 0002-2008-PI/TC.

25 Decreto Legislativo N° 1186 que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, con fecha del 15 de agosto de 2015.

encuentra diseñada para su actuación en acciones de mantenimiento de orden público bajo las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conclusiones

En razón al análisis realizado a continuación se describen las conclusiones más relevantes.

En países como Colombia, Chile, México y Perú, basados en Estados con estructuras westfalianas, la presencia de la Fuerza Pública es necesaria por cuanto su existencia garantiza la supervivencia de la soberanía interna del Estado y del régimen político. Es necesario advertir sobre el peligro que puede acarrear para los Estados que integran la Alianza del Pacífico la ausencia de un adecuado manejo de las diversas situaciones de violencia que se generan al interior de sus sociedades en los últimos años como una amenaza a sus propósitos, por cuanto subyacen causales de orden político, económico y social para prever que en los próximos años se sigan presentando estas situaciones. Frente a ellas, la Fuerza Pública tendría que actuar con la finalidad de mantener el orden interno y, aunque resulte paradójico, para hacerlo tendrá que recurrir al uso de la fuerza.

Se percibe un peligroso sentimiento de hostilidad y resentimiento de la población hacia su Fuerza Pública, estimulado por algunos medios de comunicación que direccionan su línea editorial según sus propios intereses particulares, pero no guiados por lo que representa el bien común. Es necesario que la sociedad considere que la amenaza a la vida y a la seguridad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe considerarse como una amenaza a la estabilidad de toda la sociedad, tal como lo señala el segundo de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

El enfrentamiento entre los miembros de la Fuerza Pública y las personas manifestantes propicia una fractura interna en estas sociedades, crea corrientes extremistas de rechazo a la autoridad y falta de reconocimiento a la misma; esta animosidad entre la población y su Fuerza Pública no es apropiada para mantener a una sociedad que aspire a vivir en paz y con seguridad. No se percibe un sentido de pertenencia de parte de la sociedad civil hacia su Fuerza Pública, mientras que por parte de esta no se advierten los esfuerzos necesarios para recuperar el respeto de la comunidad.

Se aprecia el esfuerzo de los Estados para dotar a su Fuerza Pública de normas y regulaciones legales sobre uso de la fuerza con estándares internacionales; sin embargo, ello no resulta suficiente para que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ejecuten una adecuada intervención en los escenarios de violencia. Deben realizarse más esfuerzos con un enfoque educativo y doctrinario.

En los países referidos se presentan diversas situaciones de violencia, tales como conflictos armados no internacionales y otros escenarios de violencia generados por causales de pobreza extrema, expectativas no cumplidas, corrupción gubernamental, desigual distribución de la riqueza, falta de legitimidad de los gobernantes, incremento de la criminalidad común y del crimen organizado, entre otras. Todo esto vuelve imperante la existencia de una Fuerza Pública institucionalizada, cohesionada, debidamente entrenada y bien estructurada para enfrentar los contextos antes referidos y brindar tranquilidad a la población.

Finalmente, se debe considerar la creación de mecanismos de diálogo a través de mesas de negociación o mediación, con la finalidad de establecer criterios, pautas, lecciones aprendidas y sentar bases para un reconocimiento mutuo de respeto y convivencia pacífica entre la población y su Fuerza Pública.

Bibliografía

Alianza del Pacífico. "Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico", 17 de febrero de 2018. https://alianzapacifico.net/download/acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/

Alianza del Pacífico. "Visión Estratégica de la Alianza del Pacífico al año 2030", 2018. https://alianzapacifico.net/wpcontent/uploads/V.-final-julio24.pdf.

Centro de Estudios de Conflictos y Cohesión social (COES). "El conflicto social en Chile: 11 años de observaciones de eventos contenciosos (2009-2019)". Informe Anual del Observatorio de Conflictos, 2020.

González Jáuregui, Víctor. "Dimensiones de la participación de las Fuerzas Armadas en los nuevos contextos de violencia y criminalidad en América Latina: roles de las Fuerzas Armadas en el Perú". *Contextualizaciones Latinoamericanas* 11, n.° 19 (2018): pp. 451-472.

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. *La situación de la violencia relacionada con las drogas en México del 2006 al 2017: ¿es un conflicto armado no internacional?* México: ITESO y CMDPDH, 2019.

Mair, Peter. *Ruling The Void: The Hollwing of Western Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Melendez, Carlos. "Crisis política en Perú I: La cuadratura del círculo". *Centro de Investigaciones Periodísticas (CIPER)*, 30 de octubre de 2020. https://www.ciperchile.cl/2020/10/30/crisis-politica-en-peru-i-la-cuadratura-del-circulo/

Melendez, Carlos. "Crisis política en Perú V: elecciones en tiempos de política post partidaria". Centro de Investigación Periodística (CIPER), 20 de noviembre de 2020. https://coes.cl/prensa-crisis-politica-en-peru-v-elecciones-en-tiempos-de-politica-post-partidaria/

Melendez, Carlos. Entrevista por el Centro de Estudios de Conflictos y Cohesión social (COES), 11 de noviembre de 2019. https://coes.cl/prensa-melendez-el-problema-en-chile-no-es-la-extrema-pobreza-sino-la-excesiva-riqueza/

Santos, Alejandro. "Foro Colombia 2020. ¿Para dónde va Colombia?". Semana, 28 de enero 2020. https://www.semana.com/nacion/articulo/para-donde-va-el-pais-foro-colombia-2020-y-discurso-de-alejandro-santos/649753/

Usi, Eva. "La situación de seguridad afecta la imagen de México". *Deutsche Welle*, 1 de julio de 2017. https://www.dw.com/es/la-situaci%C3%B3n-de-seguridad-afecta-la-imagen-de-m%C3%A9xico/a-54018737

Temas selectos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Diseño:
Amaya ediciones S de RL de CV
Enrique Díaz de León 514-2 Guadalajara, Jalisco. México
www.amayaediciones.mx
amayaediciones@gmail.com
☏ 3338259441
Junio de 2021